



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE SOBRE A SUA CONSTITUCIONALIDADE E APLICABILIDADE DE ACORDO COM O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO

Andréia Marques Ramos

Graduada pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro - UFRJ.
Advogada.

Resumo – o presente trabalho tem como objetivo abordar a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico, desde sua elaboração com a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público até a inclusão no Código de Processo Penal. Abordando alguns questionamentos iniciais acerca de sua constitucionalidade. Não obstante, ressalta-se que como instituto legal que mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, numa direção apontada à política criminal de desencarceramento e desburocratização que vem sendo perseguida pelo Estado Brasileiro nos últimos tempos. Visando, dessa forma, uma solução célere e com menos prejuízos aqueles acometidos por suportar sanções penais, além disso as vantagens para toda a sociedade em termos de economia de recursos.

Palavras-chave – Direito processual penal. Acordo de não persecução penal. Princípio da obrigatoriedade da Ação Penal.

Sumário – Introdução. 1. O acordo de não persecução penal: sua previsão legal, requisitos de aplicabilidade e ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face do instrumento normativo que lhe deu origem. 2. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal e seu entendimento como dogma. 3. As opções e a função da justiça negocial em prol da sociedade. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica analisa a constitucionalidade da Resolução nº 181 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) que regula a possibilidade de o Parquet propor o acordo de não persecução penal, ou seja, os casos em que mesmo tradicionalmente sendo estabelecida a instauração de ação penal pública o representante do Ministério Público poderia dispensá-la. Para tanto, os instrumentos pesquisados foram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e nº 5793 (ADIs) propostas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

Pretende-se, portanto, analisar os argumentos que foram apresentados no âmbito das ações de controle de constitucionalidade confrontando-os com os dispositivos da Resolução que estabelecem os mecanismos de dispensa da ação penal. Ressaltando que esta análise será feita principalmente sob o prisma da obrigatoriedade de ação penal dentre os argumentos utilizados nas ações que buscam a inconstitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal.



Não obstante, busca-se demonstrar de maneira geral os motivos de criação do mecanismo de não persecução penal, propondo-se especialmente estudar a sua relevância para a política criminal brasileira. Justamente pois, apesar da vertente positiva que esse instrumento de política criminal pode trazer, há inúmeras discussões sobre a sua constitucionalidade e possível afronta aos princípios norteadores do direito penal.

No embalo do clamor social por maior repressão aos criminosos, o Congresso Nacional aprovou o que se popularizou como “Pacote Anticrime” pela Lei nº 13.964/19. Em vigor desde janeiro de 2020, foram alteradas 17 leis penais, entre elas houve a formalização via lei do Acordo de Não Persecução Penal, o objeto do presente estudo, inserindo-se o disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Inicia-se o primeiro capítulo apresentando o artigo 18 da Resolução nº 181 de 2017 do CNMP, onde constam os requisitos que devem ser preenchidos para que o acordo de não persecução penal seja proposto. O tópico é continuado com o exame não exauriente dos argumentos favoráveis e contrários presentes nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade focando naqueles que tratam do aparente não atendimento ao princípio não expresso da obrigatoriedade da ação penal.

No segundo capítulo, o enfoque é estudar de forma mais abrangente o princípio da obrigatoriedade da ação penal e entender como tem sido possível no ordenamento jurídico brasileiro mitigá-lo quando conveniente a política criminal adotada. Para isso, será abordado o exemplo previsto na Lei nº 9.099/95 que trata dos Juizados Especiais Criminais e a possibilidade de *sursis* processual.

Finalmente no terceiro capítulo, uma vez demonstrada a importância da superação da barreira supostamente imposta pelo ordenamento jurídico da obrigatoriedade da ação penal através das exceções já aceitas pelas normas vigentes, dá-se espaço às manifestações de como a opção pela justiça negociada é uma solução compatível com as mazelas da situação deplorável do sistema penitenciário brasileiro, até mesmo para se fazer efetivas as funções da pena. Considerando ainda que, a partir dela, seja viável alcançar o alívio da sobrecarga de trabalho nos tribunais e órgãos de persecução penal, em especial do Ministério Público, conseguindo um sistema mais ágil de investigação

O objetivo deste artigo é analisar a referida resolução, dando enfoque se afronta ou não o princípio da obrigatoriedade o que não pode ser feito sem antes analisar a constitucionalidade da resolução nº 181/17 e o seu processo de incorporação pelo sistema jurídico pátrio, além de demonstrar a relevância social do novo mecanismo e seus efeitos na política criminal brasileira.



Com o fito de garantir a cientificidade do trabalho, a pesquisa é desenvolvida através da metodologia hipotético-dedutiva, com base em premissas de altas possibilidade que são confrontadas pelo pesquisador de geral para o particular, com a finalidade de comprová-las ou rejeitá-las de maneira argumentativa.

Com este fim, a abordagem do objeto alvo desta pesquisa jurídica é imprescindivelmente qualitativa, sendo assim o pesquisador almeja valer-se de bibliografia pertinente a temática em voga, analisada na fase exploratória da pesquisa para dar base a sua tese, sem, contudo, esgotar o tema, tendo ciência que o entendimento do Supremo Tribunal Federal pode ser superado a qualquer momento.

1. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: SUA PREVISÃO LEGAL, REQUISITOS DE APLICABILIDADE E AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE PROPOSTAS EM FACE DO INSTRUMENTO NORMATIVO QUE LHE DEU ORIGEM

Através da Resolução nº 181 de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)¹, que regulamenta a investigação criminal realizada pelo referido órgão, dentre suas inovações, foi criado um possível acordo entre o Ministério Público (MP) e o investigado. Tal opção tem trazido alguns questionamentos acerca de sua aplicabilidade, validade e constitucionalidade.

O novo instrumento normativo trouxe a possibilidade de o MP propor um acordo ao investigado, sempre acompanhado de seu defensor, para que não seja ajuizada a ação penal pública correspondente a delito supostamente cometido. Não obstante, para que seja oferecido o acordo, é imprescindível que o investigado cumpra as condições presentes no artigo 18 do referido ato normativo. Esse mecanismo foi chamado de acordo de não-persecução penal e tem caráter administrativo.

Cabe ressaltar que a Resolução foi criada principalmente para regulamentar a investigação criminal realizada pelo MP. Sendo assim, a justificativa apresentada pelo CNMP foi que se conseguisse maior celeridade aos crimes mais graves, conforme se vê no próprio texto da Resolução²:

b) da Resolução CNMP nº 13 (que disciplina o procedimento investigatório criminal do Ministério Público), com o objetivo de tornar as investigações mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras

¹ BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181*. Disponível em: Acesso em: 15 out. 2020.

² Ibid.

dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados.

Isto concederia ao Poder Judiciário e, conseqüentemente, ao próprio Ministério Público um lapso temporal maior para análise dos casos.

Em suma, as razões motivadoras da Resolução basicamente enfocam a celeridade processual, que acarreta na economia de recursos e eficiência, já que um sistema que consegue atingir seus fins em menor tempo e utilizando menos recursos, tende a ser mais proveitoso para a sociedade.

É cediço que seria inconstitucional a livre legislação por parte do Ministério Público. Diante disso, infere-se que as normas integrantes do ordenamento jurídico brasileiro devem ter conformidade com as normas da Constituição Federal, ou seja, atendimento ao princípio da Supremacia Constitucional. A Constituição tem uma hierarquia superior às demais leis. Logo, essas devem seguir a Lei Maior ao serem criadas.

O Processo Legislativo, operado por meio do Congresso Nacional, disciplinado nos artigos 59 a 69 da Constituição Federal³ consiste nas regras procedimentais, constitucionalmente previstas, para a elaboração das espécies normativas, regras estas a serem criteriosamente observadas pelos “atores” envolvidos no processo.

Uma das espécies normativas é a resolução. Os atos normativos que criam obrigações e direitos fazem parte da função típica do Poder Legislativo.

Todo esse procedimento legislativo é moroso, requer a realização de exames, estudos e discussões sobre os projetos em voga. São necessárias diversas fases. Inclusive é uma competência privativa da União por intermédio do Congresso Nacional consubstanciado no artigo 22, inciso I da Constituição Federal "Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho"⁴.

É evidente que as funções atribuídas ao Poder Legislativo em nada são similares ou se confundem com as atribuições do MP, que, primordialmente, promove privativamente ação penal, é garantidor e fiscalizador da separação de poderes.

Não é possível obliterar e relevar que inconstitucionalidades, possivelmente, presentes na Resolução do CNMP, pois, por meio dela, é inserido no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não-persecução penal. Atente-se para o fato de o MP não ter legitimidade para criar

³ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.

⁴ Ibid.



normas. Sendo assim, a inovação é feita sem previsão legal expressa e trata-se de norma administrativa.

A viabilidade de acordo de não-persecução penal, conforme mencionado anteriormente, foi alvo de duas ADIs.

A Associação dos Magistrados Brasileiros postuou a ADI nº 5790⁵. Dentre muitos argumentos, a invasão de competência legislativa pela inovação em matéria penal e processual penal ganhou destaque. Além disso, aduz que o ANPP ou se submete ao rito do Código de Processo Penal para o inquérito policial ou dependerá de lei para que sua instituição seja válida, em conformidade com o artigo 22, inciso I da Constituição Federal. Não obstante, da forma como está disposto pela resolução, afligiria direitos e garantias individuais.

Por sua vez, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), ao propor a ADI nº 5793⁶, compactua com o defendido pela Associação dos Magistrados Brasileiros.

A Legislação brasileira, em nenhum momento, dá poderes legislativos ao Conselho Nacional do Ministério Público. O CNMP não tem a competência de legislar sobre matéria processual. Com fulcro no disposto no artigo 130-A, §2º, I da Constituição Federal⁷:

§ 2º 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:
I - zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.

Ademais, a Resolução fere o art. 129, I da Constituição Federal: "São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei"⁸ que, especificamente, assegura ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública, na forma da lei.

A adesão ao sistema acusatório de persecução penal, pela Constituição Federal de 1988, tem a finalidade expressa de separar as funções de acusar, julgar e defender. Foi atribuído ao Ministério Público, com exclusividade, a titularidade da propositura da ação penal pública. Sendo assim, tendo em vista o caráter vinculado da atuação do MP e reconhecendo a

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe: 06/10/2017. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em 21 mar. 2021.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. DJe:13/10/d2017. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em 22 mar. 2021

⁷ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁸ Ibid.



inconstitucionalidade do não ajuizamento da ação penal, não seja obrigado a agir, como propõe o acordo de não-persecução penal.

Uma vez reconhecida ocorrência do fato típico antijurídico não pode o MP simplesmente deixar de atuar da maneira que a Constituição Federal ordena.

Destaca-se que é dessa maneira que o princípio da obrigatoriedade da ação penal se institui, pois, em suma, se resume a obrigar o Ministério Público a atuar processualmente sempre que há um delito de ação penal pública.

Ainda deve ser compreendido que a sociedade urge para que a impunidade seja minimizada, ou seja, um dos pilares que sustentam o Estado é que ele detenha o poder de polícia necessário para que garanta a segurança aos indivíduos. Para isso, o Ministério Público não pode simplesmente decidir instituir um mecanismo novo e, de acordo com as suas próprias regras, arbitrariamente entender que não é mais necessário propor a ação penal, em contrariedade ao que a Constituição propõe.

Eugenio Pacelli de Oliveira⁹ em consonância sobre o tema, discorre:

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao parquet qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas às condições da ação penal.

O próprio Código de Processo Penal¹⁰, em seu artigo 24, consagra o princípio da obrigatoriedade e afirma que ele é o que melhor atende aos interesses do Estado.

Logo, conclui-se que no acordo de não-persecução penal, há um vício desde a sua origem, tornando-o inconstitucional.

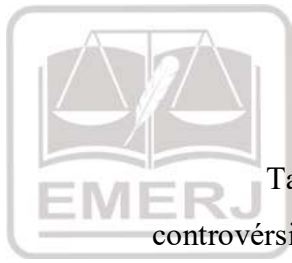
Não obstante o disposto acima, o Poder Legislativo, atendendo ao clamor da sociedade por um sistema mais justo e de certa forma mais rígido, conforme a exposição de motivos da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019¹¹, afirma.

Em poucas palavras, as reformas são necessárias para adequar o ordenamento jurídico a uma nova realidade. É imprescindível agilizar-se a tramitação das ações penais, a fim de que a resposta seja dada pelo Poder Judiciário em tempo razoável, evidenciando a existência de um Estado que seja, a um só tempo, eficiente e respeite a garantia constitucional do devido processo penal. Não será demais, aqui, lembrar que a segurança pública é, também, direito assegurado a todos pela Constituição Federal no art. 144.

⁹ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2009. p. 114-115.

¹⁰ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

¹¹ BRASIL, *Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: . Acesso em: 10 mar. 2021.



Tal reforma legislativa atendeu ao que se reivindicava pela população, findando as controvérsias acerca da possibilidade de aplicação de acordos de não persecução penal através de um mecanismo com presunção de constitucionalidade.

2. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E SEU ENTENDIMENTO COMO DOGMA

Defende-se que o princípio da Obrigatoriedade está vigente desde o Código de Processo Criminal do Império¹², lei de 29 novembro de 1832, atualmente consagrado pelo art. 24 do Código de Processo Penal, Decreto Lei n. 3.689¹³, de 3 de outubro de 1941. Este princípio seria um dos aliados da pacificação social, de titularidade do Estado.

Deve ser considerado que, através desse princípio, o Estado guarda para si o exercício da jurisdição penal, inclusive veda a possibilidade de autotutela, vingança privada e do exercício arbitrário das próprias razões, criminalizando tais condutas, conforme disposto no artigo 345 do Código Penal¹⁴. Com essa contrapartida, assume o dever de proteger a sociedade e punir os cidadãos que pratiquem condutas delituosas.

Sendo assim, o sistema penal eleito conferiu ao Estado a responsabilidade de promover a ação penal pública, pelas mãos do Ministério Público, instituição encarregada conforme art. 129, I da Constituição Federal e do artigo 24 do Código de Processo Penal¹⁵.

Neste diapasão, quando presentes os indícios suficientes de autoria e havendo prova da materialidade, estão configurados os pressupostos da ação penal, bem como as condições da ação.

Confirmando essa perspectiva, Vicente Greco Filho¹⁶ afirma:

A ação penal pública apresenta as seguintes características: Necessidade. Existindo elementos probatórios razoáveis, o Ministério Público é obrigado a oferecer denúncia. O juízo de formação da *opinio delicti*, por parte do órgão do Ministério Público, é um juízo vinculado de legalidade e não oportunidade. A relação entre a infração penal e a propositura da ação penal é uma relação de obrigatoriedade e não de eventualidade [...].

¹² BRASIL. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

¹³ BRASIL. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

¹⁴ BRASIL, op. cit., nota 9.

¹⁵ Ibid.

¹⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 113.



Eugênio Pacelli¹⁷ entende que o Brasil já aceita algumas exceções ao princípio em questão, pois, há algumas normas que permitem a sua mitigação. Um claro exemplo é o da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, onde se prevê transação penal, e a suspensão condicional do processo¹⁸.

Tendo em vista essa relativização, cabe traçar um paralelo com o princípio da moralidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal¹⁹, em que se conclui que o Ministério Público não poderia abrir mão, sem justificativa, de ações penais viáveis, o que caracterizaria um protecionismo e favoritismo.

Outro aspecto relevante é a evolução do entendimento de que a obrigatoriedade da ação penal seria muito mais um dogma do que um princípio propriamente dito, pois, este imperativo seria de impossível concretização na conformação institucional do funcionamento do sistema de justiça criminal.

Dentro dessa crítica, há a perspectiva de que a compreensão dos arranjos institucionais do sistema de justiça, deriva do exercício de um espaço decisório. Contudo é de Giovanni Leone²⁰ a assertiva de que a discricionariedade no exercício da ação penal – oposto da afirmação de obrigatoriedade – é incompatível com uma visão democrática de ação penal”.

Para José Afonso da Silva²¹, a ideia da obrigatoriedade derivaria de modo inafastável do que chama de “império da lei”, isto é, a realização da igualdade e da justiça pela generalidade, pela busca da agilização das condições socialmente desiguais. Toda atividade estatal, pois, sujeita-se à lei, esta compreendida como expressão da vontade geral, que só se materializa num regime de separação de poderes em que a lei surge como ato formalmente criado pelos órgãos de representação popular, em atendimento a um processo legislativo previsto na Constituição.

Em termos positivos, o código de Processo Penal²², na sua Exposição de motivos quando menciona a ação penal, se limita a afirmar que “o projeto atende ao princípio *ne procedat iudex ex officio*”, como decorrente do reclamo de “completa separação entre o juiz e o órgão de acusação, devendo caber exclusivamente a este a iniciativa da ação penal”. A única

¹⁷ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 564.

¹⁸ BRASIL. *Lei n° 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm: Acesso em: 10 set. 2021.

¹⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

²⁰ LEONE apud SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: A oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017.

²¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 421.

²² BRASIL, op. cit., nota 9.



disposição no CPP que nos faz concluir sobre a obrigatoriedade da ação penal esta materializada no artigo 24, redação que até os dias atuais não teve nenhuma modificação.

Muito embora isso não corresponda a interpretação de que não existem limites para o poder acusatório do Parquet. Rodrigo Leite Ferreira Cabral²³ assim defende em sua obra: assim, a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos fundamentaram o princípio da legalidade. A dedução que se pode ter a partir disso é que a obrigatoriedade no exercício da ação penal, pois, figura-se mais como uma cultura processual penal no Direito brasileiro do que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação.

Discorre-se ainda sobre os dois principais diplomas legais sobre persecução penal – Código Penal e Código de Processo Penal - que trazem preceitos com textos que mais reafirmam a titularidade da ação penal do Ministério Público do que exatamente preceituam a obrigatoriedade no exercício dessa atribuição. Este caráter configura-se muito mais como uma cultura processual penal brasileira do que um mandamento normativo inequívoco, impositivo e inafastável da legislação.

Ademais, a obrigatoriedade da ação penal é comumente associada a uma impossibilidade fatídica de persecução penal de todos os fatos criminosos noticiados às instâncias de persecução penal.

Ainda, contribui André Luis Alves de Melo²⁴:

Dessa forma, isto não significa que o princípio seja avaliado pela regra do “tudo ou nada”, o princípio como mandado de otimização deve ser analisado com base em outros elementos de razoabilidade. Nesse sentido, a oportunidade da ação penal integra a independência funcional do Membro do Ministério Público, mas deve ficar adstrita aos delitos de baixa e média ofensividade.

Devem ser considerados ainda os aspectos relacionados a insignificância da lesão ou não atendimento das exigências de princípios importantes do Direito Penal, como da intervenção mínima, lesividade concreta. Em suma, tais nuances só podem ser analisadas caso a caso conforme a política criminal adotada pelo Estado.

Logo, não se poderia deixar de concordar com tais posicionamentos mais flexíveis em relação a obrigatoriedade da proposição da ação penal pois justamente o objetivo central do

²³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p.174.

²⁴ MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018, p. 175.



presente trabalho é expor a necessidade de uma revolução na seara penal para que se possa atender aos anseios da sociedade alterando a realidade atual.

A busca pela modernização do sistema penal é uma necessidade latente, pois, ao adequar-se os procedimentos, a realidade será executável através de um planejamento financeiro, espacial, estrutural às situações que demandam maior atenção.

Nesse tom, exalta-se a lição de Tourinho Filho²⁵:

[...] Por outro lado, considerando a impossibilidade de o Estado construir estabelecimentos penais que propiciem um mínimo de dignidade aos presos, considerando que o Poder Público deve preocupar-se com a grande criminalidade que vem causando inquietação à sociedade, considerando que a pena de multa normalmente imposta nas transações penais é diminuta e, se não for paga, o Estado não tem interesse em acionar sua máquina administrativa para executá-la, uma vez que as despesas para a cobrança são maiores que a soma a ser recebida, melhor seria que nessa reforma processual penal que se anuncia ficasse estabelecido que, nas infrações cuja pena máxima não ultrapassar 2 anos, a composição dos danos ou a simples conciliação entre vítima e autor do fato constitua causa impeditiva da ação penal. Na Alemanha, o §380 da StPO dispõe que nos crimes de ação penal privada (violação de domicílio, injúrias, calúnias, violação de correspondência, lesões simples, culposas ou dolosas), a reconciliação entre as partes constitui obstáculo à ação privada (Karl Heinz Gössel, *El derecho procesal penal em el estado de derecho*, Buenos Aires: Rubinzal Culzoni, 2007, t. I, p. 280), num genuíno processo penal de partes. Aliás, o art. 2º do Código de Processo Penal peruano confere ao Ministério Público o poder de abster-se de promover a ação penal nas infrações cuja pena máxima não supere 2 anos, e desde que não seja afetado gravemente o interesse público, se houver acordo entre autor do fato e ofendido.

Sem escolhas, o que resta é concordar com a passagem que se mostra bastante atual e sensata pela visão do processualista, visto que a sociedade se transforma e por isso as inovações, adaptações do direito criminal devem acompanhá-la.

Não há como negar que a sobrecarga nas varas criminais acaba por gerar a extinção da punibilidade do réu pela prescrição. Dessa maneira, o sistema penal não consegue atender nenhum de seus fins.

Diante deste contexto, não se pode afirmar que as alternativas bem pensadas e executadas de forma organizada, seguindo procedimentos e métodos constitucionais gerem um cenário de impunidade.

A extrema judicialização de demandas é um dos problemas mais sérios enfrentados pelo Poder Judiciário, conseqüentemente, ele gera de maneira gradativa, a degeneração da qualidade da prestação jurisdicional. Quando isso passa a interferir no âmbito penal, a adversidade toma uma proporção muito mais severa, posto que se lida diretamente com direitos indisponíveis e com os bens jurídicos mais importantes para a sociedade.

²⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 170.



3. AS OPÇÕES E A FUNÇÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL EM PROL DA SOCIEDADE

Já dizia Klaus Roxin²⁶ que o propósito do direito penal era justamente a defesa, a proteção dos bens jurídicos. Além disso, para este autor apenas em última *ratio* se deveria recorrer à esfera penal. Visto que as sanções impostas são muito gravosas ao ser humano, por exemplo, a restrição a liberdade é de extrema penalidade ao indivíduo.

Isso, sem contar todo o estigma gerado a quem sofre tais punições. A sociedade não é benevolente com aqueles que integram ou integraram o sistema carcerário. Há uma descrença generalizada na capacidade de recuperação e reintegração dessas pessoas na comunidade em que se inserem.

Não obstante, é compreensível que a lógica estatal, ao mesmo tempo se vê obrigada a enfrentar os obstáculos gerados pelos altos índices de criminalidade e marginalização, tente criar recursos que evitem o encarceramento.

Neste contexto, pretende assim deter o aumento dos contingentes prisionais e resguardar a contribuição que a inserção no sistema penitenciário possa colaborar para que a pessoa permaneça em continuidade delitiva levando em consideração a grande falha no sistema no seu suposto primordial propósito que é a recuperação e reinserção em sociedade.

Seguindo esta mesma linha de raciocínio, uma vez determinado que o princípio da obrigatoriedade da ação penal tem suas exceções e pode ser entendida como um dogma, posto que seria quase impossível alcançar todo o escopo de demandas que são submetidas todos os dias ao conhecimento da polícia.

Cabe a análise acerca da obrigatoriedade de proposição da ação penal pelo MP, questão ainda geradora de controvérsias, visto que foi pauta de ações judiciais.

Inicialmente, é válido discorrer sobre como é aplicado do acordo de não persecução penal (ANPP) A partir da aprovação da Lei nº 13.964/19 - Pacote Anticrime - inseriu em seu artigo 28-A ao Código de Processo Penal (CPP)²⁷ prevendo a criação do instituto do ANPP.

Por este artigo, pode ser conceituado o acordo como um negócio jurídico que é celebrado entre o Ministério Público e o investigado, mas com a necessidade de homologação judicial, antes do início da ação penal. Por meio deste acordo, o investigado se compromete a

²⁶ ROXIN, Claus. *Estudos do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 12.

²⁷ BRASIL, op. cit., nota 9.



cumprir determinadas condições. Caso ele cumpra integralmente as condicionantes do acordo, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade.

O artigo 28-A, caput e §2º do CPP²⁸ explicitam os requisitos para que o Parquet proponha o ANPP, dentre esses destaca-se a necessidade do investigado ter confessado a prática da infração penal, o que deverá ser gravado em áudio e vídeo. Além disso, é uma condição que a infração tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça, com a previsão de pena mínima menor do que 4 (quatro) anos, não cabendo transação penal e o investigado deve ser réu primário.

Ocorre que o Ministério Público, mesmo com a convergência de todas as premissas necessárias para que seja possível a proposição do ANPP, ainda pode se recusar a fazê-lo, ou seja, dentro de seu escopo de atuação, o Parquet pode entender ser necessária a proposição da ação penal.

A despeito dessa recusa, o investigado ainda pode requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28-A, § 14º do CPP²⁹.

Antes de homologar o ANPP, é necessária a realização de audiência para que o magistrado possa analisar a legalidade do acordo, ou seja, se o investigado cumpre todos os requisitos do artigo 28-A do CPP³⁰ e se há voluntariedade por parte do investigado em fazer este ajuste.

Sobre isso discorre, Leonardo Barreto Moreira Alves³¹:

Quanto à voluntariedade, o magistrado verificará a ocorrência de algum tipo de vício de vontade, como o erro, o dolo e a coação. Além disso, deverá observar se o agente possui pleno e integral conhecimento do conteúdo do acordo por ele celebrado. No que diz respeito à legalidade, o juiz deverá examinar se o ANPP foi firmado em atendimento às hipóteses legais, assim como se as suas cláusulas estão em consonância com o regramento contido no art. 28-A do CPP. Certo é que o magistrado não poderá apreciar o mérito/conteúdo do acordo, matéria privativa do Ministério Público e do investigado, dentro do campo de negociação reconhecido pela Justiça Penal Consensual, sob pena de violação da sua imparcialidade e do próprio sistema acusatório.

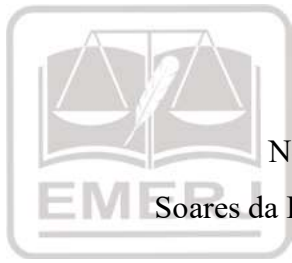
Em recente decisão, o STF, ao julgar um caso em que o MP não propôs o ANPP, entendeu que o poder judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal, já que ele não tem atribuição para participar de negociações na seara investigatória.

²⁸ Ibid.

²⁹ Ibid.

³⁰ Ibid.

³¹ ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021, p. 356



No julgamento do *Habeas Corpus* nº 668.520/SP³², de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, decidiu a 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal que:

[...] não se tratando de hipótese de manifesta inadmissibilidade do ANPP, a defesa pode requerer o reexame de sua negativa, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP, não sendo legítimo, em regra, que o Judiciário controle o ato de recusa, quanto ao mérito, a fim de impedir a remessa ao órgão superior no MP.

Ainda em uma das decisões, o ministro Gilmar Mendes, ao julgar o caso, compreendeu que “os requisitos legais objetivos não dão ao réu direito subjetivo à proposta de acordo, aduzindo que o acordo insere-se dentro da justiça negocial”³³.

Não obstante o narrado acima, contrasta-se com tal decisão um dos principais objetivos do ANPP dado que a possibilidade de justiça negocial visa justamente uma opção ao encarceramento.

O sistema penal, além do promiscuo fato de estar totalmente articulado para que haja a punição a indivíduos vulneráveis socialmente³⁴, não cumpre com a sua função finalística, qual seja, a ressocialização do indivíduo.

Sendo considerado por todos um local onde o apenado tem um contato mais incisivo com o cenário de criminalidade, pois é dominado por facções criminosas e a maior parte das vezes termina em condições piores do que entrou. Além de se tornar alguém com uma carga estigmática de forma que em raras exceções conseguirá se encaixar na sociedade e no mercado de trabalho novamente.

Recentemente, ainda com a criminalidade em seu cenário mais caótico, visando oferecer acordos para os delitos de médio potencial ofensivo, uma vez que pela Lei nº 9.099/95 que traz a previsão tutelada pelo Juizado Especial criminal.

Conforme leciona Miguel Reale Júnior³⁵ “o processo de simplificação na justiça é gradual”, portanto, deve-se notabilizar que a expansão da justiça penal consensuada teve seu

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 668.520/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265352578/habeas-corporis-hc-668520-sp-2021-0156468-5/inteiro-teor-1265353192>>. Acesso em: 20 maio 2021.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* nº 194.677/SP. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-manda-orgao-superior-mpf.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

³⁴ REALE JÚNIOR, Miguel; KAGUEIAMA, Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n. 1019, set. 2020.

³⁵ REALE JÚNIOR, Miguel. *Simplificação processual e desprezo ao direito penal*. Disponível em: <[150 | Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro](https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=rl&srguid=i0ad6adc50000017478c708a997e50479&docguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&hitguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&spos=1&epos=1&td=100&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>. Acesso em: 10 set. 2020.</p></div><div data-bbox=)



início na Constituição Federal de 1988 em que se criou em seu artigo 98 a competência do Estado de criação dos Juizados especiais cíveis e criminais.

Renato Brasileiro Lima³⁶, em sua obra, prega:

Com o surgimento da Lei dos Juizados Especiais Criminais, essa tradicional jurisdição de conflito cede espaço para uma jurisdição de consenso, na qual se busca um acordo entre as partes, a reparação voluntária do dano sofrido pela vítima e aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar, o quanto possível, a instauração de um processo penal.

O acordo de não persecução penal é uma evolução para a Justiça Negocial e o objetivo é preencher uma lacuna no direito penal consensual, haja vista que os crimes de menor potencial ofensivo, ou seja, crimes com pena inferior a dois anos, faziam jus a acordos, como a transação penal, a suspensão condicional do processo. Logo, em análise aos crimes de médio potencial ofensivo, esses não tinham direito a nenhum tipo de acordo.

Hodiernamente, tem-se práticas consensuais na justiça brasileira que são de natureza abolicionista e provem alternativas mais eficazes do que a pena privativa de liberdade, na medida em que esta tem não atenuado a criminalidade.

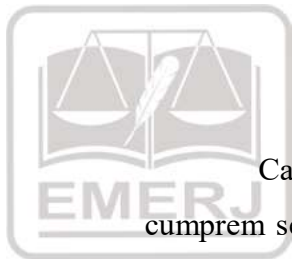
CONCLUSÃO

Ao atingir a conclusão do presente trabalho, é preciso salientar que em face à situação atual do Judiciário Criminal brasileiro bem como do Sistema Penitenciário pátrio, tal como pelas transformações necessárias do direito penal que se vê, a proposta trazida pela Resolução nº 181/2017, efetivada pelo pacote anti-crime, é uma linha procedimental de necessária adoção pelo ordenamento jurídico do Brasil.

Acreditando ser inevitável a busca por caminhos novos para o sistema criminal do país, é de fundamental importância a comparação sobre os tipos penais que mais encarceram no Brasil, além de qual o real período que os apenados brasileiros ficam encarcerados quando condenados a penas privativas de liberdade, o que em inúmeros casos demonstrará uma desproporção entre a ação ilícita cometida e a punição sofrida.

Além disso, é proposto que se esmiuce a relação próxima entre a ida às prisões brasileiras e a reincidência no crime, direcionando o olhar inclusive aos presos provisórios que passam um longo período sem ter uma sentença proferida.

³⁶ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p.1437.



Cabe a reflexão sobre a efetividade das penas privativas de liberdade, se elas realmente cumprem seu papel, assim como se é razoável enclausurar pessoas quando estas cometeram delitos de menor gravidade, de modo que a pena não venha a ter o efeito inverso do almejado, tornando o indivíduo mais perigoso para a vida em sociedade.

Haja vista que pessoas que cometem ações com impactos completamente diferentes são postas no mesmo balaio.

Obviamente, é impreterível que se comparem com experimentos de outras nações, de forma que se possa estar a par de que em outros locais as formas consensuais se mostraram exitosas na seara criminal, acarretando transformações positivas no contexto desses países.

Com a abordagem dada pelo Pacote Anti-Crime é possível ver que o acordo de não persecução penal é um negócio jurídico, um acordo de vontades, em que o investigado além de confessar o crime, aceita todo o avençado, sob pena de iniciar um processo criminal.

Por fim, insta frisar que o presente trabalho é simpático à flexibilização do princípio da obrigatoriedade, sendo este mitigado nos casos em que se possa optar, com base na adequação funcional do direito penal, pelo princípio da oportunidade, não deve haver dúvida quanto a isso. Aliás, tal escolha vem se mostrando tendência no que se refere ao direito penal em sistemas jurídicos mundo afora, como foi possível observar tendo em vista os exemplos de direito comparado citados neste estudo.

Portanto, deve-se largar a cultura tradicional do âmbito criminal e reconhecer que a mitigação ou releitura do princípio da obrigatoriedade, da forma que era concebido pela doutrina e a aplicação do princípio da oportunidade é benéfica à sociedade, à vítima e ao réu.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. *Manual de Processo Penal*. Salvador: Juspodivm, 2021.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1940-1949/decreto-lei-3689-3-outubro-1941-322206-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 27 abr. 2021.

_____. *Código do Processo Criminal de Primeira Instância*, de 29 de novembro de 1832. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução 181*. Disponível em: . Acesso em: 15 out. 2020.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 9 mar. 2021.



_____. *Decreto-lei n.º 3.689*, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: . Acesso em: 2 ago. 2021.

_____. *Lei n.º 12850*, de 02 de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>. Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei n.º 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 ago. 2021

_____. *Lei n.º 9099/95*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <<https://legislacao.presidencia.gov.br/atos/?tipo=LEI&numero=9099&ano=1995&ato=efcUz aU5UeJpWT3a7>>. Acesso em: 17 mar. 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 194.677/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/turma-stf-manda-orgao-superior-mpf.pdf>>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n.º 668.520/SP*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1265352578/habeas-corpus-hc-668520-sp-2021-0156468-5/inteiro-teor-1265353192>>. Acesso em: 20 maio 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5790*. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcl>>. Acesso em: 21 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5793*. Relator: Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br)>. Acesso em: 22 mar. 2021

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018. Disponível em: <<https://www.editorajuspodivm.com.br/cdn/arquivos/2a36cfc8306908148b233995a76a4532.pdf>>. Acesso em: 13 jul. 2021.

GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.



OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: 2009.

REALE JÚNIOR, Miguel. Simplificação processual e desprezo ao direito penal. *Ciências Penais*, v. 9, p. 289-310, 2008. Disponível em: <<https://www.revistadotribunais.com.br/maf/app/resultList/document?&src=r1&srguid=i0ad6adc50000017478c708a997e50479&docguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&hitguid=I85a169b0d45d11e0ba7b00008558bdfc&spos=1&epos=1&td=100&context=18&crumb-action=append&crumb-label=Documento&isDocFG=true&isFromMultiSumm=true&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 10 set. 2020.

KAGUEIAMA, Miguel; Paula Thieme. Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro. *Revista dos Tribunais* [Recurso Eletrônico]. São Paulo, n. 1019, set. 2020.

ROXIN, Claus. *Estudos do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed., São Paulo: Malheiros, 1999.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: A oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal. *Revista do Ministério Público do Estado de Goiás*, Goiânia, ano XXI, n. 34, p. 35-50, jul./dez. 2017.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.