

IX. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

IX. THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE PRINCIPLE OF OBLIGATORY CRIMINAL ACTION

Luiz Fernando Vecchi¹

Recebido em: 21/01/2020
Aprovado em: 27/03/2020

RESUMO: Este artigo tem como objetivo analisar a constitucionalidade do acordo de não-persecução penal entre o Ministério Público e o investigado, tendo como base questionamentos doutrinários ou entendimentos de magistrados favoráveis e contrários. Essa temática é regulamentada pela Resolução nº 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal e sobre os casos em que o *Parquet* poderá propor o acordo de não persecução penal quando preenchidos os requisitos estabelecidos na normativa do CNMP. O acordo é uma norma de caráter administrativo que teve sua viabilidade questionada por duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade: a primeira de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI nº 5790) e a outra pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (ADI nº 5793). Nesse cenário de embate, uma vez que no processo penal vigora o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal, a presente pesquisa tem por objetivo analisar os argumentos contrários e os favoráveis ao expediente do acordo de não persecução penal, a fim de que se chegue à conclusão quanto à constitucionalidade ou não da medida.

PALAVRAS-CHAVE: Ação penal. Acordo de não-persecução penal. Resolução 181/17. Princípio da obrigatoriedade.

ABSTRACT: This article aims to analyze the constitutionality of the criminal non-prosecution agreement between the prosecutor and the investigated, based on doctrinal questions or understandings of favorable and contrary magistrates. This theme is regulated by Resolution nº 181/17 of the National Council of the Public Prosecution, which provides for the initiation and processing of the criminal investigative procedure and the cases in which the *Parquet* may propose the non-criminal prosecution agreement when the requirements established in of the CNMP. The agreement is an administrative rule that had its viability questioned by two Direct Actions of Unconstitutionality: the first by the Association of Brazilian Magistrates (ADI nº 5790) and the other by the Federal Council of the Brazilian Bar Association (ADI nº 5793). In this clash scenario, since in the criminal proceedings the Principle of Mandatory Criminal Action is in force, the present research aims to analyze the arguments against and in favor of the expedient of the non-criminal prosecution agreement, in order to reach the conclusion as to the constitutionality or not of the measure.

KEYWORDS: Criminal action. Criminal non-prosecution agreement. Resolution 181/17. Principle of

¹Aluno do Curso de Direito da Faculdade de Educação São Luís de Jaboticabal. Trabalho de Conclusão de Curso orientado pela Prof.^a Ma. Patrícia de Paula Queiroz Bonato. *E-mail:* lfvecchi01@hotmail.com.

obligation.

I INTRODUÇÃO

No ano de 2017, o Conselho Nacional do Ministério Público- CNMP aprovou a Resolução nº 181, normativa que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal e sobre os casos em que o *Parquet* poderá propor o acordo de não persecução penal, ou seja, trata-se de hipóteses nas quais a propositura da ação penal pública será dispensada quando preenchidos determinados requisitos estabelecidos no art. 18 da Resolução², além de facultar ao MP o direito de propor acordo ao investigado, conduta que se contextualiza no âmbito da justiça penal negociada.

Cabe salientar que o acordo, uma norma de caráter administrativo, não teve plena aceitação, gerando discussões inclusive a respeito da sua constitucionalidade, sob a alegação de ferir o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Assim, o acordo de não persecução penal foi questionado por intermédio de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI n.º 5790 e 5793) de autoria da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), respectivamente.

Apesar de se tratar de um instituto recente, é certo que este trouxe impactos que ainda não foram disciplinados e que, por conseqüência, provocam intensos debates.

Nesse contexto, o presente estudo tem por finalidade compreender o acordo de não-persecução penal, destacando seus requisitos, limitações, benefícios e prejuízos, no âmbito do direito penal negocial, cada dia mais significativo nos ordenamentos jurídicos estrangeiros e, também, no brasileiro. Por fim, pretende-se analisar os argumentos que foram apresentados no âmbito das ações de controle de constitucionalidade.

Para tanto, adotou-se a metodologia bibliográfica, com abordagem qualitativa, cujas fontes são artigos científicos e livros que abordam a temática escolhida. A coleta dos

² Em 2018, a Resolução 183 do CNMP alterou alguns dispositivos da Resolução 181/2017.

materiais ocorreu nas bases de dados Scielo, Google Acadêmico.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CONTEXTO DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

O processo penal, em um Estado Democrático de Direito, é uma das vias escolhidas para solucionar conflitos que envolvam lesão ou ameaça de lesão a bens jurídicos indisponíveis. Por meio do processo, os acusados se defendem dos fatos a ele imputados e, ao mesmo tempo, oportuniza-se ao Estado o exercício do seu poder de punir.

A justiça penal consensual ou negociada, de origem estadunidense, surgiu a partir do século XX e, hoje, tornou-se um procedimento próprio para permitir a negociação penal não só na criminalidade pequena ou média, mas em todo e qualquer tipo de delito nos Estados Unidos.

Conforme preconizam Giacomolli e Vasconcellos (2015), atualmente, a justiça negocial se expressa no campo jurídico-penal brasileiro por meio dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo – nos Juizados Especiais Criminais, regulados pela Lei n. 9.099/1995 – e da delação premiada, que, embora prevista em diversos diplomas legais, teve seus aspectos procedimentais definidos recentemente pela Lei 12.850/2013.

Tais expedientes propiciam celeridade nos processos, além de viabilizar, na prática, um senso de justiça que é construído pelas partes, que se responsabilizam pela solução do conflito.

Por outro lado, há quem acredite que a lógica da barganha representa uma ameaça, porque inviabiliza a construção das regras processuais como limitadoras da formação da culpabilidade na justiça criminal, o que acarreta inevitáveis violações às democráticas premissas que impõem a necessidade do respeito às regras do devido processo, desvirtuam a presunção de inocência e o contraditório. Conforme argumentam Giacomolli e Vasconcellos (2015), tal proposta apresenta deficiências nas regulações de seus dispositivos, tornando-se incapaz de receber ampliação da justiça negocial no Brasil.

No contexto do atendimento às exigências de soluções alternativas no processo penal,

com vistas a alcançar celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento daqueles mais graves, bem como reduzir os efeitos degradantes de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena, está a justiça penal negocial, que reflete positivamente, inclusive, na contingente da população prisional, atuando como verdadeiro mecanismo de política criminal.

No Brasil, essa tendência não é novidade. No âmbito da justiça criminal negociada existem alguns procedimentos de resolução alternativa de conflitos. Um deles é a justiça restaurativa que, além da possibilidade de pacificar conflitos, trouxe consigo uma revolução social que alterou os modelos em todas as dimensões da relação de convivência, reconhecendo cada indivíduo na posição de “sujeito transformador”, capaz, portanto, de contribuir para a formação de uma sociedade mais justa e humana (SALMASO, 2012).

A finalidade da justiça restaurativa é a de restaurar relacionamentos, especialmente, entre a vítima, o agressor e a comunidade, visando, ainda, prevenir a ocorrência de novos delitos. Dessa forma, busca equilibrar o atendimento às necessidades não só da vítima e da comunidade, mas também a necessidade da reintegração do indivíduo à sociedade (ALMEIDA, 2011).

Como se observa, os aportes da justiça restaurativa são complementares à resposta estatal ao delito. A pena, nesse sentido, não teria a pretensão de impedir o conflito, mas teria por objeto resgatar o justo e o ético nas relações, nas instituições e na sociedade (ALMEIDA, 2011).

A justiça restaurativa promove a auto composição das partes envolvidas no conflito, o que proporciona um senso de responsabilidade pela pactuação e posterior cumprimento do acordo. Esses recursos viabilizam uma análise e uma atuação sistêmicas no conflito, possibilitando a atuação em suas diferentes perspectivas (SALMASO, 2012).

Ainda no âmbito da justiça penal negociada, encontra-se a colaboração premiada, que é um método de investigação criminal na qual o investigado ou acusado contribuem para a identificação dos demais envolvidos, para a recuperação (total ou parcial) do produto do

crime ou mesmo para localização da vítima e, como moeda de troca pelo auxílio prestado voluntariamente, podem obter recompensas nos termos da Lei 12.850/13, entre elas o perdão judicial, redução da pena em até 2/3 (dois terços) ou substituição por restritiva de direitos.

Criada pela Lei 9.099/95, com previsão expressa no art. 76, está a transação penal, que é outra possibilidade de proposta de acordo pelo Ministério Público, que poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas nas ações penais públicas incondicionadas de menor potencial ofensivo e quando não for caso de arquivamento.

O instituto se assemelha ao modelo *plea bargaining*, porquanto há acordo sobre aplicação de pena entre o Ministério Público e o autuado. Porém, diferem no aspecto de que não haverá confissão do delito, não forja reincidência e está limitada aos crimes menos graves.

Diante de tantos exemplos de institutos despenalizadores, que priorizam a solução do conflito em detrimento da punição a qualquer custo, reconhece-se que a cultura litigante, tão arraigada no Brasil, está defasada (GOMES, 2007), razão pela qual o Judiciário deve se reorganizar por meio de políticas desburocratizadas.

Dessa maneira, reconhece-se ainda mais os direitos do acusado, que deixa de ser um simples instrumento de fonte de informações para receber um tratamento diferenciado em todo o processo (TOURINHO FILHO, 2012).

Nessa esteira, é necessário desfazer o equívoco capitaneado pela doutrina contrária aos poderes investigativos do Ministério Público, no sentido de que tal atuação violaria o sistema acusatório de processo. Referido princípio preconiza que as funções de defesa, acusação e julgamento serão separadas, ou seja, atores diferentes para exercer papéis distintos (CUNHA et al., 2018). No capítulo I da Resolução 181/2017, em seu art. 1º, o procedimento de investigação criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e tem como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

Garcia (2017) defende que o acordo de não persecução penal é uma faculdade do

Ministério Público, “e não um direito subjetivo do réu” (como ocorre com a transação penal). Para o autor, os objetivos do acordo, além de nobres, são adequados à realidade brasileira.

O acordo de não-persecução penal pode, assim, ser definido como “um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público” (CABRAL, 2018, p. 36).

2.1 O ACORDO ENTRE O MINISTÉRIO PÚBLICO E O INVESTIGADO: REQUISITOS E POSSIBILIDADES

Em relação ao acordo de não-persecução penal, primeiramente é imprescindível reconhecer a pretensão primacial por detrás da Resolução nº 181/2017 do CNMP, que é justamente a de tornar mais céleres, eficientes e desburocratizadas as investigações levadas a cabo pelo Ministério Público, que são informadas pelo princípio acusatório com vistas ao respeito dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados, conforme dispõe preambularmente o texto da Resolução em estudo.

Segundo a doutrina, trata-se o acordo de não persecução penal de mais uma alternativa para evitar a morosidade dos processos em trânsito, que se arrastam anos a fio e impedem uma atuação jurisdicional célere, além de reforçar a sensação de impunidade vivida pela sociedade moderna brasileira que decorre da demora no processamento dos feitos criminais (BRANDALISE; ANDRADE, 2017).

Há um incentivo para a propositura do acordo que, para Alexandre Morais da Rosa e Fernanda Becker, trata-se da possibilidade de um acordo que não exponha tanto como a própria investigação ou mesmo o processo penal, cujos resultados são por vezes incertos na persecução desenfreada da culpa pelo Estado (ROSA; BECKER, 2018). Ademais, os acordos garantem a reparação do dano à vítima ou familiares.

Desse modo, fica autorizado o Ministério Público a propor acordo de não persecução penal ao investigado diante da confissão formal e circunstanciada de crime cuja pena seja

inferior a quatro anos³ e desde que cometido sem violência ou grave ameaça à vítima, cujas condições estão dispostas no art. 18, podendo ser impostas alternada ou cumulativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo MP como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo MP; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo MP, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir outra condição estipulada pelo MP, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada (BRASIL, 2017b).

Todavia, há alguns impedimentos à aplicação irrestrita do acordo, que não poderá ser realizado no âmbito da justiça militar, nos crimes cometidos por militares (artigo 18, §12), nos crimes hediondos ou equiparados, ou nos de violência doméstica e de gênero regulados na Lei Maria da Penha, Lei n. 11.340/06 (ROSA; BECKER, 2018).

Ademais, estão previstas algumas vedações à celebração do acordo de não-persecução penal nas hipóteses do art. 18, §1º e incisos, nos casos em que for cabível a transação penal; quando o dano superar vinte salários mínimos ou outro parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local.

Entre as hipóteses que impedem a realização do acordo, previstas na Resolução, destaca-se a do artigo 18, §1º, inciso IV, que coíbe a celebração do ajuste se o seu cumprimento interferir na ação de punir, de incumbência do Estado. Vale reforçar que o fato da ausência de previsão legal não se torna obstáculo para interromper o prazo prescricional da celebração do acordo de não-persecução penal na sua pretensão punitiva.

Não há situação específica para celebrar o referido acordo, sendo permitido até mesmo durante a realização das audiências de custódia (artigo 18, §7º) e, se o investigado optar por realizá-lo no próprio Ministério Público, também é permitido.

³ Ressalta-se que a análise da pena mínima inferior a 4 (quatro) anos é realizada considerando-se as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, em conformidade com o entendimento consubstanciado na súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

A Resolução estabelece ainda que deve o investigado comunicar ao *Parquet* na hipótese de eventual mudança de endereço e, se houver descumprimento do acordo, o referido órgão fará denúncia, previsto no artigo 18, §9º, além de negar a oferta de suspensão condicional do processo, artigo 89 da Lei nº 9.099/95.

Ao cabo do cumprimento integral do acordo, o MP procederá ao arquivamento da investigação criminal perante o juiz competente (artigo 18, §11 c/c artigo 19, §2º).

3 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A obrigatoriedade da ação penal não é expressamente prevista no Código de Processo Penal- CPP, decorrendo sua existência da interpretação da primeira parte do artigo 24 do CPP. Na realidade, nenhum ordenamento jurídico faz menção a essa regra ou princípio, o que evidencia ser a sua criação meramente doutrinária (NUCCI, 2017).

Segundo Fernando Capez (2010), o princípio da obrigatoriedade pode ser percebido a partir da interpretação do artigo 28 do Código de Processo Penal, ao exigir que o Ministério Público exponha suas razões ao postular o arquivamento do inquérito policial, sendo que essas razões serão apreciadas num primeiro momento pelo juiz e, em caso de discordância do magistrado, pelo procurador geral de justiça.

Esse princípio está diretamente ligado à fase extraprocessual, traduzindo-se na ideia de que, ao término das investigações, com a vinda da conclusão do inquérito policial ou equivalente, o membro de Ministério Público, ao receber o procedimento investigativo ou peças de informação e, uma vez tendo os elementos informativos de cognição suficientes para a deflagração da ação penal, deverá, obrigatoriamente, propô-la.

A partir da promulgação do último texto constitucional, nota-se que pouco a pouco tem sido mitigada a noção de obrigatoriedade da ação penal pública. Neste contexto, Rodrigo Leite Ferreira Cabral observa que “[...] 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 que fundamentaram o princípio da legalidade” (CABRAL, 2018, p. 38).

3.1 Negociar a não persecução penal: afronta à obrigatoriedade da ação penal?

A principal crítica que é formulada ao acordo de não-persecução penal reside na suposta violação do caráter obrigatório da ação penal pública, ideia segundo a qual o Ministério Público estaria obrigado a denunciar qualquer fato delituoso que chegasse ao seu conhecimento e que a lei não explicita outra forma de ação. Para alguns, tal obrigatoriedade levada a último efeito se transformaria em um obstáculo para a seletividade na persecução criminal brasileira (LIMA, 2018, p. 203).

Trata-se de uma percepção equivocada, no entendimento de Cabral (2018), por exemplo, pois o Ministério Público atua sempre como *custos legis*⁴, isto é, movido pelo princípio da legalidade. A incumbência do Ministério Público, em qualquer contexto é, antes de tudo, a de velar pelo princípio da legalidade, mas não a partir de uma obrigatoriedade incondicionada.

Nesse sentido, talvez a forma mais fiel de atender ao princípio da legalidade seria “preservar a sua meta de garantia individual contra abusos estatais seja na esfera legislativa, seja na judiciária com aplicação de tipos penais extremamente abertos ao caso concreto” (NUCCI, 2017, p. 93).

Segundo o autor, o princípio da obrigatoriedade da ação penal

Significa não ter o órgão acusatório, nem tampouco o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas o dever de fazê-lo. Assim, ocorrida a infração penal, ensejadora de ação penal pública incondicionada, deve a autoridade policial investigá-la e, em seguida, havendo elementos, é obrigatório que o promotor apresente denúncia (NUCCI, 2017, p. 48).

Eugênio Pacelli de Oliveira, quanto ao princípio em tela, afirma que a obrigatoriedade se refere à vinculação do Ministério Público em formar seu convencimento acerca dos fatos investigados. Neste sentido, assevera que

Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva

⁴ Atualmente, reconhece-se que o Ministério Público atua em defesa da ordem jurídica, e não mais como fiscal da lei.

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 as condições da ação penal (OLIVEIRA, 2015, p. 115).

Afrânio Silva Jardim atenta para o fato de que grande parte da doutrina se “refere ao princípio da obrigatoriedade e ao princípio da legalidade como expressões sinônimas, ao entender que ambos os princípios referem-se ao dever do órgão ministerial em propor a ação penal” (2001, p. 51). Para o autor, o princípio da obrigatoriedade expressa de forma direta e clara o dever do Ministério Público na propositura da ação penal. Enquanto que o princípio da legalidade refere-se à atuação do *Parquet* numa perspectiva mais ampla.

Para o autor (JARDIM, 2001), não há obrigatoriedade no exercício da ação penal quando ausentes as condições necessárias ao seu exercício. Portanto, considera que a não propositura da ação por ausência de tais requisitos não implica em afastamento do princípio da obrigatoriedade, já que afastadas razões de conveniência e oportunidade.

Nesse sentido, a concepção de obrigatoriedade da ação penal vem sendo relativizada há anos, conforme já comentado inicialmente pelos comentários quanto aos procedimentos da Lei nº 9.099/95, e dos novos meios de obtenção de prova, entre eles a colaboração premiada.

Essa nova concepção é incentivada pelas novas legislações e pela doutrina menos conservadora. Barros e Romaniuc (2017), nesse sentido, afirmam que o texto constitucional não trouxe uma previsão expressa do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que se tem como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do *Parquet* ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma conveniência justificada pela livre valoração do interesse público.

O acordo de não persecução penal se trata, verdadeiramente, de evidente mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, haja vista o sistema brasileiro autorizar acordos que podem resultar em redução de punições levianas ou desnecessárias que só levam à ineficiência.

4 AS TESES DE (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 181/2017

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta contra o texto da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

A primeira delas, a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), refere-se à norma que invade a competência legislativa no âmbito do STF, violando direitos e garantias individuais, além de apresentar vício formal de inconstitucionalidade.

Argumenta-se que a Resolução 181/2017 teria extrapolado os limites constitucionais conferidos ao CNM para a criação de um ato normativo, uma vez que teria criado atribuições para os juízes e Procurador- Geral, bem como para os demais membros do Ministério Público. Assim, ao estabelecer tais atribuições, que estão contidas no § 6º do Art. 18 da referida norma, a Resolução interfere na independência dos poderes prevista no Art. 2º da Constituição (ZIESEMER; SOUZA JÚNIOR, 2018).

Conforme atestam Ziesemer e Souza Júnior (2018), a resolução nº 181 de 2017 e sua alteração recente (183) ferem o art. 22, I da CF/88, segundo o qual é prerrogativa privativa da União legislar sobre processo penal. Fere ainda o art. 5º, II da CF, bem como fere o art. 129, I da CF/88, que assegura ao MP a titularidade da ação penal pública, na forma da lei.

Nos mesmos moldes apontados pela AMB, O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil adicionou a inicial em razão da revogação parcial da referida Resolução, por meio do acórdão proferido na Proposição n. 100927201769, publicada no Diário Oficial do CNMP de 15/12/2017.

A norma é objeto da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5793/2017, ajuizada com pedido de medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 1º, *caput*; artigo 2º, inciso V; artigo 7º, incisos I, II, III; e artigo 18, da Resolução nº 181/2017, e no mérito para declarar a inconstitucionalidade de tais dispositivos.

4.1 Argumentos favoráveis ao acordo de não-persecução penal

A constitucionalidade do acordo de não-persecução penal foi defendida pelo Conselho

Nacional do Ministério Público, em informações prestadas ao Supremo Tribunal Federal em ambas as ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) n. 5790 e 5793. Além disso, diversos doutrinadores, a exemplo de Lima (2018), Cabral (2018), Barros e Romaniuc (2017), entre outros, também se posicionaram pela constitucionalidade dos acordos de não persecução.

Brandalise e Andrade (2017) endossam que o processo penal é pautado por lei e defendem que a Constituição é clara ao estabelecer que cabe à União legislar privativamente sobre processo penal (art. 22, inciso I) e é evidente o caráter processual da Resolução.

Os argumentos que embasam a “inconstitucionalidade dos acordos apelam para a necessidade de lei em sentido formal, não admitindo a flexibilização do postulado da obrigatoriedade da ação penal por meio de Resolução” (LIMA, 2018, p. 199).

No entanto, as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público ostentam caráter normativo primário, com atos de comando abstrato que vinculam seus membros e, fundamentalmente, o acordo de não-persecução penal veicula matéria de política criminal realizada pelo titular da ação penal, o que é permitido e inclusive incentivado pela lei.

Rodrigo Leite Ferreira Cabral assinala que o CNMP pode expedir regulamentos autônomos, desde que “destinados a regulamentar diretamente a aplicação dos princípios constitucionais. Nesse compasso, resta saber se há dispositivos que fundamentam a regulamentação do acordo de não-persecução penal na Resolução n. 181/17 do CNMP” (CABRAL, 2018, p. 31). Tal órgão esclarece que o acordo “[...] é uma resposta institucional que atende ao que o próprio Supremo Tribunal Federal tem indicado como necessário ao enfrentamento da crise do sistema de justiça criminal brasileiro” (Documento eletrônico n. 28, ADI 5790, p. 21) (BRASIL, 2017a).

Nesse sentido, Rodrigo Leite Ferreira Cabral argumenta ainda que:

[...] é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do CNMP, não envolve matéria de direito processual, vez que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do contraditório e ampla defesa. Em suma: não há processo penal (CABRAL, 2018, p. 32).

Essa linha de argumentação, portanto, afasta a tese de inconstitucionalidade da

Resolução por dispor de matéria de competência privativa da União, uma vez que o referido acordo dispensa a instauração do processo, pois possui natureza administrativa, a exemplo do inquérito policial, e, portanto, não fere o art. 22, I, da CF/88. Consoante, resta comprovado que o acordo de não-persecução penal não possui natureza penal ou processual penal, logo, não existe em seu teor qualquer indício de inconstitucionalidade.

Nesse sentido, é possível afirmar que a Resolução nº 181/17 do CNMP se encontra em harmonia com a tríade justiça restaurativa, movimento doutrinário, e jurisprudencial da sociedade moderna (BARROS; ROMANIUC, 2017).

O doutrinador Rodrigo Leite Ferreira Cabral soma-se a Cunha et al (2018), Brandalise e Andrade (2017), ao defenderem a constitucionalidade do acordo de não-persecução penal, cuja finalidade é evitar a promoção da ação penal em busca de solução mais adequada e célere para o caso, tanto do ponto de vista do autor do crime quanto da vítima.

Em suma, a maioria da doutrina reconhece que o acordo de não persecução penal está em consonância com uma concepção mais moderna e madura da própria função do processo penal, como uma política criminal, uma vez que a pena de há muito tempo não cumpre mais a função de ressocializar, se é que conseguiu pacificar os conflitos sociais em matéria penal com a devida eficácia.

4.2 Argumentos contrários ao acordo de não-persecução penal (inconstitucionalidade)

Muito embora o acordo de não-persecução penal tenha diversos pontos positivos, a constitucionalidade do instituto tem sido questionada desde o seu advento. Há em trâmite duas ações diretas de inconstitucionalidade, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI n. 5793) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI n. 5790), contra as disposições da Resolução n. 181/17 do CNMP que tratam acerca do acordo de não-persecução penal (LIMA, 2018).

A ADI n. 5793, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil em 2017, questiona o acordo de não-persecução penal sob o principal argumento de ausência de previsão legal, sendo que o acordo de não-persecução penal foi inaugurado por meio de

Resolução editada pelo CNMP que, por não se confundir com lei em sentido formal, inovando no ordenamento jurídico, teria extrapolado o seu poder regulamentar ao tratar de matérias de competência legislativa privativa da União (art. 22, I, da CF/88) (BRASIL, 2017c).

Os acusadores argumentam que há ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal, porquanto a regra é a instauração da ação penal pública. Argumento retórico, ao alegar que somente em situações excepcionais, previstas em lei, poderia se justificar o não oferecimento da ação penal pelo Ministério Público, conforme determinado no artigo 129, inciso I, da CF/1988.

O Conselho Federal da OAB reforçou que a inconstitucionalidade da Resolução n. 181/2017 se torna evidente ao violar o princípio da reserva legal, além de extrapolar o poder constitucional regulamentar (art. 130-A, §2º, I, da CF) e, pela usurpação de competência privativa da União (art. 22, I, da CF).

Considerando que a ADI n. 5793 foi proposta antes da reforma feita pela Resolução n. 183/2018 do CNMP, o Conselho Federal da OAB também questionara, à época, a não submissão do acordo à homologação pelo Poder Judiciário.

Essa corrente contrária ao acordo de não-persecução penal critica a prerrogativa concedida ao Ministério Público pela responsabilidade em fiscalizar o cumprimento da avença, pois, como ele no papel de órgão acusador e parte do negócio jurídico, não teria a isenção necessária para apreciar os motivos de eventual descumprimento das medidas impostas ao investigado. Nessa perspectiva, o Ministério Público, ao celebrar o pacto, acumula a função de acusador e também a de julgador, prática típica do sistema inquisitorial e inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro (BARROS; ROMANIUC, 2017).

Ainda na seara da inconstitucionalidade da Resolução 181/17, o Presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia, apresentou petição nos autos da ADI n. 5793, em 14 de fevereiro de 2018, oportunidade em que, na linha do exposto pelo Conselho Federal da OAB, sustentou que o Conselho Nacional do Ministério Público se excedeu ao criar um novo modelo que interfere diretamente no direito processual penal brasileiro e afronta a competência da União para legislar sobre processo penal (artigo 22, inciso I, da Constituição) (CUNHA et al., 2018).

Importa informar que até a presente data, não houve o julgamento e os documentos foram encaminhados através de Petição n. 44517/2019 de 05/08/2019 – Ofício n. 485/2019, pela Juíza Federal da 10ª Vara Criminal da 1ª Subseção Judiciária do Estado de São Paulo.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo se incumbiu de analisar a constitucionalidade do acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e o investigado, tendo como base argumentos doutrinários. O presente artigo, nos limites a que se propôs, foi contextualizado a partir de uma visão crítica sobre os institutos que compõem o paradigma da justiça penal negociada, trazidos ao ordenamento jurídico brasileiro especialmente pela Lei nº 9.099/95.

Trata-se de uma nova forma de abordar e resolver os conflitos na seara penal; por exemplo, além da suspensão condicional do processo e da transação penal, encontram-se também nessa lógica a justiça restaurativa e a colaboração premiada.

Conforme estudado, a Resolução nº 181/17/CNMP é uma norma que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, além de facultar ao *Parquet* a proposição do chamado acordo de não persecução penal, sob a alegação de proporcionar celeridade nos casos previstos em lei.

O acordo de não persecução penal merece elogios ao adentrar no sistema jurídico para aperfeiçoar a justiça penal negociada, tendo em vista a incapacidade do Judiciário em controlar e dirimir, de forma eficiente, os conflitos sociais a ele endereçados e que, de há muito, não recebem o devido tratamento. Esse cenário do acordo de não persecução penal traz mais vantagens do que um julgamento moroso que se estende por anos, proveniente de um sistema penal alijado de cumprir com suas reais funções.

Indubitável que o acordo de não-persecução penal agregará valores ao sistema de justiça criminal, por exemplo, proporcionará economia de tempo e recursos.

Por outro lado, esse procedimento suscitou dois questionamentos quanto à sua constitucionalidade, retratado nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 5790 e 5793) formalizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho

Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB). Nesse sentido, a pesquisa identificou as correntes favoráveis e contrárias quanto à constitucionalidade.

Formalmente, o acordo é constitucional, porque na realidade não inova em matéria de direito penal ou processual penal, mas apenas regulamenta um expediente de política criminal. Sequer há ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que não há previsão expressa nesse sentido na Constituição Federal de 1988 ou mesmo no Código de Processo Penal, ou seja, qualquer norma que o mitigue é plenamente aceitável.

O fato é que a realidade de expansão do alcance da justiça criminal consensual é um fenômeno mundial, que já chegou a Brasil e não pode ser ignorado. Nesse sentido, em 2014 a Corte Européia de Direitos Humanos já se manifestou pela legitimidade dos acordos no âmbito penal, defendendo a simplificação do processo penal⁵.

Em que pese os posicionamentos contrários, o princípio da presunção de constitucionalidade garante a eficácia da Resolução 181 até que ulterior manifestação pela incompatibilidade constitucional ocorra.

Nesse sentido, e apesar das incertezas que ainda acompanham os acordos de não persecução penal, é forçoso reconhecer que são constitucionais, e que será a jurisprudência e a atuação dos profissionais do Direito que estabelecerão as balizas para uma implementação mais segura.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, T. Justiça restaurativa e mediação de conflitos. In: **Apostila mediação e conciliação do mestrado em poder judiciário da Fundação Getúlio Vargas**. Rio de Janeiro: FGV, 2011.

BARROS, Francisco Dirceu. ROMANIUC, Jefson. **Estudo completo de não-persecução penal e o novo procedimento investigatório criminal (Parte I)**. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2017/09/12/estudo-completo-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-novo-procedimento-investigatorio-criminal-parte-i/>>. Acesso em: 14 jun. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **Investigação pelo Ministério Público**: argumentos contrários e a

⁵ Nesse sentido, conferir Nota Técnica Conjunta PGR/SRI n. 102/2018. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NTconjuntaSRI10218.pdf>. Acesso em 18 nov 2019.

favor. A síntese possível e necessária. Brasília, 2017. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130509-09.pdf>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva; ANDRADE, Mauro Fonseca. Observações preliminares sobre o acordo de não-persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017**. Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília-DF, 7 de agosto de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar. ADI nº 5790**. Brasília, DF, 6 de outubro de 2017a. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5790&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 03 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar. ADI nº 5793**. Brasília, DF, 13 de outubro de 2017b., Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5288159>>. Acesso em: 03 set. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama Sobre o Acordo de Não-persecução Penal (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP. In: CUNHA, Rogério et al. (Org.). **Acordo de não-persecução penal**: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. rev., ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2018.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiróz. *Plea bargaining* e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis – Revista Eletrônica do Ministério Público**. Curitiba, 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 01 set. 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). **Acordo de não-persecução, Resolução n. 181 do CNMP**. Com as alterações feitas pela Resolução 183/2018. 2. ed. rev., ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos. Eletrônica**, vol. 20, n. 3, set-dez 2015. Disponível em: <<https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/8392/4724>>. Acesso em: 4 nov. 2019.

GOMES, Luiz Flávio. Justiça penal restaurativa: conciliação, mediação e negociação. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/10051>>. Acesso em: 28 ago. 2019.

_____; SILVA, Marcelo Rodrigues da. Criminalidade organizada e justiça penal negociada: delação premiada. **FIDES. Faculdade de Filosofia do Direito, do Estado e da Sociedade**. Natal, v. 6, n. 1, jan./jun., 2015, p. 164-175. Disponível em: <<file:///C:/Users/User/Downloads/211-Texto%20do%20artigo-447-1-10-20171229.pdf>>. Acesso em: 02 set. 2019.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública**: princípio da obrigatoriedade. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Marcellus Polastri. **Ministério público e persecução criminal**. 4. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

_____. O chamado acordo de não-persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública. **Gen Jurídico**, 05 abril 2018. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em: 16 jun. 2019.

MARCONI, Marina de Andrade; LAKATOS, Eva Maria. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo penal**. 18. ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 16. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: 2015.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

ROSA, Alexandre Morais da; BECKER, Fernanda. Conheça uma novidade de 2017: a Resolução CNMP 181 viola a isonomia. **Revista Consultor Jurídico**, Florianópolis. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/limite-penal-novidade-2017-resolucao-cnmp-181-viola-isonomia>>. Acesso em: 05 set. 2019.

SALMASO, Marcelo Nalesso. Uma mudança de paradigma e o ideal voltado à construção de uma cultura de paz. In: CRUZ, Fábio Bitencourt (Coord.). **Justiça restaurativa**: horizontes a



**REVISTA ESTUDOS JURÍDICOS
FACULDADE MARINGÁ**

partir da Resolução CNJ 225. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/08/4d6370b2cd6b7ee42814ec39946f9b67.pdf>>. Acesso em: 18 ago. 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. v. 1. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178>>. Acesso em: 5 nov. 2019.