



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP

Nina Bárbara Mendonça Teles

Rio de Janeiro
2019

NINA BÁRBARA MENDONÇA TELES

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP

Artigo científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro. Professores Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Néli L. C. Fetzner
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2019

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RESOLUÇÃO 181/2017 DO CNMP

Nina Bárbara Mendonça Teles

Graduada pela Faculdade de Direito Candido Mendes. Advogada.

Resumo – O acordo de não persecução penal trazido pela a resolução 181 do CMP, editada em 2017, trouxe um novo campo de atuação ao Ministério Público na persecução penal, possibilitando uma filtragem dos processos que serão ou não judicializados. Com isso, a justiça penal extraprocessual ganha força no brasil e os acordos diretos entre acusação e acusado ganham força no ordenamento jurídico. Entretanto, o acordo de não persecução penal, desde sua edição foi bem questionado tanto sob um aspecto de inconstitucionalidade formal como sob o aspecto de inconstitucionalidade material pelo ordenamento jurídico e pelos operadores do direito. A essência do trabalho é abordar os pontos controvertidos do acordo, verificar qual sua relevância para o processo penal atual e apontar quais as justificativas para sua realização.

Palavras-chave – Direito Processual Penal. Direito Constitucional. Direito Penal Poderes do Ministério Público.

Sumário – Introdução. 1. A constitucionalidade material do acordo de não persecução penal. 2. A aparente inconstitucionalidade formal do acordo de não persecução penal. 3- Uma análise do Acordo de Não Persecução Penal na Resolução 181 do CNMP. Conclusão. Referências

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa realiza uma análise da compatibilidade do sistema processual penal brasileiro e a promulgação da resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público e suas alterações posteriores pela resolução 183. Procura-se demonstrar que a aplicação do acordo de não persecução penal é constitucionalmente compatível com o ordenamento jurídico brasileiro, seja pelo aspecto formal, seja pelo aspecto material.

Para tanto, aborda-se que o modelo atual de persecução penal se encontra ultrapassado e falho na sua função finalística de proteção de bens jurídicos e de atuação estatal de controle social. Há o enfoque central de que adotar novos modelos de persecução penal é medida atual fruto de uma renovação mundial ao modelo tradicional investigativo.

Os crimes mais comuns da atualidade se revestem e alto grau de periculosidade e especialidade, isso porque, as organizações criminosas estão cada vez mais modernas e paramentadas de tecnologia de ponta e de armamento sofisticado. Por isso, se faz necessário que o Estado sob o enfoque de uma política penal de repressão aos bens jurídicos mais relevantes, filtrar os crimes menos lesivos e impactantes em sociedade e procurar celebrar acordos extraprocessuais.

Nesse contexto, deixa-se claro que não haverá uma onda de perdão processual desenfreada pelo órgão persecutor criminal, o ministério público. Na verdade, será o caso de uma atuação dúplice criminal, tanto sob o aspecto de repressão extraprocessual como o modelo existente de repressão processual.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando um panorama geral da mudança de atuação persecutória criminal no Brasil e analisando a resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, no que tange a introdução de um modelo de acordo de não persecução penal, principalmente sob o aspecto da sua constitucionalidade material.

Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que não é possível justificar uma inconstitucionalidade formal da resolução 181, uma vez que ela segue fielmente os preceitos brasileiros de regulamentação interna dos poderes.

O terceiro capítulo apresenta uma análise geral do acordo de não persecução penal, trazendo as condições mínimas necessárias para sua celebração, bem como, os limites estabelecidos em lei.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, sendo eleitos conjuntos de proposições hipotéticas adequadas para a presente análise.

A pesquisa bibliográfica concentra-se na análise de livros e artigos a respeito do acordo de não persecução penal. A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

1. A CONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A realidade do sistema penal brasileiro é de um processo extremamente moroso e excessivamente burocratizado o que dificulta a consecução da pena a quem deva efetivamente ser punido e absolvição aos verdadeiramente inocentes.

Aliado a um sistema processual que não supre as demandas nacionais, há o aumento científico e tecnológico das grandes organizações criminosas e a falta de orçamento público investido nas áreas de inteligência e segurança nacional.

Foi preciso buscar um outro parâmetro para visualizar o direito e o processo penal que conseguisse dar maior liberdade aos órgãos de persecução, possibilitando uma espécie de filtragem criminal efetiva, para que apenas ocupassem os tribunais os crimes que realmente precisariam de uma ampla instrução processual e uma maior e mais dura reprimenda do Estado.

Ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, a lógica de filtragem processual de forma efetiva, com as medidas despenalizadoras trazidas pela Lei nº 9.099/95¹, conhecida como a Lei dos Juizados. Nesse momento a legislação pátria deu legitimidade ao Ministério Público (órgão constitucionalmente legitimado para persecução penal) para ser o órgão constitucional do “*ius puniendi*” estatal de, em determinados casos específicos, uma vez preenchidos os requisitos, negociar penas diversas da prisão ao réu.

Segundo Pacelli, no modelo processual conciliatório, a justiça Penal deve orientar-se pela oralidade, informalidade e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação da pena não privativa de liberdade.

A doutrina, ao analisar a possibilidade de o Ministério Público transacionar diretamente com o acusado, ficando a cargo do juiz apenas a homologação em um controle de legalidade, define o nascimento, no Brasil, de uma justiça penal negociada, mesmo que de forma primitiva. A justiça penal negociada é movimento moderno de releitura do direito penal para concretização de sua finalidade precípua (manutenção e controle social) só que sob uma análise extraprocessual.

Segundo Pacelli²:

[...] o estado reconhece o direito do réu a não ser submetido a um modelo processual condenatório, quando presentes os requisitos legais, segundo os quais a medida mais adequada ao fato seria a via conciliatória da transação penal. Note-se que quem está estabelecendo qual seria a medida mais adequada ao fato e ao seu autor é exatamente a lei. Cuida-se de opção situada no campo da política criminal, essa, sim discricionária, em princípio.

Nesse contexto, difundiu-se no Brasil a ideia de justiça penal negociada, que foi ganhando gradativamente mais e mais adeptos na doutrina. No contexto social, os adeptos cresceram paralelos aos escândalos midiáticos de corrupção que assolaram o país, como o caso da Ação Penal 470³ - conhecida pelo nome de Mensalão- e posteriormente pelas operações Lava-Jato, já que o modelo clássico de persecução penal se encontrava falido perante a realidade social do país.

¹ BRASIL. Lei nº 9.099/95. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

² PACCELI, Eugenio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017, p. 227.

³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiarnoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

Foi então que, em 2013, com a Lei nº 12.850⁴, denominada como a Lei das Organizações Criminosas, regulamentou-se o chamado acordo de colaboração premiada, alargando ainda mais a autonomia do parquet na seletivização da matéria processual penal. O Ministério Público, pautado pelos princípios constitucionais da eficiência e proporcionalidade, poderia, então, negociar diretamente com o acusado quando fosse conveniente para o processo ou instrução. Mostra-se, de forma clara, a adoção do modelo conciliatório do direito penal moderno.

Nos acordos de colaboração premiada, o acusado ao assumir culpa sobre o crime imputado teria benefícios preestabelecidos em lei se cooperasse de forma efetiva com o processo ou as investigações (delatando comparsas ou ajudando a recuperar o proveito do crime). Grande marco processual que vem cada vez mais sendo utilizado no Brasil e que possibilitou um efetivo combate à corrupção. Desta forma, até aqueles que não são a favor da sua existência reconhecem a sua necessidade. Nesse sentido, sustenta Nucci:

(...) parece-nos que a delação premiada é mal-necessário, pois o bem maior a ser tutelado é o Estado Democrático de Direito. (...). No universo de seres humanos de bem, sem dúvida, a traição é desventurada, mas não cremos que se possa dizer o mesmo ao transferirmos nossa análise para o âmbito do crime, por si só, desregrado, avesso à legalidade, contrário ao monopólio estatal de resolução de conflitos, regido por leis esdrúxulas e extremamente severas, totalmente distante dos valores regentes dos direitos humanos fundamentais.⁵

É inevitável, porém, que não se parasse por aí, pois, como qualquer forma de mudança jurídica de grande impacto, a justiça penal negociada é modelo de gestão processual que se mostra efetivo nas complexidades da sociedade moderna e, por isso, possui a tendência de seu alargamento. Desta feita, em 2017, o CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) ao regulamentar a investigação penal pelo Ministério Público, cuja legitimidade constitucional foi reconhecida no julgamento do Recurso Extraordinário nº 593.727⁶, trouxe o acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal é um modelo, guardadas as devidas proporções, existente em vários países do ocidente que fortalecem o caráter negocial, a fim de buscar uma efetividade da atuação estatal no combate ao crime. Nesse sentido, o Ministério Público, dentro

⁴ BRASIL. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentário à Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 57.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593.727/MG*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

do seu poder regulatório, editou a resolução 181⁷ pelo CNMP, a qual foi atualizada posteriormente pela resolução 183⁸, também do CNMP.

Foi nesse cenário geral que nasce o acordo de não persecução penal como forma de adoção de um mecanismo nacional para combater a massificação processual, a morosidade da justiça penal brasileira, fornecendo mecanismos de efetividade ao órgão ministerial em sua atividade de combate ao crime.

Nesse sentido dispõe Antônio Henrique Graciano Suxberger⁹:

O chamado acordo de não persecução penal, tal como previsto na Resolução nº 181 do CNMP, deriva do lúdimo poder regulamentar de atribuição prevista constitucionalmente ao Ministério Público de titular privativo do exercício da ação penal pública. O exercício dessa atribuição realiza-se justamente na materialização da chamada *opinio delicti*, que é o juízo do titular da ação penal sobre a possibilidade, que se convola num dever, de exercitar o direito de ação perante o judiciário naqueles casos em que ela, ação, se faça necessária.

Assim, com o acordo de não persecução penal nasce uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado, repousando na implementação de um modelo de acordo criminal através de um sistema legal de eleição de prioridades persecutórias.

O Ministério Público, conforme poder atribuído pela própria Constituição Federal de 1988, é o titular da ação penal no Brasil. Como titular, deve atuar nos perfeitos termos principiológicos que regem toda administração pública, quais sejam: adequação e necessidade.

Nesse viés, pode o Ministério Público deixar de propor a ação penal, flexibilizando a obrigatoriedade da ação penal pública como forma de releitura do modelo tradicional e arcaico do direito penal pátrio.

É sabido que o Brasil, em 1990, participou da Assembleia Geral das Nações Unidas que, por meio da resolução nº 45/110¹⁰, chamada de Regras de Tóquio, corroborou com a necessidade de implementação de medidas alternativas ao processo tradicional punitivista.

⁷ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

⁸ Id. *Resolução nº 183/2018*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

⁹ SANCHES, Rogério Cunha. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodvm, 2018, p. 467.

¹⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Série tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>> Acesso em: 04 ago. 2019.

A resolução nº 45/110¹¹, traz uma recomendação no item 5.1:

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

Era preciso, a partir desse momento em que o Brasil se compromete a buscar medidas efetivas de prevenção ao encarceramento em massa e adoção de medidas de natureza não privativa de liberdade, criar no cenário interno novas saídas para o modelo clássico e engessado de combate ao crime.

A resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público¹², se coaduna, em termos, com essa premissa de que a busca por justiça criminal não está ligada apenas ao processo penal tradicional, mas sim ao fortalecimento dos órgãos persecutórios e a capacidade de negociação entre as partes no processo penal.

Nesse ponto, a resolução, que também regulamenta a atividade investigatória do Ministério Público, se torna mecanismo que reverbera a natureza de agente político do parquet e a possibilidade, como representante do Estado na esfera penal, de invocar as prerrogativas próprias de aplicação de uma discricionariedade regrada na escolha de quais processos devem ser efetivamente judicializados, ou não.

Essa normatização, fruto de política criminal, a qual confere aos agentes públicos um processo de racionalização criminal e busca por medidas efetivas, não foi amplamente comemorado desde sua promulgação em 2017.

Doutrinadores alegam existir uma inconstitucionalidade material por violação ao artigo 5º, inciso LIV¹³ da CRFB/88, o qual estipula que ninguém deverá ser privado de sua liberdade sem o devido processo legal. Ademais, como via consequencial, também violaria o artigo 24 do Código de Processo Penal¹⁴, que prevê o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Estipula o Código Penal que, presentes os indícios de autoria e materialidade do fato,

¹¹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Série tratados internacionais de direitos humanos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

¹² Id, op. cit. nota 7.

¹³ Id. *Constituição Federal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

¹⁴ Id. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

o Ministério Público está obrigado a oferecer a denúncia. Nesse sentido, recorre-se a inteligência de André Nicolitt:

A aplicação de tais princípios não importa em obrigar o Ministério Público a sustentar a condenação ou adotar uma postura meramente acusatória. Significa exigir que, uma vez provocada a jurisdição, haja manifestação judicial sobre o conflito. Após a instrução criminal o Ministério Público, convencido da inocência ou da falta de provas, deverá manifestar-se pela absolvição e isso não implica em desistência da ação penal.¹⁵

Entretanto, a celebração de acordos entre o órgão acusador e o acusado, na forma proposta pela Resolução 181 do CNMP¹⁶, não se mostra como uma afronta material ao princípio constitucional do devido processo legal. Não se pode defender que há uma relação de exclusão entre a negociação de medidas alternativas e o princípio da obrigatoriedade. Nesse sentido, Binder¹⁷:

Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que “exclui” a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como ‘oposto’ - e a ‘oportunidade regrada’ como síntese- é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados.

O princípio da obrigatoriedade da ação penal, como consequência do princípio do devido processo legal, não pode ser lido como um mecanismo de engessamento do sistema que prejudique a efetividade do sistema de persecução penal brasileiro.

Não podendo o órgão ministerial, sem comprovada justa causa, deixar de exercer sua função constitucional, evitando-se, assim, a eleição pontual de casos e atuação enviesada para crimes de maior repercussão social numa filtragem sem parâmetros ordenados de fundamentação.

Esse dever de atuação do ministério público não deve ser lido como um comando de busca processual. Pode ser materializado numa atuação extrajudicial através de acordos de colaboração premiada, transações penais e, mais recentemente, acordos de não persecução penal.

¹⁵ NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 244

¹⁶ BRASIL, op. cit. nota 7.

¹⁷ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p.160.

Essa mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, em seu modelo tradicional e ultrapassado, já está presente do nosso sistema desde a década de 90 com a Lei dos Juizados Criminais a adoção das medidas despenalizadoras, que possibilitavam o membro do Ministério Público transacionar com o acusado sob a chancela do juiz.

Logo, haja a vista a existência de diversos institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o acordo de colaboração premiada, não há como justificar a tese de inconstitucionalidade material do acordo de não persecução penal.

Nesse sentido a inteligência de Renee do ó Souza e Rogério Sanches¹⁸:

E antes que se acuse a proposta de ativismo ministerial, cumpre destacar que uma das principais funções de uma política criminal institucional é justamente servir de instrumento de combate aos voluntarismos individuais que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica.

Portanto, em termos de conflito material, sob a ótica moderna de leitura do direito penal através de uma filtragem constitucionalmente adequada a luz dos princípios da oportunidade, adequação e proporcionalidade

2. A APARENTE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Outra grande discussão acerca do acordo de não persecução penal se encontra na defesa de ser um mecanismo inconstitucional do ponto de vista formal. O ordenamento jurídico brasileiro adota um escalonamento normativo que proporciona maior segurança jurídica de um lado e engessamento do sistema de outro.

No ponto mais alto do ordenamento jurídico encontra-se a Constituição Federal e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Logo abaixo, e extraíndo seu fundamento de validade diretamente das normas constitucionais estão os atos normativos primários. Por fim, temos os atos normativos secundários.

O ponto de partida da análise da constitucionalidade da resolução nº 181 do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público) repousa em saber qual a natureza jurídica dela. As resoluções do CNMP procuram fundamento na constituição, em especial, no art. 130-A, §2º¹⁹:

¹⁸ SANCHES, op. cit., p. 129.

¹⁹ BRASIL, op. cit. nota 7.

[...]I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

Por isso, foi reconhecido que a edição de resoluções, com base no poder regulamentar do CNMP, que tem fundamento na constituição, tem natureza de ato normativo primário, sendo este fato reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal²⁰.

E mais, especificamente entende-se que a resolução, nesse caso, tem natureza de norma regulamentar, pois busca fundamento direto na aplicação dos princípios constitucionais da Eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI).

Superado essa análise de constitucionalidade pelo caráter regulamentar da resolução, passa-se a análise da crítica feita quanto a reserva de lei para tratar de matéria processual, conforme dispõe a Constituição Federal no Artigo 22, I²¹: Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;

Entretanto, há um equívoco na premissa em análise. Não se trata de matéria processual que a lei reserva competência legislativa exclusiva a união. A norma processual, para ser configurada, deve atender a três requisitos básicos: 1- o exercício de uma pretensão punitiva; 2- manifestação de uma parte legítima; e 3- a presença de uma autoridade judicial, respeitando o contraditório e a ampla defesa.

Não estando presentes tais requisitos fica difícil sustentar ser norma processual, isso porque trata-se de norma extrajudicial que estipula o não exercício de jurisdição penal.

O Supremo Tribunal Federal em 2006 por meio da relatoria da Ministra Ellen Gracie, entendeu que não se tratam de normas de direito processual, as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual.

Passada a análise de não se tratar de norma processual, é necessário analisar se trata de matéria penal, pois nesse caso, também haveria conflito com o disposto no artigo 22, I da Constituição Federal de 1988.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12/MG*, Relator: Min. Carlos Britto. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

²¹ Id., op. cit. nota 13.

Há também um equívoco em interpretar o acordo de não persecução como material penal, uma vez que não há imposição de pena pelo seu descumprimento, perdendo, assim, seu caráter cogente, diferentemente do que acontece com o modelo anglo-saxão de *plea bargaining*.

O acordo de não persecução penal não tem caráter imperativo, não existe cumprimento forçado do acordo e não há execução imediata de pena, pelo contrário, nesse caso, deverá o membro do ministério público oferecer denúncia e começar a instrução processual penal desde o início.

Há outra característica que tira a natureza puramente penal do acordo, que é a liberalidade de sua existência, tanto da parte proponente como da parte aceitante. Propõe o membro do Ministério Público, se achar cabível e adequado, bem como, aceita a proposta o processado, se assim lhe convir.

A ideia, do ponto de vista formal, é de que a resolução tem caráter regulamentar de uma atuação extrajudicial do membro do ministério público, dentro de suas funções constitucionais reconhecidas, respeitando o movimento atual de política criminal, qual seja, o da justiça penal negociada.

Por isso, não há violação ao artigo 22, I da Constituição Federal, uma vez que se trata de norma regulatória procedimental que evita justamente a instauração do processo penal, quando sua existência sobre um ponto de vista concreto se torna desnecessário e ineficiente

3. UMA ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA RESOLUÇÃO 181 DO CNMP

Superada a análise dos argumentos que implicavam na existência ou não de inconstitucionalidade material e formal quanto ao disposto na resolução 181 do CNMP e o acordo de não persecução penal, passa-se a análise do seu conteúdo.

Preliminarmente, deve-se destacar que como a resolução, que cuidou do procedimento investigatório pelo Ministério Público, estipula que só poderá ser oferecido e celebrado o acordo no bojo de uma investigação penal, ou seja, momento anterior a propositura da ação penal.

Entretanto, como o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público é recente²², a grande maioria dos crimes hoje é investigado por meio da polícia judiciária no procedimento tradicional, o inquérito policial.

²² BRASIL, op. cit. nota 6.

Por tal razão, parece sensato que a interpretação a ser dada ao dispositivo da resolução, que regulamenta o acordo de não persecução, seja a sua aplicação tanto ao procedimento investigatório comum como aos procedimentos investigatórios realizados pelo *parquet*.

De modo concreto, ao chegar no gabinete do promotor um procedimento investigatório amadurecido, do ponto de vista probatório e fático, e que tenha por objeto a apuração de um delito em que seja possível a celebração do acordo, poderá o promotor de justiça entrar em contato com o acusado e propor diretamente o acordo.

O papel do juiz, nesse momento, será de homologar o acordo na forma do §5º, do art.18 da Resolução 181 do CNMP: “Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para a sua implementação.”

Traduz-se, assim, um requisito de eficácia do acordo. Nesse momento o juiz fará a análise de adequação e proporcionalidade que devem pautar todo e qualquer acordo.

Outro dado importante trazido pela resolução é a possibilidade de propositura do acordo nas audiências de custódia, uma vez que nesse momento há presença física obrigatória de todos os membros que devem presenciar o acordo: acusado, ministério público e juiz.

Uma vez celebrado o acordo, o ônus de demonstração de cumprimento é do investigado e, caso não logre êxito, poderá o membro do Ministério público, tão logo, oferecer a denúncia.

Por ter natureza de acordo extrajudicial, a parte que cabe ao *parquet* é de promoção pelo arquivamento do procedimento investigatório, uma vez que, com a celebração do acordo de não persecução penal, não há mais interesse processual que consubstancie a denúncia. Isso porque o objetivo buscado pelo processo penal já teve sua pretensão alcançada de forma amigável e transacional.

Importante, assim, analisar as situações possíveis para a celebração do acordo de não persecução penal. A resolução determina sua aplicação no caso de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa e com pena mínima não superior a quatro anos, mediante uma confissão formal de culpa da pratica do delito bem como o detalhamento do ocorrido.

Nesse sentido leciona Emerson Garcia²³:

Na disciplina da Resolução CNMP nº 181/2017, não são aplicadas verdadeiras penas, já que os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a. Acresça-se que o objeto do acordo não importa em qualquer ruptura com o sistema vigente, que admite a celebração de ajustes inclusive

²³ GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexos*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

em relação ao quantum da pena privativa de liberdade a ser cumprida, afastando a tradicional tese da indisponibilidade do interesse. Além disso, os requisitos que mais se assemelham às sanções previstas na legislação penal, especificamente às penas restritivas de direitos, são a prestação de serviço à comunidade e o pagamento de prestação pecuniária, os quais sequer redundam em privação da liberdade.

Por outro lado, não será possível sua aplicação quando cabível a transação penal, uma vez se que o acordo possui natureza subsidiária ao instituto despenalizador. Não será possível, também, a aplicação do acordo em casos que possa acarretar prescrição da pretensão punitiva estatal.

A alteração dada a resolução 181 pela resolução 183 do CNMP trouxe a limitação (que não havia no primeiro momento quando da publicação da resolução inicial) de que o acordo não se aplicaria a delitos mais graves (independentemente da quantidade de pena aplicável ao crime), como é o caso dos crimes hediondos.

O processo de formalização do acordo se dará nos autos do próprio procedimento investigatório e trará de forma clara as condições de execução e cumprimento para ambas as partes, tanto o acusado como o ministério público.

No sentido de modernizar os procedimentos processuais e extraprocessuais, será necessária a gravação, por meio audiovisual, da confissão do acusado, bem como os detalhes da empreitada criminosa.

Elemento probatório esse, que em caso de descumprimento pelo acusado, poderá e deverá ser usado como prova no bojo da denúncia pelo mesmo crime. Em consequência pelo descumprimento do acordo, será oferecida a denúncia ou instaurado procedimento investigatório criminal (PIC).

Surge uma questão quando da análise do acordo de não persecução penal: Seria ele um direito subjetivo do investigado ou seria uma faculdade do promotor? Parece que, numa análise legalista do ato normativo, pode-se afirmar não se tratar nem de um nem de outro.

Isso porque o acordo de não persecução penal é uma solução amigável bilateral, que gera compromisso entre as partes. Guarda-se semelhança com o instituto da transação penal da Lei nº 9.909/95. Reconhecer direito subjetivo do investigado ou dever jurídico do membro do Ministério Público seria, em última análise, tirar a discricionariedade regrada visionada pela resolução ao parquet a luz dos princípios da adequação e proporcionalidade que justificam a razão de ser da própria resolução.

Ao analisar a questão do concurso de crimes e a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, deve-se aplicar a inteligência da súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça²⁴:

O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (1) ano.

Nesse diapasão, quando o somatório das penas em concurso material ou o acréscimo decorrente do concurso formal ou da continuidade delitiva elevar o patamar da pena mínima para acima de 4 anos, não será possível a celebração do acordo.

Analisando os efeitos penais que o acordo de não persecução penal poderia trazer ao acusado, fica claro que, por não ter natureza penal, não tem condão de produzir os efeitos dela decorrentes, como reincidência e antecedentes negativos.

Também, torna-se importante salientar que a resolução não traz limitação numérica ao acordo de não persecução penal em relação ao mesmo investigado. Logo, é possível defender que cabe o cumprimento de mais de um acordo pelo mesmo acusado, desde que preenchido os requisitos.

Por último, importante destacar que a resolução não especificou a natureza do crime de violência que estariam excluídos de sua incidência. Por isso, parece racional a interpretação de que não se aplica tanto aos crimes de violência concreta como aos crimes de violência abstrata.

Por todos os ângulos que se analisa concretamente a resolução 181 do CNMP, não há flagrante inconstitucionalidade que justifique a não aplicação do acordo no âmbito nacional, devendo ser incentivado pelos ministérios públicos estaduais bem como os órgãos de controle da atividade persecutória em âmbito nacional.

CONCLUSÃO

Importante consignar que o acordo de não persecução penal, por se tratar de instrumento novo no ordenamento jurídico penal brasileiro, pode acarretar, de certa forma, insegurança aos operadores do direito que, por costume e comodismo, defendem um sistema penal clássico.

²⁴ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 243*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

O acordo, representa efetiva mudança no cenário nacional de expansão do modelo de justiça penal negociada e políticas criminais preventivas. Modelos modernos que são adotados atualmente em diversos países pelo mundo, por exemplo, os Estados Unidos.

É verdade que, de um ponto de vista positivista do direito, a tradição seria que o acordo fosse regulado por lei em seu sentido formal. Porém, o direito não deve e nem pode se submeter a espera do processo legislativo nacional. É bem verdade que o processo legislativo hoje encontra-se atrelado a um juízo de conveniência e oportunidade pautado pela mídia e o clamor social.

Cumprir destacar, no entanto, a existência do Projeto de Lei nº 513/2013 tramitando na Câmara dos Deputados - conhecido como pacote de segurança - que traz no seu bojo a alteração do Código de Processo Penal e inclusão do art. 394-B. O referido artigo traz a possibilidade de realização do acordo quando ao final do processo se verificar que a pena cabível seria de qualquer forma a pena restritiva de direitos, não cabendo de nenhuma forma a pena restritiva de liberdade nesses casos.

Entretanto, enquanto não aprovado e promulgado o projeto de lei, deve-se dar efetividade à Resolução 181 do CNMP, como forma de imediato alívio do sistema penal, desafogando o judiciário para a correta instrução criminal dos crimes mais graves.

Até a presente data não foram julgadas, pelo Supremo Tribunal Federal as ações diretas que tramitam contra a resolução, são elas, a ADI nº 5.793, da Ordem dos Advogados do Brasil, e a ADI nº 5.790, de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

Espera-se que o Supremo Tribunal Federal assente a constitucionalidade do acordo, ocasionando assim, um grande e imediato alívio ao sistema penal, ficando para julgando do Poder Judiciário os casos mais graves e mais relevantes penalmente.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Erica Montenegro Alves. *Justiça Penal negociada sob a ótica do sistema garantista*. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_Leitura&artigo_id=20457>. Acesso em: 29 abr. 2019.

BINDER, Alberto. *Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Regras de Tóquio - Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183/2018*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/5586/>>. Acesso em: 02 set. 2019.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.senado.leg.br/atividade/const/con1988/con1988_14.12.2017/art_130-A_.asp>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. *Lei nº 12.850/13*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 243*. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub)>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *STF fixa requisitos para atuação do Ministério público em investigações penais*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Constitucionalidade nº 12*. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Penal nº 470*. Relator: Min. Joaquim Barbosa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/relatoriomensalao.pdf>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 593.727/MG*. Relator: Cezar Peluso. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>>. Acesso em: 04 ago. 2019.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Júri: reformas, continuísmos e perspectivas práticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

GARCIA, Emerson. *O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexos*. Disponível em: <<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>. Acesso em: 16 abr. 2019.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Reformas (?) do processo penal: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NICOLITT, André. *Manual de Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Organização criminosa: comentário à lei 12.850, de 02 e agosto de 2013*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PACCELI, Eugenio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2017.

RODRIGUES NETO, Ocirene. *A justiça negociada no combate ao crime organizado*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/58180/colaboracao-premiada>>. Acesso em: 29 abr. 2019.

SANCHES, Rogério Cunha. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodvm, 2018.