

Autorregulação do Ministério Público¹

Paulo Wunder de Alencar

Sumário

1. Introdução. 2. Atribuição Normativa do MP. 3. Conclusão. Referências.

1. Introdução

No Brasil, o MP é o titular exclusivo da ação penal pública e o principal legitimado da ação civil pública, dispondo das seguintes medidas para solução consensual de conflitos penais e cíveis: transação penal, suspensão condicional do processo, remissão, termo de ajustamento de conduta, colaboração premiada e acordo de leniência, sendo que as duas primeiras se aplicam, respectivamente, aos chamados crimes de menor e médio potencial ofensivo, a terceira incide na justiça juvenil, a quarta vale para ofensas aos direitos coletivos, a quinta cuida das organizações criminosas e a última dos atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas contra a Administração Pública.

Neste trabalho, não iremos discutir cada um desses mecanismos acima, mas apenas a necessidade de regulamentá-los em virtude das consequências da crescente participação do MP na regulação de atividades públicas e privadas.

Na Constituição, o MP foi disposto no Título IV – Da Organização dos Poderes, embora no Capítulo IV – Das Funções Essenciais à Justiça, ou seja, após os capítulos referentes aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, sendo que foi conceituado como “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”.

Assim, o Ministério Público não foi incluído dentro do esquema de divisão tripartite de Poderes – Executivo, Legislativo e Judiciário. Contudo, ao chamar o MP de instituição permanente e ao lhe conferir funções, garantias e instrumentos de atuação essenciais ao funcionamento do próprio Estado, o constituinte originário definiu o *Parquet* como um órgão autônomo do Estado, de fiscalização e de controle das atividades governamentais.

Desse modo, o MP não integra, porém gravita em torno de todos os Poderes do Estado-Executivo, Legislativo e Judiciário, de modo a provocar as suas atuações, fiscalizar as suas atividades e controlar as suas funções. Insere-se como um propulsor do sistema democrático de controle, cujo mecanismo de freios e contrapesos cria uma interatividade e interferência recíprocas entre os Poderes do Estado.

¹ Trabalho de conclusão da disciplina *A regulação dos poderes: favores, decisões e adaptações*, sob orientação dos professores Joaquim Falcão e Diego Werneck Arguelhes, do Mestrado em Direito da Regulação, da FGV DIREITO RIO.

No que se refere às suas atividades, prescreve a Carta Magna o seguinte:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

V – defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;

VI – expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

VII – exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;

VIII – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;

IX – exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedada a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas.

Embora vastas, é possível perceber que todas são atividades de natureza administrativa, isto é, não são jurisdicionais, nem legislativas. Outrossim, nota-se que cabe ao MP intervir tanto em atividades exercidas pelo Estado, direta ou indiretamente, como naquelas operadas por particulares, ou seja, sua atuação vai desde o zelo pelos serviços públicos, independentemente de quem seja o efetivo prestador, até o cuidado sobre qualquer interesse coletivo sob risco.

Pode-se, então, caracterizar o Ministério Público como um órgão do Estado que exerce atividade de natureza administrativa com capacidade para intervir na atuação da Administração Pública (seja direta ou indireta) e do Poder Legislativo, bem como de impulsionar o Poder Judiciário e de limitar direitos e liberdades dos particulares, sempre em favor do interesse da coletividade.

Em outras palavras, ressalvados alguns interesses eminentemente privados e disponíveis, a intervenção do MP ocorre em todos os setores da sociedade, constituindo-se como um órgão essencial não apenas ao funcionamento da Justiça, mas de tudo aquilo que tenha relevância coletiva.

Atua o MP em favor da sociedade, fiscalizando e controlando as funções exercidas pelo Legislativo, Executivo e Judiciário, pelos órgãos da Administração Pública direta e indireta e sociedades que possuam vínculo com o poder público, bem como as atividades privadas de interesse coletivo.

Diante dessas características, pode-se chamá-lo de prestador de serviços públicos de atividades de fiscalização e controle, o que significa titular do exercício de poder de polícia, pois seus atos são oriundos da imperatividade e força cogente do Poder Público, como decorrência direta da soberania política.

Ocorre que, na medida em que o Estado reservou para si o monopólio do uso da força e garantiu a supremacia do interesse público sobre o privado, sua atividade, por meio do MP, é vinculada (cogente, obrigatória) e exercida de ofício (direta, sem necessidade de provocação). Não pode o seu titular examinar condições de oportunidade e conveniência para decidir se fiscaliza ou não, sendo um dever diretamente relacionado à tutela daquele interesse que está sendo protegido através da limitação imposta pelo poder de polícia.

Da mesma forma, ultrapassada a fiscalização e por ocasião da imposição de uma sanção de polícia, não pode haver um juízo de discricionariedade na imposição de uma pena, pois é impossível ao agente decidir livre e arbitrariamente se pune ou não.

No entanto, como vimos que o interesse maior do MP é a tutela dos interesses da coletividade, ao se constatar uma ilegalidade no exercício de uma fiscalização de polícia, a sanção pode enfrentar o dilema entre a aplicação de uma pena e a continuidade da empresa ou da liberdade no exercício de um direito, o que envolve tanto o interesse do particular e dos seus empregados, como dos cidadãos beneficiados direta ou indiretamente pela atividade. A coletividade, portanto, pode ter tanto o interesse na aplicação de uma pena repressiva, como na imposição de outras medidas que, embora não deixem de punir, ainda permitam que a sociedade seja beneficiada com a continuidade no exercício daquela atividade, direito ou liberdade.

Nesse conflito, não se deve escolher um dos lados, mas sim otimizar ambos, a fim de que possam conviver harmonicamente. Por isso, o exercício da função sancionadora deve ser sempre motivado e proporcional, o que significa que a regra constitucional que determina o dever de fundamentação das decisões judiciais (artigo 93, inciso IX) se aplica às sanções de polícia administrativa, bem como que a pena deve ser graduada dependendo das condições fáticas e jurídicas do caso concreto.

Sendo assim, ao invés da aplicação de uma pena, pode ser muito mais interessante a utilização da consensualidade na solução de conflitos, o que significa que a própria sanção deve ceder espaço para que antes se tente um compromisso.

Aliás, cabe ressaltar que oferecer um acordo não significa deixar de agir, ou melhor, não promover a obrigatória ação, pois um acordo é também uma forma de promoção da ação, ainda que sem um processo. Por exemplo, o artigo 129, inciso I, da CRFB/1988, ao prever que a ação penal pública será promovida “na forma da lei”, determina que será de competência da legislação ordinária estabelecer o rito processual, sendo que o artigo 24 do CPP, ao falar sobre a denúncia, regulamentou a norma constitucional, o que não impediu outros dispositivos de preverem regras excepcionais, como a transação penal, a remissão e a colaboração premiada.

Chegamos, portanto, a um momento de maior incentivo à consensualidade e à mediação na solução dos conflitos entre o Estado e o particular, onde há uma busca permanente por interesses comuns entre o regulador e aquele que exerce a atividade ou o direito, o que justifica ainda mais a celebração de termos de compromisso ao invés de processos impositivos de penas.

Entretanto, quanto mais se investir e se estimular a regulação pelo Ministério Público, mais será recomendável que o próprio *Parquet* se autorregule, em um movimento de regulação da regulação.

Isso porque, como a regulação realizada pelo MP é concreta e entre as partes envolvidas nos conflitos, além de dissipada por todo o território nacional e com uma capilaridade incalculável, seria salutar que essa atividade também fosse controlada de forma geral e abstrata, a fim de que se alcance uma mínima padronização, organização e segurança jurídica.

Nesse sentido, torna-se imprescindível regulamentar as normas que criaram aqueles métodos de solução consensual de conflitos através da edição de regras que criem procedimentos, sistemas e parâmetros aos membros de um órgão que, embora uno conceitual e institucionalmente, na prática prima pela liberdade de cada promotor, o que poderia levar à insegurança jurídica e injustiça social, na medida em que dois casos idênticos seriam tratados de forma absolutamente contraditória.

Para ilustrar bem esse problema, vale a leitura dos anexos Termos de Colaboração Premiada, celebrados por Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, no recente escândalo de corrupção na Petrobras, sendo aqui transcritas apenas algumas cláusulas ora pertinentes:

Acordo Alberto Youssef: Cláusula 5ª: I – a aplicação ao COLABORADOR de penas privativas de liberdade, nos feitos acima especificados e naqueles que serão instaurados em decorrência dos fatos revelados por intermédio da presente colaboração, as quais depois de unificadas resultem em, no mínimo, 30 (trinta) anos de reclusão; II – logo após o trânsito em julgado das sentenças condenatórias que somem o montante mínimo de 30 (trinta) anos de prisão a que se refere a alínea anterior, a suspensão em relação exclusivamente ao COLABORADOR de todos os processos e inquéritos policiais em tramitação perante

a 13ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de Curitiba, assim como daqueles que serão instaurados, inclusive perante outros juízos, em decorrência dos fatos revelados a partir da presente colaboração, com a respectiva suspensão de todos os prazos prescricionais, por 10 (dez) anos; III – o cumprimento pelo COLABORADOR de pena privativa de liberdade em regime fechado por lapso não superior a 5 (cinco) anos e não inferior a 3 (três) anos, iniciando-se a partir da assinatura do presente acordo e detraindo-se o período já cumprido pelo COLABORADOR a título de prisão provisória após a deflagração da “Operação Lava Jato”; IV– a execução da pena privativa de liberdade em local condizente com a condição de COLABORADOR, especialmente nos termos do art. 15, §§1º e 3º, da Lei nº 9.807/1999, observando-se o disposto no art. 5º da Lei nº 12.850/2013; V– após o integral cumprimento da pena privativa de liberdade em regime fechado nos termos do inciso III da presente cláusula, a progressão do COLABORADOR diretamente para o regime aberto, mesmo que sem o preenchimento dos requisitos legais, nos termos do art. 4º §5º, da Lei nº 12.850/2013; (...) §8º Os benefícios previstos nessa cláusula, assim como os demais previstos em outros dispositivos do presente acordo de colaboração, não abrangem fatos ilícitos posteriores a 17 de março de 2014; (...) §10 Após a homologação judicial desse acordo e a pedido do COLABORADOR, o Ministério Público Federal expedirá certidão atestando a existência da presente colaboração, a qual somente poderá ser por ele utilizada para instruir processos que, não obstante já estejam em curso em seu desfavor, não estão contemplados no acordo ora celebrado; (...) Cláusula 13. Ao assinar o acordo de colaboração premiada, o COLABORADOR, na presença de seus advogados, está ciente do direito constitucional ao silêncio e da garantia contra a autoincriminação, ao qual, nos termos do art. 4º, §14, da Lei nº 12.850/2013, o COLABORADOR *RENUNCIA*, nos depoimentos em que prestar, ao exercício do direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

Acordo Paulo Roberto Costa: Cláusula 5ª: II. Promoverá o arquivamento de fatos novos em relação ao acusado trazidos pelo colaborador em relação aos quais não exista, na data do acordo, nenhuma linha de investigação em qualquer juízo ou instância. Cláusula 8ª, §8º. Os benefícios não abrangem fatos ilícitos posteriores à data do acordo, em qualquer hipótese, nem fatos anteriores que sejam (estes últimos) completamente dissociados do objeto deste acordo. §9º. Os benefícios propostos não eximem o colaborador de obrigações ou penalidades de cunho administrativo e tributário,

eventualmente exigíveis. Cláusula 12. A defesa desistirá de todos os *habeas corpus* impetrados no prazo de 48 horas, desistindo também do exercício de defesas processuais, inclusive de discussões sobre competência e nulidades. (grifamos)

Como se pode observar das cláusulas acima, o MPF garantiu aos colaboradores que eles não serão alvo de outros processos e inquéritos sobre os mesmos fatos narrados no acordo (salvo de cunho administrativo e tributário), o que inclui, por exemplo, a ação civil pública, a ação civil pública por ato de corrupção e a ação de improbidade administrativa.

Além disso, foram disciplinadas cláusulas com previsão sobre: tempo de cumprimento de pena; regime de cumprimento de pena; local de cumprimento de pena; progressão de regime de cumprimento de pena; renúncia aos direitos de não autoincriminação; e recurso etc.

Nota-se, então, uma liberdade absoluta de disponibilidade sobre as cláusulas e efeitos de um acordo de colaboração premiada, não apenas dentro do próprio processo em que o termo foi celebrado, mas também sobre outros processos de competências totalmente diferentes.

De fato, o art. 6º, inciso I, da Lei nº 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas), não definiu os limites legais da colaboração premiada:

Art. 6º O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter:

- I – o relato da colaboração e seus possíveis resultados;
- II – as condições da proposta do Ministério Público (...).

Desse modo, pode parecer que não ter um padrão é justamente o padrão que se quis instituir, a fim de que a ampla liberalidade e discricionariedade incentivassem mais acordos.

Contudo, não é isso que pensa a doutrina, e certamente não é isso que pensarão todos os milhares de promotores e procuradores espalhados pelo país. Embora não seja objeto do presente artigo discutir teses jurídicas sobre a nova lei das organizações criminosas, vale destacar a manifestação de um ilustre professor para se mostrar a polêmica sobre a definição das cláusulas de um acordo de colaboração premiada:

A clareza, seriedade e honestidade são imprescindíveis nessa “negociação” para preservar um mínimo de ética, se é que se pode usar essa expressão nesse malfadado instituto.

Uma vez iniciado o processo, sendo o colaborador, indubitavelmente, parte no processo, goza de pleno direito ao silêncio. A lei, incorrendo em nova inconstitucionalidade,

estabelece, em seu art. 4º, §14, que o colaborador renunciará – utiliza-se voz cogente – ao direito ao silêncio na presença de seu defensor. “Ora, o dispositivo legislativo é flagrantemente inconstitucional enquanto obriga (ou condiciona, o que dá no mesmo) o réu a abrir mão de um direito seu consagrado não apenas na Constituição como em todos os pactos internacionais de direitos humanos”. (BITENCOURT; BUSATO, 2014, p. 134).

Doravante, com a difusão da colaboração premiada, poderemos ter uma disparidade no que se refere à interpretação da lei de organizações criminosas e, conseqüentemente, nas cláusulas e efeitos dos acordos propostos.

E como tal problema pode ser corrigido ou, pelo menos, minimizado?

O que se pretende neste texto é demonstrar que a regulamentação de atos normativos pelo MP gera a regulação da atividade do próprio MP, de regular as atividades públicas e privadas de interesse coletivo.

Evidentemente que não se está defendendo aqui a necessidade de ponderação entre a unidade institucional e a independência funcional, pois o conflito entre esses princípios fundamentais do MP (art. 127, §1º, da CRFB/1988) sequer existirá, desde que se siga a orientação de Carlos Roberto Jatahy, ao reconhecer que “os membros do Ministério Público estão sujeitos a recomendações dos Órgãos da Administração Superior” (JATAHY, 2008, p. 133).

2. Atribuição Normativa do MP

Em que pese cada Ministério Público da federação ter a sua independência administrativa e, portanto, a capacidade de editar as suas próprias regulamentações, é inegável que, se estamos diante de uma questão nacional, o ideal seria ter o Conselho Nacional do MP como responsável por essa atribuição, exatamente como previu a Constituição, no art. 130-A, §2º, inciso I:

Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Todavia, entre as Resoluções e Recomendações do CNMP, não encontramos nenhum ato que regulamente um mecanismo de solução consensual de conflitos penais (remissão, transação, suspensão condicional do processo e acordo de colaboração premiada), embora a Resolução 118, que instituiu a política de autocomposição pelo MP, reconheça essa necessidade:

CONSIDERANDO que na área penal também existem amplos espaços para a negociação, sendo exemplo o que preveem os artigos 72 e 89, da Lei nº 9.099/1995 (Dispõe sobre os Juizados Cíveis e Criminais), a possível composição do dano por parte do infrator, como forma de obtenção de benefícios legais, prevista na Lei nº 9.605/1998 (Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente), a delação premiada incluída na Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único, e Lei nº 8.072/1990, artigo 8º, parágrafo único, e a Lei nº 9.807/1999, e em tantas outras situações, inclusive atinentes à execução penal, em que seja necessária a atuação do Ministério Público.

Tal ato normativo, que institui políticas administrativas de incentivo à autocomposição e admite que o CNMP poderá, entre outras atividades, “promover publicações sobre negociação, mediação, conciliação, convenções processuais, processos restaurativos e outros mecanismos autocompositivos” (art. 6º, inciso V), não traça nenhum parâmetro para essas medidas, se resumindo a conceituar as práticas de conciliação.

Em sentido oposto, bom exemplo da criação de um modelo de manifestação dos membros do MP na área criminal, com previsão de cláusulas essenciais, são os pedidos de interceptações telefônicas, previstos na Res. 36/2009, do CNMP.

Nesse ato normativo, trata-se além do trâmite procedimental da representação cautelar para quebra de sigilo telefônico, na medida em que há dispositivos sobre o conteúdo imprescindível dessas manifestações:

Art. 4º O pedido feito ao juízo competente da ação principal, por membro do Ministério Público em procedimento de investigação criminal ou na instrução do processo penal, deverá conter, no mínimo:

- I – a fundamentação do pedido e a documentação necessária;
- II – a indicação dos números dos telefones a serem interceptados, e/ou o nome do usuário, a identificação do e-mail, se possível, no caso de quebra de sigilo de informática e de telemática, ou, ainda, outro elemento identificador no caso de interceptação de dados;
- III – o prazo necessário da interceptação requerida;
- IV – a indicação dos titulares dos referidos números;
- V – os nomes dos membros do Ministério Público, também responsáveis pela investigação criminal, e dos servidores que terão acesso às informações.

Ora, se foi criado um modelo de quebra de sigilo telefônico, seguido obrigatoriamente pelos membros do *Parquet*, por que não poderia ser feito o mesmo com um acordo de colaboração premiada, ainda que com cláusulas essenciais e facultativas, mas com propostas de parâmetros razoáveis?

Outro exemplo interessante de onde o CNMP mais se aproximou da sua capacidade de regulamentar atos normativos e regular a atividade de seus membros foi a Resolução 23/2007, que dispõe sobre o Inquérito Civil, procedimento investigatório da ação civil pública.

De fato, trata-se de ato normativo que orienta a atividade inquisitória do MP, sendo seguido por todos os seus membros. Como as normas lá dispostas se referem à criação de um procedimento de tramitação dos inquéritos civis, sua natureza é eminentemente administrativa e relacionada à atividade meio do MP, razão pela qual devem obrigatoriamente ser seguidas.

No entanto, quando chega justamente no momento de tratar sobre os termos de ajustamento de conduta, a Resolução passa a ser tímida e apenas conceitua o instituto:

Art. 14 O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Evidentemente que, se quisesse esmiuçar pontos controvertidos sobre o TAC e propor parâmetros para sua aplicação, a Resolução, nessa parte, não teria força cogente, mas meramente recomendatória, o que, embora retire a obrigatoriedade em seu cumprimento, não afasta a importância de seu tratamento e da sua padronização.

Perdeu-se grande oportunidade de regular a atividade do promotor de tutela coletiva e sugerir cláusulas obrigatórias e facultativas aos acordos, optando-se por resumir e repetir texto de lei sobre o que significa um TAC.

Poderia o CNMP, *v.g.*, como anexo dessa Resolução, criar um modelo propositivo de TAC com cláusulas sobre: as obrigações de dar, pagar, fazer ou de não fazer, de natureza reparatória e preventiva; multas e sanções, de natureza compensatória, cominatória ou astreinte; valor monetário do TAC; índice monetário e de correção do valor da multa; destinação dos valores recolhidos etc.

Certamente, tal iniciativa, apesar de não cogente, seria seguida pelos promotores de tutela coletiva pelos seguintes motivos: utilização como modelo para verificação das cláusulas pertinentes; evitaria discussões jurídicas com os investigados sobre cláusulas abusivas ou omissas; facilitaria a homologação dos TAC perante os respectivos Conselhos Superiores de cada Ministério Público.

Aliás, nos EUA, fonte de onde importamos a prática de utilização de métodos consensuais para solução de conflitos, uma das principais críticas aos promotores é justamente a falta de coerência ente os acordos e a diferença de tratamento para casos semelhantes.

Como forma de conter esse problema no âmbito da justiça federal dos EUA, o *United States Attorneys Office* criou o *U.S. Attorneys Manual*, com a seguinte proposta:

Title 1: Organization and Functions

1-1.100 – Purpose

The United States Attorneys' Manual is designed as a quick and ready reference for United States Attorneys, Assistant United States Attorneys, and Department attorneys responsible for the prosecution of violations of federal law. It contains general policies and some procedures relevant to the work of the United States Attorneys' offices and to their relations with the legal divisions, investigative agencies, and other components within the Department of Justice. It is available on the Internet at http://www.justice.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/.

The Manual provides only internal Department of Justice guidance. It is not intended to, does not, and may not be relied upon to create any rights, substantive or procedural, enforceable at law by any party in any matter civil or criminal. Nor are any limitations hereby placed on otherwise lawful litigative prerogatives of the Department of Justice. (grifamos)

Nesse manual, apesar de estar reconhecida a discricionariedade dos promotores na negociação das cláusulas de um acordo, são previstas inúmeras recomendações sobre o que deve conter em um termo e o que seria vedado, como no caso da forma de participação da vítima:

9-16.030 – Investigative Agency and Victim to be Consulted Although United States Attorneys have wide discretion in negotiating guilty pleas in criminal cases, this power should be exercised only after appropriate consultation with the federal investigative agency involved. See the Victim and Witness Protection Act of 1982, P.L. 97-291, § 6º, 96 Stat. 1256. In addition, the Attorney General Guidelines for Victim and Witness Assistance 2000 provides that United States Attorneys should make reasonable efforts to notify identified victims of, and consider victims' views about, any proposed or contemplated plea negotiations. See the Victim and Witness Protection Act of 1982, P.L. 97-291, § 6º, 96 Stat. 1256.

Outrossim, também foi criada, em 1993, a *United States Sentencing Commission*, com as seguintes características:

The United States Sentencing Commission is an independent agency in the judicial branch of government. Its principal purposes are: (1) to establish sentencing policies and practices for the federal courts, including guidelines to be consulted regarding the appropriate form and severity of punishment for offenders convicted of federal crimes; (2) to advise and assist Congress and the executive branch in the development of effective and efficient crime policy; and (3) to collect, analyze, research, and distribute a broad array of information on federal crime and sentencing issues, serving as an information resource for Congress, the executive branch, the courts, criminal justice practitioners, the academic community, and the public.

The U.S. Sentencing Commission was created by the Sentencing Reform Act provisions of the Comprehensive Crime Control Act of 1984. The sentencing guidelines established by the Commission are designed to:

- . incorporate the purposes of sentencing (i.e., just punishment, deterrence, incapacitation, and rehabilitation);*
- . provide certainty and fairness in meeting the purposes of sentencing by avoiding unwarranted disparity among offenders with similar characteristics convicted of similar criminal conduct, while permitting sufficient judicial flexibility to take into account relevant aggravating and mitigating factors;*
- . reflect, to the extent practicable, advancement in the knowledge of human behavior as it relates to the criminal justice process.*

The Commission is charged with the ongoing responsibilities of evaluating the effects of the sentencing guidelines on the criminal justice system, recommending to Congress appropriate modifications of substantive criminal law and sentencing procedures, and establishing a research and development program on sentencing issues. (grifamos)

Trata-se de uma agência reguladora independente do Poder Judiciário federal dos EUA com algumas atribuições e, dentre elas, a de elaborar *guidelines* para os juízes no que se refere à forma apropriada e justa de fixação de penas.

Ainda no exemplo da justiça negociada, a USSC estabeleceu as seguintes orientações para os *plea agreements*:

GUIDELINES MANUAL November 1, 2014

Standards for Acceptance of Plea Agreements (Policy Statement)

1. (a) *In the case of a plea agreement that includes the dismissal of any charges or an agreement not to pursue potential charges (Rule 11(c)(1)(A)), the court may accept the agreement if the court determines, for reasons stated on the record, that the remaining charges adequately reflect the seriousness of the actual offense behavior and that accepting the agreement will not undermine the statutory purposes of sentencing or the sentencing guidelines.*

However, a plea agreement that includes the dismissal of a charge or a plea agreement not to pursue a potential charge shall not preclude the conduct underlying such charge from being considered under the provisions of §1B1.3 (Relevant Conduct) in connection with the count(s) of which the defendant is convicted.

2. (b) *In the case of a plea agreement that includes a nonbinding recommendation (Rule 11(c)(1)(B)), the court may accept the recommendation if the court is satisfied either that:*

1. (1) *the recommended sentence is within the applicable guideline range; or*

2. (2) (A) *the recommended sentence is outside the applicable guideline range for justifiable reasons; and (B) those reasons are set forth with specificity in the statement of reasons form.*

3. (c) *In the case of a plea agreement that includes a specific sentence (Rule 11(c)(1)(C)), the court may accept the agreement if the court is satisfied either that:*

1. (1) *the agreed sentence is within the applicable guideline range; or*

2. (2) (A) *the agreed sentence is outside the applicable guideline range for justifiable reasons; and (B) those reasons are set forth with specificity in the statement of reasons form.*

Nota-se, portanto, que embora os *plea agreements* sejam discutidos apenas entre as partes, as *guidelines* acima pretendem ampliar a participação do juiz na homologação e na respectiva capacidade de recusar um acordo.

Desse modo, percebendo como fatos semelhantes recebem tratamentos diferentes e até contraditórios ao redor do país, as *guidelines*, tanto do Departamento de Justiça dos EUA, como da USSC, apesar de possuírem natureza meramente recomendatória, pretendem uniformizar e padronizar a interpretação na justiça federal norte-americana sobre certos temas controvertidos, inclusive os acordos.

Inclusive, quando a nossa Constituição fala, em seu art. 130-A, §2º, inciso V, que cabe ao CNMP “elaborar relatório anual, propondo as providências que

julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho”, também demonstra a relevância de se buscar dados sobre aquelas atividades do MP que, no Brasil continental, estão distoantes entre si, a fim de se buscar uma unidade e padronização.

3. Conclusão

Como vimos acima, todo o arsenal de possibilidades de interferência do MP e seu amplo foco de atuação permitem chamá-lo agora de órgão público regulador, conforme as palavras de Floriano de Azevedo Marques Neto:

Meu entendimento do que seja regulação estatal é amplo e compreensivo das diversas modalidades de intervenção estatal em face (no e sobre) do domínio econômico. Tenho comigo, neste sentido, por regulação a atividade estatal mediante a qual o Estado, por meio de intervenção direta ou indireta, condiciona, restringe, normatiza ou incentiva a atividade econômica de modo a preservar a sua existência, assegurar o seu equilíbrio interno ou atingir determinados objetivos públicos como a proteção de hipossuficiências ou a consagração de políticas públicas. Neste sentido, entendo que o gênero regulação econômica (regulação estatal contraposta à autorregulação interna ao domínio econômico) compreende vários instrumentos e atividades com lastro no texto constitucional como a de fiscalizar, planejar, coordenar, orientar, coibir condutas nocivas, regulamentar e fomentar atividades econômicas. (MARQUES NETO, 2005, p. 2).

Na mesma brilhante obra, que parece se adequar perfeitamente ao objetivo deste humilde trabalho, o professor Floriano ainda acrescenta que:

(...) durante muito tempo a regulação estatal se manifestava ou pela atividade normativa (regulamentação de uma série de atividades econômicas) ou pela intervenção direta no domínio econômico (com a assunção pelo Estado, diretamente ou por ente seu, da exploração de atividade econômica, em regime público ou não, sem ou – preferencialmente – com a assunção monopolística). Ou seja, o Estado assumia a produção de bens e serviços diretamente, interditando a exploração destas atividades aos particulares, ou se limitava a regrear, normatizar, a atividade destes particulares nos demais setores da ordem econômica.

(...) Portanto, a retirada do Estado da efetiva execução de algumas atividades e o trespasse de sua exploração a particulares (mediante o recurso a parcerias, abertura à competição ou a outorga de concessões e permissões), antes de implicar uma retirada da esfera pública desta área de atividade, importa na necessidade de fortalecimento da atuação pública.

Mais do que aumento da atividade regulatória indireta (para compensar a diminuição da regulação via intervenção direta), podemos identificar outro processo de transformação da regulação estatal. Fruto da reestruturação do papel do Estado nas suas relações com a sociedade, verifica-se o surgimento de um novo padrão de atuação regulatória onde a imposição unilateral e autoritária de pautas, condutas e comportamentos dá lugar à articulação de interesses e ao estabelecimento de pautas regulatórias negociadas com os diversos interesses envolvidos numa atividade (operadores, usuários efetivos e usuários potenciais). Ganha lugar aquilo que se convencionou chamar de regulação reflexiva, na qual o Estado deixa de ser um adjudicador de direitos e passa a ser um mediador de interesses, sem perder a função de tutor das hipossuficiências sociais.

O novo papel do Estado, enquanto regulador, implica no abandono do perfil autoritário em favor de uma maior interlocução com a sociedade. Enquanto na perspectiva do Estado liberal incumbe ao poder público assegurar as regras do jogo para livre afirmação das relações de mercado e no Estado social inverte-se este papel, passando a atividade estatal a prover necessidades coletivas, ao Estado contemporâneo são requisitadas funções de equalizador, mediador e árbitro ativo das relações econômicas e sociais. Mais que um mero garantidor de pré-condições normativas e menos que um produtor de utilidades públicas, o Estado hodierno assume um papel de “mediador ativo” de interesses (MARQUES NETO, 2005, p. 3-4).

Assim, a atividade de regulação requer a necessidade de conferir ao responsável independência, autonomia, especialidade e capacitação técnica, ou seja, requisitos que se alinham perfeitamente às características institucionais e funcionais do Ministério Público e o legitimam como órgão apropriado para exercer essa função.

Dessa forma, hoje o MP vem se consolidando e se fortalecendo no Brasil e ocupando cada vez mais espaço, inclusive com o incremento da utilização de métodos consensuais de solução de conflitos, o que até contribui para que o Poder Judiciário concentre seus esforços naquilo que for imprescindível.

Entretanto, todas essas responsabilidades que incentivam as práticas consensuais de solução de conflitos pelo MP também justificam a necessidade de padronização dessa atividade, até porque, se o investigado/acusado deve aceitar a aplicação dessas medidas, é imprescindível que ele veja no Ministério Público uma instituição capaz de oferecer acordos justos, pois, caso contrário, o resultado seria exatamente o que se quer evitar, ou seja, a preferência pela judicialização dos conflitos.

Conclui-se, então, que, preferencialmente o Conselho Nacional do Ministério Público e, subsidiariamente todas as unidades dos Ministérios Públicos, devem exercer suas atribuições para regulamentar atos normativos que disponham sobre métodos consensuais de solução de conflitos, o que promoveria a regulação da atividade consensual dos promotores e, indiretamente, a regulação das atividades públicas e privadas em que o MP atua.

Referências

ALEXY, Robert. Principais Elementos de uma Teoria da Dupla Natureza do Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Fundação Getúlio Vargas, vol. 253, 2010.

AFONSO DA SILVA, Virgílio. *O Proporcional e o Razoável*. Revista dos Tribunais, vol. 91, nº 798, 2002.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antonio. *Serviço Público e sua Feição Constitucional no Brasil – Direito do Estado – Novos Rumos – Direito Administrativo*. Tomo 2, Editora Max Limonad, 2001.

BINENBOJM, Gustavo. *Uma Teoria do Direito Administrativo*. Editora Renovar, 2014.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. *Comentários à Lei de Organizações Criminosas*. Editora Saraiva, 2014.

CLÈVE, Clémerson Merlin. *Atividade Legislativa do Poder Executivo*. Editora Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico*. Editora Lumen Juris, 2005.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. *Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva – A Efetividade da Tutela Coletiva Fora do Processo Judicial*. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GRELLA, Fernando. *A Transação na Esfera da Tutela dos Interesses Difusos e Coletivos e a Posição do Ministério Público*. Revista Justitia nº 55 (161), São Paulo, 1993.

GUERRA, Sérgio. *Discrecionalidade, Regulação e Reflexividade*. Editora Fórum, 2013.

JATAHY, Carlos Roberto de Castro. *Princípios Institucionais do Ministério Público*. Editora Lumen Juris, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº1, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de ajustamento de conduta – evolução e fragilidades*. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 02 set. 2014.

_____. *O Inquérito Civil*. Editora Saraiva. 3ª ed. 2007.

_____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. Editora Saraiva, 2001.

MEDAUAR, Odete; SCHIRATO, Vitor Rhein; OLBERTZ, Karlin; SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Poder de Polícia na Atualidade*. Editora Fórum, 2014.

MEDAUAR, Odete. *Serviço Público*. Revista de Direito Administrativo, vol. 189, 1992.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito Regulatório*. Renovar, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. Editora Forense, 2003.

_____. *Mutações do Direito Administrativo*. Renovar, 2000.

NERY, Ana Luiza de Andrade. *Compromisso de Ajustamento de Conduta – Teoria e análise de casos práticos*. Editora Revista dos Tribunais, 2012.

PEREIRA, Flávio Henrique Unes. *Regulação, Fiscalização e Sanção*. Editora Fórum, 2013.

RODRIGUES, Geisa de Assis. *Ação Civil Pública e Termo de Ajustamento de Conduta – Teoria e Prática*. 3ª ed. Editora Forense, 2011.

SANTOS DE ARAGÃO, Alexandre. *Agências Reguladoras*. Editora Forense, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Direito Administrativo para Céticos*. Editora Malheiros, 2012.

TÁCITO, Caio. *Conceito de Serviço Público. Temas de Direito Público (Estudos e Pareceres)*, vol. 1, Editora Renovar, 1997.

VILLELA SOUTO, Marcos Juruena. *Direito Administrativo Regulatório*. Editora Lumen Juris, 2005.

Rio de Janeiro, Junho/2015.