

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO
DE PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO E APRIMORAMENTO
DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Endril Coutinho Ramos

Presidente Prudente/SP
2018

**CENTRO UNIVERSITÁRIO
ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO DE
PRESIDENTE PRUDENTE**

CURSO DE DIREITO

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO E APRIMORAMENTO
DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO**

Endril Coutinho Ramos

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Presidente Prudente/SP
2018

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EVOLUÇÃO E APRIMORAMENTO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial
de Conclusão de Curso para obtenção do grau
de Bacharel em Direito, sob orientação do
Professor Rodrigo Lemos Arteiro.

Rodrigo Lemos Arteiro
Orientador

Cláudio José Palma Sanchez
Examinador

Mário Coimbra
Examinador

Presidente Prudente, 26 de novembro de 2018.

RESUMO

É inegável que todo ordenamento legal que não se atualiza, com o passar dos anos, culmina em um retrocesso no sistema que procura regular. Destarte, objetiva-se com o presente trabalho tecer comentários à inovação trazida pelo Conselho Nacional do Ministério Público com a Resolução 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018 que estabelece a possibilidade de celebração uma medida consensual entre acusação e acusado em investigações criminais, calcada em experiências estrangeiras, cujo cumprimento integral do referido negócio jurídico importa no arquivamento do procedimento em substituição à ação penal, que, diga-se de passagem, em muito contribui à justiça criminal e aos órgãos da justiça como um todo. Também é abordada a questão da constitucionalidade da norma que traz o instituto inovador, bem como os requisitos para a celebração do acordo e as vantagens de assim proceder. Discorre-se ainda a respeito do momento ideal de celebração e as vedações, tudo no intuito de se demonstrar a eficiência e adequação do instituto em comento para os casos penais corriqueiros, instituto esse que é o embrião dos institutos de barganha já previstos nos projetos de leis dos Códigos Penal e Processual Penal.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Ministério Público. *Plea bargaining*. Medidas Consensuais. Processo Penal.

ABSTRACT

Is undeniable that any legal system that does not update, with the passage of the years, culminates in a retrocession in the system that seeks to regulate. The objective of this work is to comment on the innovation brought by National Council of Prosecution Services with Resolution 181/2017, amended by Resolution 183/2018 establishing the possibility of concluding a consensual measure between prosecution and defendant in criminal investigations, based on foreign experiences, whose full compliance with the said Legal business matters in the filing of the procedure in lieu of criminal prosecution, which, it must be said, is very contributing to criminal justice and to the organs of justice as a whole. It is also addressed the issue of the constitutionality of the norm that brings the innovative institute, as well as the requirements for the conclusion of the agreement and the advantages of thus proceeding. It also discusses the ideal moment of celebration and the seals, all in order to demonstrate the efficiency and adequacy of the Institute in order to the ordinary criminal cases, an institute that is the genesis of the bargaining institutes already foreseen in the Penal and Procedural Penal codes law projects.

Key-words:.Criminal non-persecution agrément. Persecution Service. Plea bargaining. Consensual measures. Criminal proceeding.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	07
2 MEDIDAS CONSENSUAIS PENAIS NO SISTEMA BRASILEIRO: PRECEDENTES	09
2.1 Plea bargaining: conceito e origens históricas	10
3 AÇÃO PENAL	13
3.1 Titularidade.....	13
3.2 Princípio da obrigatoriedade	14
3.3 Princípio da indisponibilidade.....	18
3.4 Princípio da oficialidade.....	19
3.5 Princípio da autoridade.....	19
3.6 Princípio da oficiosidade.....	19
3.7 Princípio da indivisibilidade	19
3.8 Princípio da intranscendência ou da pessoalidade	19
4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	21
4.1 Da necessidade do instituto inovador.....	21
4.2 Cabimento (art. 18, caput, da Resolução 181/2017, com redação dada pela Resolução 183/2018	22
4.3 Momento e especificidades da propositura	26
4.4 As vedações.....	29
4.5 Lei 11.340/2006 X Acordo de não persecução.....	30
4.6 Acerca da eficiência	33
4.7 Da suposta violação ao princípio da obrigatoriedade.....	34
4.8 Vantagens da celebração do acordo de não persecução	37
4.9 Alterações quanto a imprescindibilidade de defensor e a possibilidade do controle judicial.....	40
4.10 O acordo de não persecução penal não ilide a ação penal.....	42
4.11 Acordo de não persecução e ação penal de iniciativa privada.....	43
5 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 18 DA RESOLUÇÃO 181/2017, COM AS ALTERAÇÕES DADAS PELA RESOLUÇÃO 183/2018	45
6 CONCLUSÃO	53
BIBLIOGRAFIA	55

1 INTRODUÇÃO

A adoção de medidas consensuais e conciliativas entre as partes envolvidas em uma lide foi, ao longo dos anos, incorporada pela legislação nacional em diversas searas, que podem ser verificadas ao se debruçar sobre a Lei 9.099/95, cujo enfoque procedimental é, primordialmente, promover a conciliação entre as partes em detrimento da persecução penal.

Esse cenário é também percebido na esfera extrapenal, como se pode observar da Lei 13.105/2015 – Código de Processo Civil, que incentiva meios alternativos de soluções de conflitos e negócios jurídicos processuais, valorizando a vontade das partes.

Nesse contexto, objetivou-se com o presente trabalho expor e entender o artigo 18 da resolução 181/2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público em setembro de 2017, alterada em janeiro de 2018, que, instituindo o Acordo de Não persecução Penal, trouxe a negociação entre as partes de uma lide penal, em que, mediante a pactuação de determinadas sanções alternativas, se aceita pelo investigado que preencha os requisitos previstos na norma regulamentadora, enseja o arquivamento do procedimento investigatório.

Buscou-se apontar as origens do acordo em comento, bem como o modo de surgimento no âmbito internacional e, a partir de uma análise dos requisitos autorizativos para a celebração, bem como as limitações e restrições, as consequências benéficas que o novel instituto trouxe ao sistema da justiça como um todo.

O interesse temático foi despertado em razão da urgência de aprimoramento que a justiça penal carece, considerando que, mesmo com alterações legislativas em trâmite perante o Congresso Nacional, o decurso do tempo sem que alguma providência efetiva seja tomada tem feito com que a prestação jurisdicional penal nacional se mostre infirmada e, partindo do pressuposto da possibilidade de celebração do instituto recém instituído, os horizontes sobre esse aspecto apontam para um lado sensivelmente promissor, diverso do atual.

O método escolhido foi o dedutivo em que, partindo-se da análise de premissas gerais, pontuou-se a análise do instituto em comento. O trabalho restou dividido em introdução, capítulos acerca das medidas consensuais que já existem no

sistema brasileiro, bem como as experiências estrangeiras do sistema *plea bargaining* e as semelhanças com o novel instituto, sem se olvidar da abordagem da ação penal e seus princípios, no intuito de se elucidar do que isso se trata e se o seu titular possui a faculdade de dispô-la para, assim, tecer comentários a respeito do acordo de não persecução penal.

Ao final do presente trabalho, discorreu-se ainda a respeito da constitucionalidade do dispositivo em comento, que tem sido alvo de inúmeros questionamentos e, inclusive, objeto de Ações Diretas perante o Supremo Tribunal Federal que, como se expôs, até o presente momento não encontram argumentações plausíveis no sentido de descaracterizar a constitucionalidade da norma.

2 MEDIDAS CONSENSUAIS PENAIS NO SISTEMA BRASILEIRO: PRECEDENTES

A aplicabilidade dos institutos correlatos à justiça consensual não se apresenta como novidade no ordenamento jurídico brasileiro. Tais institutos podem ser exemplificativamente mencionados ao se citar a Lei 12.850/2013 – Lei das Organizações Criminosas – que disciplinou a colaboração premiada, a transação penal e a suspensão condicional do processo, trazidos pela Lei 9.099/95, a possibilidade da composição civil dos danos, prevista no mesmo diploma legal, cujo enfoque, diferente dos dois institutos retro mencionados, se baseia nos personagens: autor e vítima do delito.

Reconhecidos esses precedentes, a Resolução 181/2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pretensa à modernização e atualização do sistema penal brasileiro, normatizou o denominado “Acordo de não Persecução Penal”, que permite que o Ministério Público, ao receber o procedimento investigativo, ao invés de deflagrar a ação penal, quando o caso for, proponha ao investigado a celebração do referido acordo nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e desde que haja confissão do agente.

O teor do instituto, em síntese, prevê a submissão do autor de crime à determinadas condições e/ou pagamento de prestações pecuniárias, desde que atendidas as colocações supra, bem como as demais previstas no artigo 18 da dita resolução.

A inspiração do acordo trazido pela norma em apreço nitidamente advém do que se conhece por *plea bargaining* que ocorre nos Estados Unidos, que nada mais é do que a celebração de acordos entre acusação e investigado visando a mitigação da acusação ou da pena a eventualmente ser imposta.

Há também a influência do direito estrangeiro, tais como as experiências Francesas e Alemãs que adotam tais políticas criminais.

O anteprojeto do Código de Processo Penal (Projeto de Lei 8.045/2010), bem como o do próprio Código Penal (Projeto de Lei 236/2012) também trazem a possibilidade de transações entre o agente infrator e acusação, este para todos os crimes (Título VII) e aquele para os delitos com pena máxima de até oito anos (Capítulo III).

Dessa forma, a edição da Resolução 181/2017 pelo CNMP em boa hora emerge à justiça penal, aprimorando-a, seja pelo aspecto modernizador e eficaz, influenciado principalmente pelo modelo norte-americano, seja como uma resposta à morosidade legislativa que, embora contemple o instituto em comento nos diplomas legais em trâmite no Congresso Nacional, estagnatiza-se no tempo.

Neste íterim, urge uma medida normativa que traga o instituto em apreço ao ordenamento pátrio, que ora se apologia.

2.1 *Plea bargaining*: conceito e origens históricas

De proêmio, conveniente se faz elucidar o procedimento a que se refere a chamada *plea bargaining*, modelo de política criminal norte-americano discorrido com maestria nas palavras de Gabriel Silveira de Queirós Campos (2012, p. 04). Veja-se:

Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento. Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado.

Assim, sintetiza-se nas dizes de Chemerinsky, Levenson (2008), apud Gabriel Silveira de Queirós Campos (2012, p. 05):

A *plea bargaining* consiste em um processo de negociação através do qual o réu aceita confessar culpa em troca de alguma concessão por parte do Estado, que pode ser de dois tipos básicos: (1) redução no número ou na gravidade das acusações feitas contra o réu; e (2) redução da pena aplicada na sentença ou na recomendação de sentença feita pela acusação.

Como se pode verificar, o instituto em testilha consiste em um método de política criminal em que o autor do delito abre mão de se submeter ao Juízo natural como ocorreria de praxe e, em troca de benefícios tais como recomendação de redução de pena ou mitigação da acusação, barganha com a acusação.

Nítidamente se percebe que esta é a influência do que propôs o acordo de não persecução penal, cujos benefícios ao atual sistema penal extraprocessual serão oportunamente discorridos.

Imperioso apontar que essa essência também pode ser percebida, por exemplo, na transação penal, a que se refere o artigo 76 da Lei 9.099/95, em que o autor do fato de crime de menor potencial ofensivo, para não ter deflagrada contra si ação penal, submete-se à aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa proposta pelo Ministério Público, cujo cumprimento enseja a extinção da punibilidade.

Oportuno salientar que a transação penal não se confunde com a *plea bargaining*, visto que o referido instituto é oriundo do *nolo contendere*, do direito italiano que, em simples termos, consiste na assunção de uma pena imediata para não se discutir o mérito da imputação, sem, contudo, admitir culpa.

A negociação da confissão ou *plea bargaining* não encontra aplicabilidade apenas no sistema norte-americano.

Há ainda a influência de países como França e Alemanha, conforme leciona José Francisco Etxeberria Guridi (2009), apud Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 26):

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem não da lei, mas sim da iniciativa pessoal de juízes e promotores de justiça, que se conscientizam da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal da delinquência de menor importância.

De tal maneira, o surgimento do acordo penal na França:

(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de “diversificação”, e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas do âmbito penal, como também no âmbito social em geral (...). Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade.

Como se pode notar, o surgimento de uma forma de mediação penal na França, da mesma forma como se traz o acordo de não persecução pela Resolução 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018, não decorreu de lei em sentido estrito. O reconhecimento da ineficácia do sistema penal vigente pelos magistrados e

promotores, através da praxe forense, motivou a criação de um mecanismo que possibilitasse uma solução mais eficaz e célere aos delitos de menor gravidade.

O instituto só veio a ser regulamentado legalmente em 1993, com a aprovação da Lei 92-2 em 04 de janeiro de 1993, conforme também noticia José Francisco Etxeberria Guridi (2009), apud Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 26):

Em virtude dessa prática, inicialmente, heterogênea é que surgiu, pela primeira vez, um processo de institucionalização dos acordos penais na França, por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992. Referida regulamentação em um segundo momento, fundamentou a aprovação da Lei n. 92-2, de 04 de janeiro de 1993, que promove uma reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal em seu sistema legal.

Ainda no âmbito internacional, nas lições supramencionadas, pode-se citar ainda a experiência Alemã no que tange à adoção da política de barganha, cujo surgimento, na mesma linha do que ocorreu na França, decorreu da praxe forense iniciada por magistrados e promotores de justiça nos crimes de menor gravidade.

O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência (TURNER, 2009 apud CABRAL, 2017, p. 27/28).

Percebe-se a partir de o supracitado que, no âmbito do direito comparado, a barganha penal como instrumento de política criminal foi inserida em um contexto em que por um lado se verificava a limitação do sistema processual criminal em fornecer solução aos casos penais infindos e, de outra banda, a necessidade de um provimento jurisdicional eficaz a esses mesmos casos, cujo mecanismo proposto foi a adoção de um acordo em que se abria mão do processo penal propriamente dito, mediante a celebração de um ajuste de condições entre acusação e acusado.

3 AÇÃO PENAL

É oportuno discorrer a respeito da ação penal, sua definição e princípios orientadores, pois é este ato jurídico que delimita o acordo de não persecução penal, isto é dizer, se na hipótese concreta haverá ou não ação penal.

É importante também observar se o seu titular pode dela dispor para celebrar barganhas tais como o acordo de não persecução penal.

De início, pode-se definir ação penal como sendo o instrumento procedimental que leva ao Estado-Juiz uma pretensão penal acusatória, podendo ela ser ramificada em diversas espécies.

Nos termos das Lições de Fernando Capez (2010, p. 153): “É o direito de pedir ao Estado- Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. ”

Renato Brasileiro (2016, p. 321-324) as classifica, dentre outras, em ação penal de conhecimento, cautelar e de execução.

Discorrer-se-á aqui, obviamente da ação penal de conhecimento pública, visto que, como será oportunamente comentado, a ação penal privada e o acordo de não persecução penal possuem algumas peculiaridades.

3.1 Titularidade

Como bem esclarece o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, a ação penal pública é exclusiva do Ministério Público.

O mandamento Constitucional é encampado, ainda, pelas Leis Orgânica Nacional do Ministério Público (nº 8.625/93, em seu artigo 25, inciso III) e Orgânica Estadual do Ministério Público.

Essa normatização possui uma única exceção, prevista nos artigos 5º, inciso LIX da Carta Magna e 29 do Código de Processo Penal e 100 § 3º do Código Penal, onde se admite a ação penal privada subsidiária da pública na hipótese em que o titular originário da ação penal pública não a deflagra no prazo legal.

Não se objetiva nesta ocasião discorrer acerca da ação penal privada, visto que, conforme será discorrido oportunamente, o acordo de não persecução só poderia ser ofertado pelo Ministério Público, ainda nessa hipótese.

Posto isso, é oportuno observar, ainda, quais são os princípios que regem a ação penal pública, que devem ser observados por seu titular e a possibilidade de mitigação de um dos princípios basilares: a obrigatoriedade.

3.2 Princípio da obrigatoriedade

Esse princípio está diretamente ligado à fase extraprocessual, traduzindo-se na ideia de que, ao término das investigações e 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.

Segundo Fernando Capez (2010, p. 159), o princípio da obrigatoriedade pode ser percebido a partir da interpretação do artigo 28 do Código de Processo Penal, que exige 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.

No entanto, é inegável o reconhecimento da mitigação desse princípio.

Como já fora brevemente suscitado, entende-se que o legislador, ao permitir o arquivamento do inquérito policial, implicitamente, permite a mitigação do princípio da obrigatoriedade. Se assim não fosse, o membro do Ministério Público estaria obrigado a oferecer denúncia mesmo nos casos em que ausente justa causa para tanto, para, somente na ocasião da sentença, ser reconhecida a insuficiência probatória.

Ademais, nas mesmas lições da doutrina sobredita, infere-se outro exemplo da mitigação:

Atualmente, o princípio sofre inegável mitigação com a regra do art. 98, I, da Constituição Federal, que possibilita a transação penal entre Ministério Público e o autor do fato, nas infrações penais de menor potencial ofensivo. A possibilidade de transação está regulamentada pelo art. 76 da Lei 9.099/95, substituindo nestas infrações penais, o princípio da obrigatoriedade pelo da discricionariedade regrada (o Ministério Público passa a ter liberdade para dispor da ação penal, embora esta liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais).

A lei 9.099/95, ao estabelecer o instituto da transação penal, oriundo do *nolo contendere* italiano, permite que a acusação, apenas nas hipóteses em que seria caso de propor ação penal, tendo em vista que a lei exclui a possibilidade de transação nos casos em que o termo circunstanciado deve ser arquivado, ou seja, nitidamente prestigiando o interesse de agir, apresente proposta de aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa, cuja aceitação e cumprimento por parte do autor do fato, enseja a extinção da punibilidade, fulminando a possibilidade de propositura da ação penal nesta hipótese.

A esse particular vige o princípio da discricionariedade regrada, que, nas lições de Renato Brasileiro (2016, p. 1943):

[...] há uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade, denominada de princípio da discricionariedade regrada ou princípio da obrigatoriedade mitigada. Amparado pelo princípio da discricionariedade regrada, a transação penal consiste, então, na faculdade de o órgão acusatório dispor da ação penal, isto é, não promovê-la sob certas condições, atenuando o princípio da obrigatoriedade, que, assim, deixa de ter valor absoluto. Diz-se discricionariedade regrada porque o órgão ministerial não tem discricionariedade absoluta, mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais delimitadas no art. 76 da Lei nº 9.099/95.

Não se desconhece, no entanto, respeitável posicionamento em contrário, que entende não se tratar de mitigação da ação penal, como leciona a professora Ada Pellegrini Grinover (2005, p. 48):

O Ministério Público, nos termos do art.76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, 'dever de agir'), mas sua 'proposta', presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso se dá o nome de princípio da *discricionariedade regulada* ou *regrada* (ou ainda, oportunidade regrada). Não é adequada a locução legalidade mitigada.

De acordo com esse entendimento, a disposição recai sobre a pena a ser aplicada, e não sobre a persecução penal em si.

No entanto, com a devida *venia* ao culto e respeitável posicionamento supra, na medida em que a transação quanto a sanção penal ilide a possibilidade de propositura de ação penal, caso o autor do fato cumpra o acordo nos moldes em que

celebrado, inegável reconhecer que o instituto mais se aproxima da disposição da ação penal e, conseqüentemente, da mitigação da obrigatoriedade.

Outro exemplo que pode ser citado é o acordo de colaboração premiada, elucidado com Maestria nas lições de Luiz Flávio Gomes (2015, s.p):

A colaboração premiada (da qual a delação é uma espécie), que constitui o eixo da Nova Justiça Criminal Negociada no Brasil (nova em razão da regulamentação dada pela Lei 12.850/13) (veja nosso livro *Organizações Criminosas*, Editora Juspodivm), vem se consolidando na jurisprudência dos tribunais. Os advogados que a rejeitam, apesar da lei que a permite, simplesmente jogam fora uma das possíveis estratégias de defesa do réu. Com a Operação Lava Jato a colaboração premiada se tornou conhecida do grande público. Desde 1990 ela existe no Brasil (Lei 8.072/90). A rigor nas Ordenações Filipinas dela já se cuidava. Faltavam normas procedimentais (que vieram com a Lei do Crime Organizado – 12.850/13). Por força da teoria do diálogo das fontes (Erik Jayme e Valério Mazzuoli), nada impede que o novo procedimento seja aplicado (fazendo os ajustes que devem ser feitos – *mutatis mutandis*) para todas as situações de colaboração premiada previstas em várias leis. Leis processuais podem ser aplicadas analogicamente. Discute-se se a colaboração premiada é um direito subjetivo do réu colaborador. Na Lei 12.850/13 não, porque esse texto legal fala em “acordo de colaboração premiada”. E acordo somente existe quando duas vontades (pelo menos) se somam. Se o Ministério Público não deseja fazer o acordo, nada será celebrado. Mas isso impede o agente de colaborar com a Justiça? Não. A Justiça Negociada constitui uma (eventual) nova estratégia de defesa. Mas ninguém é obrigado a negociar. Os dois princípios centrais da colaboração premiada são: (1) autonomia da vontade do agente do fato e (2) assistência técnica de advogado. Tornou-se, assim, absolutamente indispensável conhecer essa nova forma alternativa de resolução dos conflitos penais.

De forma bastante elucidativa, assim se resume o instituto da colaboração premiada, nos termos do que aponta o Ministério Público Federal em sua página oficial:

Há duas formas de colaboração premiada. Na primeira, o criminoso revela informações na expectativa de, no futuro, tal cooperação ser tomada em consideração pelo juiz quando da aplicação da pena. Na segunda, o criminoso entra em acordo com o Ministério Público, celebrando, após negociação, um contrato escrito. No contrato são estipulados os benefícios que serão concedidos e as condições para que a cooperação seja premiada. A lei brasileira que detalhou como funciona a colaboração premiada é chamada Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013). Embora não houvesse previsão expressa de acordos de colaboração entre o criminoso e o Ministério Público antes da lei, eles já vinham sendo feitos desde a força-tarefa do caso Banestado (entre 2003 e 2007). Em cada acordo, muitas variáveis são consideradas, tais como informações novas sobre crimes e quem são os seus autores, provas que serão disponibilizadas, importância dos fatos e das provas prometidas no contexto da investigação, recuperação do proveito econômico auferido com os crimes, perspectiva de resultado positivo dos processos e das punições sem a

colaboração, entre outras. Há uma criteriosa análise de custos e benefícios sociais que decorrerão do acordo de colaboração sempre por um conjunto de procuradores da República, ponderando-se diferentes pontos de vista. O acordo é feito apenas quando há concordância de que os benefícios superarão significativamente os custos para a sociedade.

Como se percebe, o instituto é alicerçado nas modalidades da plea bargaining, nas modalidades *charge* e *sentence bargaining* e, nitidamente, excetua o princípio da obrigatoriedade, mitigando-o.

Diga-se de passagem, os resultados obtidos com a aplicação do instituto sobredito, são sensivelmente mais eficientes e, certamente, seriam inexistentes se, ao invés de sua aplicação, a persecução penal fosse guiada pelas investigações e instrução processual de praxe. O mesmo se pode dizer do instituto da transação penal.

Ainda a esse particular, segundo Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 40), “não há uma relação de exclusão entre a obrigatoriedade e a celebração do acordo de persecução (que envolve, inegavelmente, a ideia da oportunidade)”.

E, em suas lições, assim fundamenta:

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 que fundamentaram o princípio da legalidade.

A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro, que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas.

Esse dever de atuação – ainda que nem sempre por meio da ação penal – decorre, fundamentalmente, do princípio da moralidade (CR, art. 37, *caput*) e do dever de objetividade que deve marcar a atuação ministerial.

Essas diretrizes constitucionais proíbem o favoritismo e o protecionismo. É isso que o princípio da obrigatoriedade pretende evitar. E é precisamente essa fatia, essa faceta da obrigatoriedade que deve ser preservada.

Tal perspectiva, porém, está longe de significar que o Ministério Público se torne um acusador cego e autônomo. Não!

Realizar o acordo de não persecução penal, como resposta mais eficiente e célere aos casos penais, longe está de violar esse mandamento. Muito pelo contrário, o realiza de forma muito mais plena e eficiente.

Por esse entendimento, defende-se que não há uma abstenção do princípio da obrigatoriedade com a celebração de acordo de não persecução, mas sim a sua efetivação de forma mais eficiente.

Pelos expostos, é incorreto reconhecer que a celebração do acordo em comento viola o princípio basilar da ação penal pública, visto que, além de o fato de não se estar ilidindo definitivamente a propositura da ação penal, que poderá ser

deflagrada em caso de descumprimento das condições do acordo (art. 18 § 9º), é notório que o referido princípio admite exceções, não apenas no que se refere à análise da viabilidade da deflagração da ação penal, mas, também, no que tange à viabilidade de adoção de mecanismos mais céleres e eficaz, como, exemplificativamente ocorre com a transação penal, a suspensão condicional do processo e o não oferecimento de denúncia por força da celebração de acordo de colaboração premiada.

3.3 Princípio da indisponibilidade

Em razão desta norma, uma vez oferecida a denúncia, o Ministério Público não pode dela desistir.

Este princípio encontra-se, ainda, positivado por meio de uma regra, expressamente prevista no artigo 42 do Código de Processo Penal, não se limitando apenas à ação penal, visto que o artigo 576 do mesmo diploma legal traz o princípio da indisponibilidade na seara recursal.

No entanto, no que se refere à disposição da ação penal, é nítido que o artigo 89 da Lei 9.099/95, ao prever que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor suspensão condicional do processo caso verifique ser o denunciando detentor dos requisitos concessivos, excepciona a norma em comento, visto que a ação penal a ser proposta, prematuramente, será suspensa e, caso o agente cumpra as condições oferecidas pelo titular da ação penal, terá sua punibilidade julgada extinta por força de o que prevê o § 5º do mencionado artigo.

Posto isso, é importante diferenciar os dois princípios vistos até então: durante a fase das investigações, uma vez concluídas e aptas a embasar a denúncia, o membro do Ministério Público deve propô-la, salvo nas exceções já citadas, por força do princípio da obrigatoriedade.

Uma vez proposta a ação penal, vigora a regra da indisponibilidade, visto que o artigo 42 do Código de Processo Penal normatiza uma conduta proibitiva. Como já exposto, esta regra encontra limitação no artigo 89 da Lei 9.099/95.

3.4 Princípio da oficialidade

A persecução penal deve ser promovida pelos órgãos oficiais, ou seja, pelos órgãos públicos, visto que o Estado é o único detentor do *jus puniendi*.

Os crimes de iniciativa privada, exclusiva ou subsidiária são exceções a este princípio.

3.5 Princípio da autoridade

Segundo Fernando Capez (2010, p. 160) este princípio é corolário da oficialidade. “São autoridades públicas os encarregados da persecução penal extra e in judicio (respectivamente, autoridade policial e membro do Ministério Público) ”.

3.6 Princípio da oficiosidade

Os órgãos responsáveis pelas respectivas etapas da persecução penal, devem agir de ofício, sem aguardar qualquer provocação.

3.7 Princípio da indivisibilidade

A ação penal deve ser deflagrada em face de todos os agentes que a ensejaram, não podendo seu titular escolher, indiscriminadamente ou por amostragem, uns ou alguns dos respectivos autores para figurarem no polo passivo da ação penal.

3.8 Princípio da intranscendência ou da pessoalidade

Apenas pode figurar no polo passivo da ação penal o(s) agente(s) que perpetrou(aram) a conduta tipificada como crime.

Esse princípio pode ser percebido pelo comando Constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLV.

Convém rememorar que a não observância da pessoalidade pode ensejar nulidade absoluta da ação penal, nos termos do artigo 564, inciso II, do Código de Processo Penal.

4 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Abordar-se-á, doravante, o instituto do acordo de não persecução penal em suas peculiaridades.

Não se nega que o instituto em questão deveria ser regulamentado por lei, não pela questão da constitucionalidade, mas sim para evitar qualquer dúvida ou insegurança de sua aplicação pelo seu destinatário, qual seja, o membro do Ministério Público.

Como se percebe, o instituto possui claras influências da *sentence bargaining*, embora com ela não se confunda, haja vista que, cumprido o acordo, o indivíduo não será processado e não cumprirá pena, ao passo que, no modelo norte americano, há um abrandamento do delito pelo qual o indivíduo será processado (forma vertical ou qualitativa) ou o afastamento de apenas uma parte da acusação.

4.1 Da necessidade do instituto inovador

O atual sistema processual penal, arcaico e estritamente formal, em muitas situações, vai de encontro com aquilo que se espera do Poder Judiciário.

A prestação jurisdicional, obviamente balizada pelos ditames constitucionais que embasam o Estado de Direito, muitas vezes é ilidida por tais formalidades que podem ensejar a prescrição da pretensão punitiva Estatal, bem como o enfraquecimento de elementos probantes acusatórios ou mesmo a justa causa que embasou a deflagração da ação penal. Senão vejamos.

Não é raro encontrar em cartórios judiciais processos que versam sobre a prática de delitos cuja reprimenda é de menor potencial ofensivo que se arrastam por prazo superior ao prazo prescricional a ele cominado, cuja prescrição apenas não os atingiu em razão, exemplificativamente, da atribuição de rito diverso motivada pela não localização do indivíduo e, por não prever a Lei 9.099/95 citação editalícia, a redistribuição dos autos ao Juízo comum enseja a adoção das formalidades atípicas ao rito sumaríssimo .

Outrossim, é inegável que os procedimentos formais que o Código de Processo Penal normatiza para os feitos que se sujeitam aos ritos ordinário e sumário, tais como a apresentação de defesa prévia escrita, em que, na maioria dos casos,

nada se insurge neste momento, designação de audiência para colheita de provas, apresentação de alegações finais (que em boa parte dos feitos são escritas) pelas partes para só então poder haver sentença com base em cognição exauriente, é nítido notar que a adoção de todos estes procedimentos em todos os feitos gera um acúmulo invencível de formalidades e serviços que, ante a incompatibilidade destes com o número de servidores judiciais disponíveis, a qualidade da demanda judicial proposta fica a desejar.

Ademais, neste cenário, convém mencionar o artigo 155 do Código de Processo Penal, que normatiza a proibição do desate condenatório lastreado unicamente em elementos informativos produzidos em sede inquisitiva, devendo estes, em regra provas orais, serem confirmados em juízo.

É nítido que fatos se perdem no tempo, bem como que pessoas se esquecem e se deslocam. Tudo isso vai de encontro com o que pretende a demanda acusatória.

Tal regramento legal não é criticável, diga-se de passagem, uma vez que as provas que embasam um decreto condenatório devem ser idôneas, no entanto, em muitos casos, os elementos informativos que eram poucos, mas sólidos, na fase extraprocessual, por não poderem ser repetidos em Juízo, são deliberadamente desprezados, por força legal.

Como já discorrido, muitas dessas formalidades, visando um fim ideal, poderiam ser abreviadas nos casos em que os fatos aclarados são nítidos notadamente quando confessados pelo autor da infração de somenos relevância penal, como exige o *caput* do artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP.

Neste contexto, o objetivo da inserção de um mecanismo de barganha na justiça criminal pátria vem propor uma espécie de desburocratização do processo penal, obviamente condicionada aos termos da novel resolução e ao consentimento do investigado, cujos benefícios daí advindos são de grande valia para o sistema penal, principalmente no que tange ao atual sistema carcerário e à sobrecarga do Poder Judiciário.

4.2 Cabimento (art. 18, caput, da Resolução 181/2017, com redação dada pela Resolução 183/2018).

No dia 08 de setembro de 2017, foi publicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, a Resolução 181/2017 que regulamenta o procedimento de investigação criminal presidido pelo Ministério Público.

No artigo 18 da referida resolução, traçou-se o que foi intitulado de Acordo de Não Persecução Penal.

Em 30 de janeiro de 2018, a referida norma foi alterada pela Resolução 183/2018 do mesmo órgão, alterando não apenas as disposições referentes ao Acordo.

Com a nova redação, assim dispõe o *caput* do mencionado dispositivo:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (grifo nosso).

Convém discorrer a respeito de alguns pontos relevantes que se extrai do texto em epígrafe. Vejamos:

Embora óbvio, o primeiro ponto a ser destacado é a questão do binômio necessidade e adequação do referido acordo, haja vista a expressão “não sendo caso de arquivamento”.

Por necessidade ora se entende como sendo a análise se o caso concreto é apto a ensejar interesse jurídico-penal, em simples termos, interesse de agir.

Por adequação se entende como sendo a análise de o caso concreto ser apto a ensejar que o órgão ministerial abra mão da obrigatoriedade da ação penal, ou seja, se aquele caso específico tem condições de ser ou não objeto de barganha.

Outro item a ser discorrido é a expressão “O Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal”.

Da leitura pode-se surgir a indagação se o acordo é um direito subjetivo do investigado que o aceite ou poder discricionário do membro do Ministério Público.

Por analogia ao que se verifica com o benefício da transação penal, a que se refere o artigo 76 da Lei 9.099/95, entende-se que o acordo está condicionado ao arbítrio do membro do Ministério Público. Nas palavras do ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Sepúlveda Pertence, na relatoria do RE 468.161, 1ª Turma, (2006):

“a transação penal – bem como a suspensão condicional do processo - pressupõe o acordo entre as partes, cuja iniciativa da proposta, na ação penal pública, é do Ministério Público”.

Este entendimento é solidificado na jurisprudência dos Tribunais Superiores, conforme mencionado no julgamento da ação penal 634 RJ 2010/0084218-7 pelo Superior Tribunal de Justiça, relatoria e voto do Ministro Felix Fischer:

Muito se controverteu sobre a **natureza jurídica** da transação penal. De acordo com a **jurisprudência** firmada no âmbito do **c. Supremo Tribunal Federal** (RE 296.185, **2ª Turma**, Rel. Min. **Neri da Silveira**, DJ de 22/02/2005 e HC 83.250/SP, **1ª Turma**, Rel. Min. **Joaquim Barbosa**, **v.g.**), e também desta e. Corte (HC 18003/RS, **6ª Turma**, Rel. Min. **Paulo Gallotti**, DJ de 25/05/2009, **v.g.**), trata-se, assim como a **suspensão condicional do processo** inserta no art. 89 da Lei nº 9.099/95, de um **poder-dever do Ministério Público**, em contrapartida à posição minoritária, notadamente doutrinária, de que seria um direito público subjetivo do acusado. (grifos do autor).

O entendimento não poderia ser outro, visto que o titular da ação penal pública atribuído pela Constituição Federal é o Ministério Público e apenas este órgão pode aferir-lhe a conveniência.

De mais a mais, a ele incumbe a análise da conveniência para a propositura do acordo, obviamente que, ainda que preenchidos os requisitos previstos no *caput* do artigo 18 da resolução em comento, o benefício não pode ser proposto de forma imoderada, visto que as consequências do crime, bem como sua repercussão social e outras especificidades que lhe revestirem devem ser sopesadas.

É exatamente o que se extrai da leitura do inciso VI do § 1º da norma em testilha.

Superado isto, o derradeiro ponto a ser comentado é referente à limitação delitiva imposta, ou seja, aqueles cuja reprimenda mínima seja inferior a quatro anos e não tenha sido perpetrado mediante violência ou grave ameaça.

A intenção normativa é nítida: restringir o acordo aos delitos de menor impacto social ou, em simples palavras, de menor gravidade.

Imperioso observar que a limitação de pena mínima inferior quatro anos imposta aos delitos a serem objeto do acordo não estava prevista na redação original

da resolução 181/2017, que dispunha apenas a vedação referente ao *modus operandi*, qual seja, violência ou grave ameaça.¹

Ademais, percebe-se ainda que a norma em questão não esconde seu caráter subsidiário ao vedar, em seu § 1º, inciso I, a aplicação do instituto quando for cabível a transação penal.

Como já defendido até então, a proposta da barganha trazida pelo Conselho Nacional do Ministério Público pela norma em apreço, vem aprimorar, ainda que de maneira notadamente incentivadora, haja vista não se tratar de norma processual, o procedimento nos casos penais pátrios, propondo uma mitigação ou postergação condicionada da persecução penal nos casos de crimes menos graves a fim de que aqueles de maior gravidade possam ser, de modo mais eficaz, contemplados pelo Poder Judiciário e pelos órgãos da justiça.

É de bom alvitre salientar que não se trata de uma norma de cunho imperativo ao autor do delito, de modo que não há falar em recusa à atividade jurisdicional ou à prestação jurisdicional uma vez que, caso o investigado entenda ser mais conveniente para si a submissão a um processo penal formal, perante o Juiz Natural, com todas as garantias de defesa que lhe assegura a lei e a Constituição, poderá simplesmente recusar o acordo, tal como ocorre no oferecimento de transação penal ou suspensão condicional do processo, em que a recusa do agente importa na propositura e prosseguimento, respectivamente, da ação penal.

Aliás, como se pode observar diuturnamente no âmbito dos feitos criminais, a iniciativa da busca pelos benefícios retro mencionados, em muitos casos, parte da própria defesa do autor do delito, que entende ser mais célere, eficiente e conveniente do que a submissão à ação penal.

Posto isto, entende-se que não se pretende violar as disposições processuais penais vigentes, tampouco substituí-las, mas sim inovar e aprimorar o procedimento administrativo penal para os delitos em que a gravidade e a consequência a ela atribuída é de menor rigor.

¹ Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não:

4.3 Momento e especificidades da propositura

Disciplina o § 7º do artigo 18 da Resolução 181/2017 que o acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma ocasião da audiência de custódia.

No entanto, com a devida *venia*, entende-se que o mencionado dispositivo deve ser, ao máximo, evitado.

É sabido que o artigo 1º da Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, que institui a audiência de custódia, dispõe que o preso em flagrante deve ser apresentado à autoridade judiciária em até 24 (vinte e quatro) horas.

Como já abordado, a propositura do acordo de não persecução depende da análise pormenorizada do membro do Ministério Público acerca da conveniência da celebração do ato.

Não é por outro motivo que o inciso VI do § 1º do artigo 18 da Resolução 181/2017 veda a constituição do ato quando: “a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”.

Como se pode notar, no momento em que o detido é encaminhado à audiência de custódia, o procedimento investigativo ainda não estará acabado, de modo que não se pode aferir as especificidades do delito, suas consequências e eventuais desdobramentos, de modo que admitir a celebração do acordo neste momento preliminar, violaria, inclusive, o que dispõe o *caput* do artigo em comento, que dispõe que o acordo será proposto se não for o caso de arquivamento, ao invés da deflagração da ação penal.

Ora, o membro do Ministério Público só dispõe de elementos suficientes para aferir se o fato em apuração deve ser arquivado ou denunciado ao término das investigações, de modo que celebrar o acordo, bem como analisar as condições a serem propostas, na ocasião da audiência de custódia se mostra demasiadamente precipitado e não recomendado, como já dito, até mesmo porque não se sabe, até então, as consequências exatas daquele fato criminoso.

Isto sem considerar que, em tese e, apenas em tese, questões relativas ao mérito do processo não podem ser discutidas neste momento, de acordo com o que se entende do artigo 8º § 1º da Resolução 213/2015.²

Outra questão que é levantada pela doutrina é se a celebração da barganha poderia ser efetuada também no âmbito do inquérito policial.

É certo que a Resolução 181/2017 regulamenta o Procedimento Investigatório Criminal presidido pelo Ministério Público, ao passo que, na mesma norma, regulamenta o acordo de não persecução.

No entanto, limitar a celebração do acordo de não persecução apenas aos procedimentos de investigação presididos pelo Ministério Público seria, com a devida *venia*, um verdadeiro equívoco, baseado numa interpretação meramente estrutural do instituto proposto numa resolução que regulamenta este procedimento investigativo.

Como é sabido, a maioria dos crimes são apurados por meio do inquérito policial, presidido pelo Delegado de Polícia.

As infrações de menor potencial ofensivo são passíveis de apuração por meio de termo circunstanciado, no entanto, tais infrações sujeitam-se à análise da viabilidade do benefício da transação penal, não sendo possível a celebração do acordo quando o acusado fizer jus ao instituto retro mencionado, nos termos do inciso I do § 1º do artigo 18 da resolução em comento.

Sobre o assunto, discorre Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 42-43):

No entanto, considerando que grande parte das investigações penais realizadas no país, especialmente as de baixa e média gravidade são feitas no bojo de um inquérito policial, afigura-se imprescindível a possibilidade da realização de acordos nessas hipóteses.

O procedimento correto, porém, para a viabilizar a celebração de acordo nas investigações realizadas por meio de inquérito policial, deve ser, a nosso sentir, o seguinte.

Uma vez chegando ao Ministério Público um inquérito policial maduro para o oferecimento de denúncia e que tenha por objeto a apuração de delito, em que seja possível a celebração do acordo (art. 18), deverá o Promotor de Justiça comunicar-se com o investigado para propor o acordo.

Caso exista interesse do investigado, deverá ser instaurado um PIC, no qual será realizado o acordo, sendo que o inquérito policial deverá ser apensado ao referido procedimento investigatório criminal, como forma, inclusive, de emprestar justa causa para o acordo e para eventual e futura ação penal.

² Entende-se ser utópico o referido dispositivo. Impossível aferir a manutenção da segregação cautelar do indivíduo ou sua liberdade sem considerar os indícios de autoria e materialidade do delito.

Ademais, deve-se levar em conta que a realização do acordo, por si só, já representa a realização de atos de investigação, uma vez que o suspeito deverá confessar os fatos e apresentar provas de corroboração e, os atos investigatórios do MP, devem ser feitos predominantemente no PIC.

De tal maneira, com a instauração de Procedimento de Investigação Criminal, cumpre ao Ministério Público a exigência de que o acordo somente pode ser feito no bojo dos PICs.

Além disso, com a instauração do PIC, o Ministério Público passa a ter um procedimento próprio para a fiscalização do cumprimento do acordo. Isso gera, também, um outro efeito colateral positivo, que é o aperfeiçoamento do banco de dados da Instituição e o desenvolvimento, mais adequado, de uma estatística criminal do Ministério Público.

Com o máximo respeito ao posicionamento do exímio Dr. Promotor de Justiça e jurista supracitado, entende-se que, no caso de a investigação ter ocorrido no bojo de um inquérito policial, o membro do Ministério Público, ao recebê-lo, poderá formalizar o acordo com as formalidades que lhes são inerentes (art. 18 §§ 2º e 3º) em simples apenso ao inquérito, não sendo necessário, obrigatoriamente, a instauração de um PIC unicamente porque o acordo de não persecução está previsto em uma norma que regulamente apenas esse tipo de investigação.

Da leitura que se extrai do artigo 1º da Resolução 181/2017 do CNMP, verifica-se que a finalidade do PIC é muito similar à do inquérito policial. Deixa-se de elencar-se como idêntica porque a referida norma em questão exclusiva o procedimento às infrações penais cuja ação penal é pública, ao passo que o inquérito policial não possui essa exclusividade.

Ora, se o inquérito policial está relatado e não há mais diligências complementares a serem efetuadas, não se verifica necessidade de instauração de um novo procedimento investigativo com a mesma finalidade, única e exclusivamente para firmar o acordo de não persecução.

Postas estas colocações, conclui-se que o acordo deve ser celebrado, obviamente, com observância das condições e restrições atribuídas pela norma que o inovou, regulamentando-o em autos apartados que devem ser apensados ao inquérito policial, observando as formalidades que lhes são intrínsecas, no entanto, exigir-se para a celebração do ato novas formalidades pode ensejar, muito provavelmente, o desestímulo dos promotores de justiça em realizar o ato, indo, dessa forma, de encontro com o que se propõe.

4.4 As vedações

As vedações para a celebração do acordo de não persecução penal encontram previsão no § 1º do artigo 18. São elas:

I – For cabível a transação penal, nos termos da lei:

Este requisito se mostra bastante plausível, dado o caráter subsidiário da medida.

Dessa forma, uma vez se tratando de delito de menor potencial ofensivo, assim definido pelo artigo 61 da Lei 9.099/95, não há falar em celebração do acordo de não persecução penal. Consigne-se que, não fazendo jus o agente à transação penal, também não fará jus ao acordo, visto que os requisitos são correspondentes (art. 18, § 1º, inciso III).

II - O dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local:

A esse particular, assim entende Ana Cristina Mendonça (2017, p. 321):

Somos contrários à fixação de valores que possam, de qualquer forma, caracterizar ofensa ao princípio da isonomia. Tal dispositivo abre espaço para denúncias apenas em causas de maior repercussão patrimonial. Mesmo nos delitos considerados de bagatela, ou alcançados pela insignificância, o valor patrimonial não pode ser analisado isoladamente.

É perfeitamente justificável uma limitação no que tange ao dano patrimonial. Isto porque, sendo a medida de caráter subsidiário, destinada aos delitos de menor gravidade e impactos sociais, não se pode permitir a celebração de acordo em casos que não estão presentes esses requisitos, cujo parâmetro é aberto.

No entanto, bastante compreensível se mostra a insurgência supramencionada: a análise do fator econômico, por si só, pode interferir no princípio da isonomia, mormente no que diz respeito à parte final do dispositivo.

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95:

De forma bastante acertada a norma regulamentadora transpôs as proibições de oferecimento da transação penal à celebração do acordo de não persecução: tais proibições são necessárias para garantir o próprio objetivo da medida, isto é dizer, proporcionar aos delitos de menor gravidade, nos casos que

assim se recomende, ou seja, excluídos os criminosos habituais, uma solução mais efetiva.

IV – O aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal:

A normatização visa evitar que o instituto seja utilizado como forma de burlar futura e eventual ação penal, nos casos em que o agente, de má fé, celebra o acordo em comento e posterga seu cumprimento por período significativamente longo e, às vésperas de se operar a prescrição, dele desiste, já sabendo que não haverá tempo hábil de o lapso prescricional ser interrompido.

Como a resolução em comento não poderia instituir causa de suspensão da prescrição, tal como fora feito pelo § 6º do artigo 89 da Lei 9.099/95, a medida adotada é suficientemente adequada.

V – O delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340 de 7 de agosto de 2006:

Como já mencionado, uma vez se tratando de medida subsidiária e destinada a crimes de menor impacto social e gravidade, obviamente não poderia ser destinada a crimes hediondos ou equiparados.

No que se refere à Lei 11.340/06, os comentários serão desenvolvidos na seção seguinte.

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime:

Trata-se do requisito subjetivo para aferição da viabilidade da celebração do acordo, ou seja, ainda que o agente infrator penal preencha os requisitos objetivos para a formalização do acordo, mas as circunstâncias e consequências do ilícito assim não recomendem, há a óbice normatizada nesse inciso.

4.5 Lei 11.340/2006 X Acordo de não persecução

É certo que o entendimento jurisprudencial, no que se refere aos crimes cometidos sob o âmbito doméstico e familiar é no sentido mais protecionista possível.

A declaração da Constitucionalidade do artigo 41 da Lei 11.340/06 – Lei Maria da Penha, através da ADI 19/DF, dispositivo este que veda a aplicação dos

institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, deixa claro a preocupação existente com essas espécies de delito.

Em que pese a redação do dispositivo legal, que prevê o afastamento dos institutos despenalizadores apenas aos crimes perpetrados sob o âmbito da Lei 11.340/06, o entendimento também do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 106.212 é que a norma proibitiva deve ser interpretada extensivamente, para o fim de alcançar, também, as contravenções penais, sob o argumento da impossibilidade da proteção deficiente.

Veja-se:

STF - HC 106.212: VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – ALCANCE. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.340/06 – AFASTAMENTO DA LEI Nº 9.099/95 – CONSTITUCIONALIDADE. Ante a opção político-normativa prevista no artigo 98, inciso I, e a proteção versada no artigo 226, § 8º, ambos da Constituição Federal, surge harmônico com esta última o afastamento peremptório da Lei nº 9.099/95 – mediante o artigo 41 da Lei nº 11.340/06 – no processo-crime a revelar violência contra a mulher.

O § 1º, inciso V do artigo 18 da Resolução 181/2017, para solidificar quaisquer controvérsias que pudessem surgir a esse respeito, expressamente veda a celebração do acordo quando o crime foi cometido sob o âmbito da Lei 11.340/06, que não havia na redação original da resolução em 2017.

Em que pese o dispositivo sobredito encontre farto respaldo no entendimento dos tribunais superiores, não se parece acertada a vedação imposta.

Em primeiro lugar, porque já há a proibição no artigo 41 da Lei 11.340/06 de o autor da infração ser beneficiado com institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95. Privá-lo da possibilidade de celebrar o acordo se mostra um rigor demasiado.

Em segundo lugar, porque a própria Resolução, ao encampar os requisitos proibitivos previstos no § 2º do artigo 76 da Lei 9.099/95 como óbices à celebração do acordo de não persecução, já traz um mecanismo para inibir a reiteração de condutas delituosas, impedindo a reformulação do benefício se já usufruído no último quinquênio (inciso II do dispositivo legal retromencionado).

Ademais, como se observa diuturnamente nos feitos envolvendo a Lei 11.340/06 que, na maioria das vezes, as ações delitivas são cometidas no seio familiar, há a reconciliação das partes e a manifesta declaração da vítima no sentido de não possuir desejo na persecução penal.

Ainda nos casos com o teor supra, em que há a propositura de ação penal pública incondicionada, não é raro a vítima burlar a instrução penal, muitas vezes, mentindo sobre os fatos em Juízo ou não comparecendo à audiência de instrução e julgamento, ilidindo, dessa forma, a pretensão punitiva estatal.

No entanto, ainda nos casos em que se obtém uma pretensão punitiva aplicada, a maioria dos crimes praticados (artigo 129 § 9º do Código Penal: lesão corporal leve, cuja sanção mínima é de 03 – três – meses; artigo 147 do Código Penal: ameaça, cuja sanção mínima é de 01 – um – mês; artigo 21 do Decreto Lei 3.688/41: vias de fato, cuja sanção mínima é de 15 – quinze – dias) possuem pena ínfima, que podem ser cumpridas, inclusive, em regime aberto, ocasião em que o indivíduo comparece ao fórum mensalmente e sua pena consiste na assinatura de termo de comparecimento e obtenção de visto em sua caderneta de benefício, haja vista a ausência de casa de albergado em boa parte das comarcas.

Posto isso, é questionável se o processo penal tradicional é eficiente o bastante para atender à vontade legislativa, notadamente seu manifesto rigor de cunho inibitório.

Não se desconhece os gravíssimos problemas que afligem a sociedade e, ainda nos dias de hoje, vitimizam incalculáveis números de mulheres vítimas de violência doméstica.

No entanto, para essa hipótese, há a óbice prevista no § 1º, inciso VI do artigo 18, em que se pondera os fatores subjetivos do fato para a celebração do acordo.

A defesa desse particular está no fato de que, mesmo o agente cumprindo as sanções alternativas que lhe serão propostas e, se aceitas, passíveis de cumprimento voluntário, que, diga-se de passagem, possuem inegável caráter ressocializador, não se verifica indícios de impunidade, diferentemente do que ocorre em diversos casos em que há o julgamento de uma lide penal. Ademais, não há a invasão do seio familiar, constringendo as partes a comparecerem em Juízo para, novamente, vivenciarem a lide, quando assim a vítima não deseje.

Reitere-se que, não sendo eficaz a medida ou, tendo o agente dela já se beneficiado, a própria novel resolução traz mecanismos para a não celebração e/ou a não oferta de nova proposta (artigo 18 § 1º, incisos VI e III c.c artigo 76, § 2º, inciso II e III da Lei 9.099/95).

4.6 Acerca da eficiência

Ao se abordar a questão da eficiência, algumas considerações são propícias de comento.

As celebrações de acordo de colaboração premiada, como meio de obtenção de prova, em uma sensível parte dos casos, são mais efetivas que os meios tradicionais de persecução penal.

Em primeiro lugar, essa assertiva deve ser analisada no campo das investigações. Os delatores, diante dos benefícios que podem ser contemplados (inclusive com o não oferecimento de denúncia, desde que preenchidos os requisitos previstos no artigo 4º, § 4º da Lei 12.850/2013, bem como a possibilidade de concessão de perdão judicial – artigo 4º, *caput*, e incisos), disponibilizam elementos de informação que certamente jamais chegariam ao acesso das autoridades persecutórias, em virtude das limitações existentes na Polícia Judiciária e Ministério Público.

De outra banda, deve ser pensada no momento da aplicação da pena: o artigo 4º, *caput*, da Lei 12.850/2013 prevê a possibilidade de o juiz aplicar uma causa de diminuição de pena em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade, ou, até mesmo, substituí-la por restritiva de direitos, desde que preenchidos os requisitos ali descritos, bem como aqueles previstos nos incisos seguintes.

É inegável que a sanção penal oriunda de um acordo de colaboração premiada, ainda que mitigada, como nas hipóteses retro, ainda assim representam o princípio da eficiência, pois, os meios tradicionais de investigação e processuais penais, somada as suas limitações, a significativa morosidade, não são eficientes o necessário para prestar a jurisdição da forma esperada, pois a ação penal tem em seu desfavor o decurso do tempo e, como é sabido, os casos complexos, que envolvem pessoas diversas e, inclusive, detentoras de foro por prerrogativa de função, exemplificativamente, demandam um maior decurso temporal que, não raro,

fulminam-se pela prescrição, ilidindo o *jus puniendi*, ou seja, a sanção penal que seria aplicada na sentença, percorrida pelos meios processuais tradicionais, seria ilidida pela prescrição, notadamente a retroativa, em razão da pena *in concreto*.

Ao se adotar um acordo de colaboração, além de efetivar a sanção penal do colaborador, é meio de prova para a deflagração de outras investigações.

Feitas essas considerações, percebe-se que não é outro o cenário que o acordo de não persecução penal vem propiciar: ao possibilitar ao infrator penal confesso a possibilidade de não se ver processado nos crimes de menor gravidade, nos termos da resolução, desde que cumpridas as condições propostas nos incisos I a V, cumulativamente ou não, que, embora não possam ser consideradas penas, tendo em vista a reserva de jurisdição conferida ao Estado-Juiz, não se ilide o caráter punitivo.

No entanto, descartar-se a possibilidade de celebração de um acordo tal, a fim de que seja submetido o autor da infração penal de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, cuja sanção privativa de liberdade mínima não supere quatro anos ao procedimento tradicional, significa submetê-lo a uma ação penal cuja eficácia é incerta, tanto no âmbito probante, ou seja, se as provas a serem produzidas serão suficientes o bastante para ensejar a condenação, como no âmbito punitivo, ou seja, se a futura e incerta aplicação de pena, efetivamente será cumprida pelo agente, isto é dizer, não será fulminada pena prescrição retroativa, dada a quantidade de pena cominada ao delito.

4.7 Da suposta violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal

Dentre as insurgências adversas ao tema em testilha, há quem entenda que o instrumento de política criminal proposto pelo artigo 18 da Resolução 181/2017 do CNMP viola um dos princípios basilares da ação penal, extraído do artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal.

A melhor doutrina assim explana o princípio da obrigatoriedade da ação penal ou da legalidade:

A ação penal pública é regida pelos seguintes princípios:

[...]

2) Obrigatoriedade ou legalidade: se estiverem presentes elementos suficientes à propositura da ação penal, não há discricionariedade por parte

do Ministério Público, que deverá, obrigatoriamente, oferecer denúncia. Por esse motivo, diz o art. 24, caput, do Código de Processo Penal que "...esta será promovida...". Pela mesma razão, o arquivamento do inquérito policial há de ser necessariamente motivado (CPP, art. 28), dependendo de pedido expresso do *Parquet*, seguido do deferimento, igualmente explícito, da autoridade judiciária (CPP, art. 18, e Súmula 524 do STF). Em outras palavras, não há espaço no sistema processual brasileiro para o arquivamento implícito. Esse princípio é mitigado pela previsão contida no art. 98 ,I, da Constituição Federal, que permite a transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo, cuja regulamentação se deu pelo art. 76, caput, da Lei 9.099/1995 (MASSON, 2011, p. 864-865).

No mesmo sentido e de forma bastante elucidativa, leciona Hugo Nigro

Mazili (2007, s.p):

Não se veja aí, porém, um dever cego e automático de agir: o Ministério Público tem liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente".

Em suma, isso é mera consequência da livre valoração do interesse público pelo *parquet*: o dever de agir do Ministério Público pressupõe essa valoração da existência ou da persistência do interesse público, seja para propor a ação, seja para nela prosseguir, seja para nela intervir. Com efeito, a instituição deve apreciar a justa causa não só para propor, como para prosseguir na ação, ou para nela ser órgão interveniente.

Como bem pontuam as doutrinas sobreditas, o princípio da obrigatoriedade é aplicado no ordenamento jurídico de forma mitigada. Além do exemplo citado, verifica-se a mitigação da referida norma por sua própria essência, quando se leciona que a obrigatoriedade de se deflagrar ação penal está condicionada à existência de elementos suficientes que a justifiquem, ou seja, além de os elementos constitutivos do crime, devem estar presentes ainda as condições da ação penal, dentre elas a justa causa.

Suponha-se, exemplificativamente, uma infração penal apurada por meio de inquérito policial cuja autoria é atribuída a determinado indivíduo. Suponha-se ainda que, ao término das investigações, os elementos informativos até então angariados não sejam suficientes a atribuir àquele investigado a autoria do delito. Aplicando-se o princípio da obrigatoriedade de forma incondicionada, o membro do Ministério Público estaria obrigado a propor a ação penal, ainda que frágeis os elementos de convicção à *opinio delicti* e, mesmo ciente de que em Juízo estes elementos probantes tendem a se enfraquecer, para que, ao final do processo, o acusado fosse absolvido por insuficiência probatória.

Obviamente o raciocínio supra não prospera, de modo que a ação penal só pode ser deflagrada quando os elementos de convicção sejam suficientes à demonstração da existência do crime e sua possível autoria.

Conveniente também se faz mencionar o que Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 41) discorre sobre o tema:

Ora, jogar os casos penais para dormitarem nos escaninhos das Varas Criminais do país, abarrotadas de processos (em sua esmagadora maioria, de baixa e média complexidade), isso sim é uma violação ao mandado da obrigatoriedade. Isso sim é o violar o dever do Estado de dar uma resposta adequada e suficiente aos delitos que ocorrem no meio social.

Nestes termos, irretocável a pontuação do autor sobredito no que tange à afirmação de que a violação ao princípio da obrigatoriedade consistiria no não cumprimento do dever do Estado em dar uma resposta jurídico-penal aos delitos corriqueiros, motivando a ideia de que os delitos que abalam a sociedade de forma mais significativa são os que carecem de uma maior atuação Estatal e que, obviamente, não serão objetos de acordo de não persecução. Por outro lado, os delitos cujo impacto social não é de intensidade idônea a ensejar uma repressão estatal mais contundente, podem e devem ser solucionados de formas alternativas, a critério do titular da demanda penal pública.

Entendimento diverso não justificaria os institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e não oferecimento de denúncia em razão da celebração de acordo de colaboração premiada, conforme rememoram Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc (2017, p. 79).

Superado isto, passa-se à análise acerca da legitimidade do Ministério Público em propor acordos de não persecução.

A Constituição atribui ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública (artigo 129, inciso I).

Como detentor de tal condição, a este órgão incumbe a análise das situações em que a persecução penal é conveniente ou se de acordo com o caso em concreto uma medida consensual entre as partes é a solução mais adequada.

Nesse sentido, leciona Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 38):

A realização de opções político-criminais passa necessariamente pela realização de uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Ministério Público.

É precisamente com base no poder dever do Ministério Público de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentadamente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal pública (“Anklagemonopol”), é que se pode extrair essa possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal.

Ademais, o instituto por ter natureza jurídica extraprocessual, visto que é celebrado em substituição à ação penal, pode ser objeto de regulamentação por outras normas jurídicas, e não apenas por lei em sentido estrito, como ocorre com as normas de direito processual em decorrência de mandamento constitucional (artigo 22, inciso I da Constituição Federal).

É o que se verifica, por exemplo, com a audiência de custódia, que foi objeto de regulamentação por resolução do Conselho Nacional de Justiça (bem como Provimento Conjunto do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo – 03/2015).

Posto isto, é inegável a conclusão de que a aplicação do princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública ocorre de forma mitigada no ordenamento pátrio, razão pela qual o trabalho ministerial e judicial é viabilizado. Por esse motivo, cabe ao titular da ação penal aferir a conveniência da deflagração ou não desta, propondo, nos casos recomendados, medidas consensuais, inclusive o acordo de não persecução nos termos da resolução que o inova.

4.8 Vantagens da celebração do acordo de não persecução

Como acordo, a característica principal que pode ser verificada neste ajuste de vontades é a abstenção, de ambas as partes, no que diz respeito a deveres ou direitos que lhe são inerentes. No caso, a acusação abre mão da ação penal da qual é titular e o investigado do ônus de ser submetido a um formal processo penal.

Na sentença, obviamente, a pretensão de uma das partes será acolhida em desfavor da outra, no entanto, nos casos em que os fatos estão flagrantemente descortinados em desfavor do acusado e, tendo este concordado em confessá-los, não se vê razão idônea que justifique a não adoção de um procedimento mais célere, através da antecipação do encerramento da lide e que a ambas as partes beneficia, para que, obrigatoriamente, seja submetido ao procedimento processual penal clássico, em que se corre o risco de, em alguns casos, toda a formalidade que lhe é inerente, de nada valer, como é o caso da ocorrência da prescrição da pretensão

punitiva estatal ou enfraquecimento ou não enrobustecimento das provas, o que enseja, em simples palavras, um desserviço ao Judiciário e à justiça em um todo.

Verifica-se também vantagem na inegável redução do custo financeiro a ser suportado pela sociedade com a celebração de acordos tais, que em demasia é onerada com a tramitação de processos criminais, mormente porque a maioria dos feitos tem por réus pessoas pobres que não poderão arcar com as despesas do processo.

Outro ponto em que se vê benefício, especialmente pela ótica do investigado, diz respeito à ciência imediata do resultado da lide e que, uma vez cumprido o acordo, a consequência trazida pela norma é o imediato arquivamento do procedimento (§ 11 do artigo 18), obviamente submetido à fiscalização judicial.

Jamil Chaim Alves (2017, p. 207), assim sintetiza os argumentos acima expostos, quando discorre sobre as vantagens da *plea bargaining*:

Vantagens:

- a) para o acusado – recebimento de uma sanção mitigada e previamente conhecida, o que é benéfico especialmente nos casos em que se vislumbra grande probabilidade de condenação; abreviação do processo, reduzindo o custo financeiro e emocional do julgamento.
- b) para a acusação – certeza de que o réu não ficará impune, pois receberá algum tipo de sanção; redução da sobrecarga de trabalho, permitindo atuar com mais eficiência em casos de maior necessidade;
- c) para o Estado e para a sociedade – economia de recursos e aumento de eficiência na prestação jurisdicional, pois as audiências de instrução exigem a alocação de juízes, promotores, defensores públicos, oficiais de justiça e serventuários em geral, além de policiais, que poderiam estar se dedicando a outros casos.

Superado isso, não se pode ignorar a atual situação carcerária nacional. O abarrotamento das penitenciárias é um dos assuntos de significativa preocupação política e social, visto que o cometimento de ilícitos e os decretos de prisões não são compatíveis com a possibilidade de segregação das respectivas pessoas. Somado a isso, tem-se a questão de que esta superpopulação, quando em choque, estimula a fuga de seus detentos, o que coloca também em risco a paz e a segurança social.

De outra banda, como já salientado, tem-se o Poder Judiciário submerso a demandas infundas e invencíveis, visto que o número de feitos oriundos da deflagração de ações penais também não são compatíveis com o número de servidores e estrutura dos tribunais.

Diante desse quadro, não se pode repelir de forma irrefletida um instituto que prevê contribuição, ainda que paulatina, às precariedades sobreditas, mormente porque o legislador pátrio já o positivou nos anteprojetos dos Códigos Penal e Processual Penal (artigo 283 deste - Projeto de Lei n. 8.045/2010 e artigo 105 daquele Projeto de Lei n. 236/2012), com extensão muito maior do que a ora inovada.

Veja-se o que dispõe os respectivos artigos:

Art. 283. Até o início da instrução e da audiência a que se refere o art. 276, cumpridas as disposições do rito ordinário, o Ministério Público e o acusado, por seu defensor, poderão requerer a aplicação imediata de pena nos crimes cuja sanção máxima cominada não ultrapasse 8 (oito) anos.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º e 3º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do disposto no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional prevista no art. 77 do mesmo Código.

§ 3º Mediante requerimento das partes, a pena aplicada conforme o procedimento sumário poderá ser, ainda, diminuída em até 1/3 (um terço) do mínimo previsto na cominação legal, se as condições pessoais do agente e a menor gravidade das consequências do crime o indicarem.

§ 4º Não se aplica o disposto no § 3º deste artigo se incidir no caso concreto, ressalvada a hipótese de crime tentado, outra causa de diminuição da pena, que será expressamente indicada no acordo.

§ 5º Se houver cominação cumulativa de pena de multa, esta também será aplicada no mínimo legal, devendo o valor constar do acordo.

§ 6º O acusado ficará isento das despesas e custas processuais.

§ 7º Na homologação do acordo e para fins de aplicação da pena na forma do procedimento sumário, o juiz observará o cumprimento formal dos requisitos previstos neste artigo.

§ 8º Para todos os efeitos, a homologação do acordo é considerada sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório.

Art. 105. Recebida definitivamente a denúncia ou a queixa, o advogado ou defensor público, de um lado, e o órgão do Ministério Público ou querelante responsável pela causa, de outro, no exercício da autonomia das suas vontades, poderão celebrar acordo para a aplicação imediata das penas, antes da audiência de instrução e julgamento.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o caput deste artigo:

I – a confissão, total ou parcial, em relação aos fatos imputados na peça acusatória;

II – o requerimento de que a pena de prisão seja aplicada no mínimo previsto na cominação legal, independentemente da eventual incidência de

circunstâncias agravantes ou causas de aumento da pena, e sem prejuízo do disposto nos §§ 2º a 4º deste artigo;

III – a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção das provas por elas indicadas.

§ 2º Aplicar-se-á, quando couber, a substituição da pena de prisão, nos termos do disposto no art. 61 deste Código.

§ 3º Fica vedado o regime inicial fechado.

§ 4º Mediante requerimento das partes, a pena prevista no § 1º poderá ser diminuída em até um terço do mínimo previsto na cominação legal.

Como se pode perceber Projeto de Lei n. 8.045/2010 estabelece a previsão de celebração de acordo para delitos cuja pena não exceda oito anos, ao passo que o Projeto de Lei n. 236/2012 não estabelece qualquer limitação no que tange à pena.

Por todo o exposto, infere-se que a evolução e as vantagens trazidas pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público supera, diga-se de passagem, os óbices meramente formais daqueles que advogam em sentido contrário, justificando-se a ausência de norma legal. O sistema penal vigente necessita, há muito, de um aprimoramento, de modo que tais vantagens e apontamentos, bem como outros aqui não discorridos, mas que podem ser facilmente percebidos, se ignorados, tem a potencialidade de comprometer significativamente e ainda mais o sistema judiciário e os demais órgãos jurisdicionais.

4.9 Alterações quanto à imprescindibilidade de defensor e a possibilidade do controle judicial

Como já discorrido, o acordo de não persecução penal é o instrumento de política criminal celebrado entre o Ministério Público e o autor confesso de delito cuja sanção mínima seja inferior a quatro anos em que se propõe uma ou algumas medidas consensuais ao invés de se progredir com a persecução.

Obviamente, durante a celebração do acordo o investigado deverá estar acompanhado de seu defensor, tal como ocorre no acordo de colaboração premiada, previsto no artigo 4º, § 15 da Lei 12.850/2013.³

³ § 15. Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.

No entanto, esta circunstância não estava expressamente prevista no dispositivo original regulamentador do instituto, que assim dispunha em seu parágrafo terceiro: “§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deverão ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações”.

Com o advento das alterações promovidas pela Resolução 183/2018, o mencionado dispositivo assim passou a assim vigorar:

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) (grifo nosso).

A previsão normativa não poderia ser outra porque o investigado, ao confessar os fatos cometidos, está produzindo elemento informativo contra si. Ademais, a presença do defensor se faz necessária também para a verificação da razoabilidade das condições a serem propostas no acordo e, inclusive, a viabilidade da celebração do próprio acordo, pois pode ser o caso de a ação penal ser mais conveniente ao réu, por exemplo, por entender ser mais conveniente ser absolvido.

Apenas a título de esclarecimento, a confissão nesta fase extraprocessual deve ser entendida como passível de retratação, tal como ocorre na Lei de Colaboração Premiada, não podendo, inclusive, ser utilizada em desfavor do confesso, tampouco a condenação nela se lastrear, haja vista ter sido colhida em sede inquisitiva, sem o manto do contraditório e ampla defesa, como se extrai do texto normativo disposto no artigo 155 do Código de Processo Penal.

No que se refere à segunda parte do tópico em testilha, cumpre observar que a previsão do controle judicial no acordo de não persecução também não estava prevista no artigo 18 da resolução originária, que se exauria em oito parágrafos.

Com a redação atual, o tema passa a ser regulamentado da seguinte forma:

§ 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-

geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018)

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018)

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018)

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018)

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. (Redação dada pela Resolução n° 183, de 24 de janeiro de 2018).

O dispositivo guarda semelhança com o que está positivado no artigo 28 do Código de Processo Penal, de onde se extrai a possibilidade do controle judicial sobre a promoção de arquivamento do inquérito policial pelo Ministério Público.

De igual forma procede a possibilidade de controle sobre o acordo de não persecução: o juiz deverá verificar se plausível a celebração do ato e, em caso negativo, determinará a remessa do feito ao Procurador Geral (de Justiça ou da República, ou quem suas vezes o fizer) que poderá tomar uma das providências descritas nos incisos supra descritos.

De forma bastante prudente a inserção dos mencionados parágrafos foi positivada, uma vez que, com a redação original da resolução, especialmente o que previa o § 8º do artigo 18, certamente dar-se-ia azo à possibilidade do controle exclusivamente judicial sobre tais acordos ser infirmada.

4.10 O acordo de não persecução penal não ilide a ação penal

Normatiza o § 9º do artigo 18 da Resolução 181/2017, com a nova redação:

§ 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

Dessa forma, são rechaçados os argumentos de que o acordo chancela uma suposta impunidade ou que, segundo alguns, priva direitos e garantias fundamentais ao acusado.

Tal como ocorre com a transação penal, que em caso de descumprimento do acordo, é garantido ao Ministério Público a propositura de ação penal, entendimento esse consubstanciado na Súmula Vinculante 35, o não cumprimento de quaisquer das condições estipuladas é sinônimo da ineficácia da barganha, o que autoriza o prosseguimento do feito.

Ante o exposto, mostra-se equivocado asseverar que eventual ação penal estará prejudicada, isto porque o dispositivo em comento utiliza a expressão “deverá”, ao indicar comando normativo ao membro do Ministério Público diante da situação prevista no § 9º.

Obviamente que a expressão “ se for o caso” ali prevista se mostra superada, visto que um dos requisitos para a propositura do acordo é não ser caso de arquivamento do procedimento investigatório.

4.11 Acordo de não persecução e ação penal de iniciativa privada

Até o presente momento, não se levantaram discussões insurgentes a esse respeito, no entanto, por tratar-se de hipótese cabível, convém tecer-se breves comentários.

Em primeiro lugar deve ser analisada a viabilidade do acordo em tais hipóteses e, assim admitida, a legitimidade para propô-lo.

A celeridade e eficiência, em suma, são os grandes objetivos almejados pelo instituto.

Nas ações penais cuja iniciativa é privada, percebe-se que o número de hipóteses é significativamente inferior quando comparados aos de iniciativa pública, motivo pelo qual não se pode afirmar que o particular teria o encargo de suportar as onerosidades decorrentes do grande número de feitos e do tempo de que eles dependem.

No entanto, analisando o sistema judiciário como um todo, essas hipóteses, que, como já dito, são pequenas, somadas ao grande número de ações penais públicas, transformam-se em números ainda mais significativos, o que justifica a celebração do acordo, desde que conveniente ao seu titular que, neste caso, é o ofendido.

No entanto, é cediço que o sistema penal não pode funcionar como uma forma de vingança, motivo pelo qual se parece adequado que, uma vez sendo do interesse do ofendido ofertar ao investigado acordo de não persecução penal, deve ele submeter a formulação das condições ao Ministério Público.

Esse entendimento encontra lógica no que se pode extrair do Enunciado Criminal 112 do Fonaje, cuja redação assim dispõe: “Na ação penal de iniciativa privada, cabem transação penal e a suspensão condicional do processo, mediante proposta do Ministério Público (XXVII Encontro – Palmas/TO)”.

Dessa forma, entende-se que, se nos casos dos benefícios previstos na Lei 9.099/95 as propostas de transação penal e sursis processual podem ser incumbidas ao Ministério Público, não há razão para ser o raciocínio diverso no acordo de não persecução penal.

No entanto, ainda que o entendimento supraexposto prospere, é inegável que padece de curta duração.

Os artigos 45 a 51 do Projeto do Novo Código de Processo Penal (PL 8045/2010), ao tratar da ação penal, extinguiram a ação penal privada, ressalvada unicamente a hipótese da modalidade subsidiária.

Dessa forma, num cenário em que não há mais ações penais de iniciativa do ofendido, não há falar em titularidade para oferecimento de acordo de não persecução penal.

5 A CONSTITUCIONALIDADE DO ARTIGO 18 DA RESOLUÇÃO 181/2017, COM AS ALTERAÇÕES DADAS PELA RESOLUÇÃO 183/2018

Uma das maiores polêmicas que circundam a resolução em comento está ligado à constitucionalidade, no sentido de que o ato normativo usurparia a competência legislativa.

A esse respeito, convém observar que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal duas Ações Diretas de Constitucionalidade, uma delas proposta pelo Conselho Federal da OAB (ADI 5.793) e a outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI 5.790) que, em síntese, questionam a possibilidade de o referido ato normativo regular, por meio de resolução, o teor do novel instituto.

De proêmio convém apontar que a propositura das Ações Diretas ocorreram sob a égide da Resolução 181/2017, sem que houvesse as alterações promovidas pela 183/2018. Nessa época, não havia a limitação objetiva da celebração do acordo de não persecução aos crimes cuja pena fosse inferior a quatro anos. Talvez por este motivo, a insurgência tenha se mostrado desde logo.

Antes de se adentrar na aferição da constitucionalidade do dispositivo, é importante ter em mente os conceitos de caráter normativo primário e derivado da norma, muito bem comentado por Roberto Wagner Lima Nogueira (2006, s.p), ao analisar a ADC 12 MC/DF, nos termos do entendimento do Ministro Relator Carlos Ayres Brito:

Para o ministro Ayres Britto, o Estado-legislador é detentor de duas caracterizadas vontades-normativas: uma primária e outra derivada. A primária é assim designada por buscar o seu fundamento de validade diretamente no texto constitucional, sem interposta espécie legislativa outra. Logo, podendo inovar no ordenamento jurídico como força primária que é (grifo nosso).

Já a vontade secundária é assim chamada pelo fato de buscar o seu fundamento de validade em norma intercalar infraconstitucional, ou seja, em outra espécie legislativa já editada, por isso chamada de instrumento secundário que não pode inovar no ordenamento jurídico pátrio.

Segundo os ensinamentos do ministro Ayres Britto, são exemplos de atos normativos primários, estruturados a partir da linguagem do texto Constitucional: resoluções do Senado Federal (art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, alíneas a e b, todos da Constituição Federal); medidas provisórias (art. 62 da Constituição Federal); decreto — regulamento autônomo — (art. 84, VI, a da Constituição Federal); resolução do Conselho Nacional de Justiça (art. 103-B, II da Constituição Federal); regimento internos dos tribunais (art. 96, I, alínea a da Constituição Federal). Neste último ponto, o ministro Ayres Britto destacou uma peculiaridade: estes regimentos internos possuem natureza dúbia, porquanto podem ter natureza de atos primários, quando

dispõem sobre competência e funcionamento dos órgãos jurisdicionais e administrativos de cada qual deles (tribunais); e de atos secundários, quando dispuserem sobre o dever de observância das normas de processo e das garantias processuais das partes.

Dessa forma, pelo exposto, as resoluções do Conselho Nacional de Justiça ostentam caráter normativo primário, ou seja, atos de comando abstrato (recomendações) que orientam as atividades de seus membros.

Importante rememorar que o Conselho Nacional de Justiça e o Conselho Nacional do Ministério Público foram criados com a Emenda Constitucional 45/2004 e, em síntese, se incumbem do controle da atuação administrativa e financeira do Judiciário e do Ministério Público, respectivamente, como semelhanças bastantes peculiares, guardadas, obviamente, as devidas ressalvas.

Nesse sentido, convém rememorar o que dispõe o artigo 130-A § 2º, inciso I da Constituição Federal, no sentido de que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público: “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. ”

No julgamento do MS 27621, O Supremo Tribunal Federal entendeu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça (entendimento que também se aplica às resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público, ante o que se expôs acima):

II - No exercício de suas atribuições administrativas, encontra-se o poder de “expedir atos regulamentares”. Esses, por sua vez, são atos de comando abstrato que dirigem aos seus destinatários comandos e obrigações, desde que inseridos na esfera de competência do órgão.

A esse particular, elucida Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2017, p. 31):

Assim, é correto afirmar que, de acordo com estável jurisprudência do Plenário do Supremo Tribunal Federal, o Conselho Nacional do Ministério Público pode expedir regulamentos autônomos, desde que destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais.

Na espécie, é possível afirmar que a Resolução 181/2017 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput), da proporcionalidade (CF, artigo 5 LIV), da celeridade (CF, artigo 5º LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI).

[...]

Como se pode ver, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada mais fez do que

empresar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada.

Como se infere, o caráter normativo primário da resolução que institui o acordo de não persecução penal permite que os membros do Ministério Público celebrem tais negócios jurídicos pois a referida resolução visa externar os princípios constitucionais supracitados, notadamente os da eficiência e celeridade.

Ainda sobre esse particular que repousa sobre a constitucionalidade da resolução em comento, é mister discorrer a respeito das Ações Diretas de Inconstitucionalidade supracitadas.

No que se refere à ADI 5.793, proposta pelo Conselho Federal da OAB, em síntese, pode se resumir o teor da pretensão do controle de constitucionalidade contido na aludida Ação Direta em quatro argumentos, sendo eles:

O primeiro: A celebração do acordo de não persecução penal viola o princípio da indisponibilidade da ação penal:

Nos termos delimitados, cabe ao Ministério Público avaliar a admissibilidade de celebração de acordo com o fito de impedir a instauração de persecução penal nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o agente confesse a prática do crime e se submeta às restrições/sanções impostas pelo órgão.

Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal. Tais hipóteses devem estar disciplinadas em lei, conforme determinação do constituinte originário (grifo nosso):

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

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

A propositura da ação penal é prerrogativa institucional do Ministério Público não podendo dela dispor ou renunciá-la sem que haja previsão legislativa.

Dessa forma, a resolução violou o princípio da reserva legal, no qual “uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (...), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas”.

De proêmio, convém observar que o verdadeiro princípio aludido na frase em destaque seria o da obrigatoriedade, e não o da indisponibilidade, visto que esse pressupõe a ação penal já iniciada.

Pois bem, considerando que o princípio a qual os subscritores da ADI pretendiam se referir seja o da obrigatoriedade, como já exaustivamente discorrido, esta premissa não se sustenta como verdadeira, notadamente em razão da

mitigação do princípio da obrigatoriedade, e em atenção ao princípio da discricionariedade regrada.

O segundo: A resolução do CNMP viola a competência da União para Legislar sobre processo penal:

Tem-se que a resolução questionada, a pretexto de regulamentar sobre instauração e regras procedimentais de investigação criminal, extrapolou seu poder regulamentar (art. 130-A, §2, I, da CF) inovando no ordenamento jurídico. Isso porque, além de competir privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal (art. 22, I, da CF), a norma questionada permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal e adentrar em estabelecimentos para vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências sem o crivo do Poder Judiciário, em completa violação ao texto constitucional (grifo nosso).

De proêmio, é importante saber qual o termo inicial da ação penal.

Em que pese entendimentos em contrário, o entendimento do Supremo Tribunal Federal (RHC 89721/RO DJ 16-02-2007) e Superior Tribunal de Justiça (HC 9843/MT DJ 17.04.2000) é no sentido de que este se dá com o recebimento da peça acusatória.

Esse entendimento se parece o mais convincente, visto que é a partir daí que os atos processuais, regulados pelo Código de Processo Penal e legislação extravagante, serão praticados.

Como já exposto, o acordo de não persecução penal se refere a uma fase extraprocessual, ou seja, sequer há denúncia ainda, tampouco recebimento dessa, motivo pelo qual não há falar em ação penal já iniciada.

Logo, se ainda não há ação penal iniciada, não há usurpação da competência da União para legislar sobre processo (artigo 22, inciso I, da Constituição Federal), visto que a novel norma jurídica não visa a regulamentação de atos processuais.

O terceiro: A ausência de homologação judicial viola prerrogativas constitucionais:

Nesses termos, é essencial a apreciação do acordo pelo juiz, o qual irá aferir quanto ao preenchimento dos requisitos entabulados, impedindo que o ofensor cumpra um acordo que não terá eficácia jurídica em razão de vícios insanáveis. O tratamento dispensado pela Resolução à matéria, impede a apreciação de questões que são de competência jurisdicional exclusiva, quais sejam: aferição de excludente de ilicitude, excludente de culpabilidade, extinção de punibilidade e atipicidade. Contudo, a ausência de homologação do acordo, acarretará a verificação tardia de tais hipóteses,

pois o ato somente é submetido ao julgador no momento do arquivamento, fase em que o colaborador já terá se submetido às sanções impostas.

Desde logo é importante rememorar que não se trata de imposição de sanção, mas de um acordo que, pela própria natureza jurídica, é passível de aceitação ou não pelas partes, de modo que não há falar em condições impostas, mas sim em condições propostas.

Posto isso, outro ponto que se deve observar é que essa questão se encontra superada com o advento das alterações promovidas pela Resolução 183/2018 que expressamente prevê a homologação judicial logo após a celebração do acordo, nos exatos termos dos §§ 4º, 5º e 6º da Resolução 181/2017 com a atual redação.

Veja-se, uma vez realizado o acordo, será ele remetido à apreciação judicial que, não se opondo, restituirá os autos ao Ministério Público para implementação e, em caso de discordância, remeterá os autos para apreciação do Procurador Geral.

O quarto: É impossível a imposição de pena/sanção por meio de acordo de não persecução penal:

Em tais casos, o colaborador terá se submetido à uma indevida restrição em sua liberdade e em seus bens sem gozar dos benefícios decorrentes do pacto. Trata-se de medida que reveste o ato de insegurança, impossibilitando que o Ministério Público garanta ao pactuante a efetivação dos privilégios avençados.

Acrescenta-se que, a imposição de sanções de restrição de liberdade ou de bens, sem a observância do devido processo legal, viola diametralmente o art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, reafirmando a inconstitucionalidade do ato impugnado.

Como já salientado, não se trata aqui de uma imposição, visto que a celebração do acordo não é um dever do agente, mas um direito que, em muito, lhe beneficia.

Dessa forma, é equivocado afirmar que o Ministério Público estaria, de antemão, antecipando parte da pena que poderia ser imposta ao agente, uma vez que não há privação da faculdade de o autor do crime recusar a celebração do acordo para se submeter à persecução penal.

Tampo há que se falar em violação do devido processo penal, visto que sequer há ação penal iniciada e, conseqüentemente, acusação formal.

No que se refere à ADI 5.790, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, em síntese, assim constam os tópicos que sustentam a inconstitucionalidade do acordo de não persecução:

Com efeito, o “acordo de não persecução penal”:

1. Viola o inciso XXV ao excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão de direitos do acusado, porque o MP estará impondo sanções de forma exclusiva em procedimento próprio com a “exclusão” do Poder Judiciário.
2. Viola o inciso LIII porque os acusados estarão sendo processados e sentenciados por autoridade incompetente, na medida em que as restrições à liberdade ou aos bens estarão sendo imposta por membro do MP e não pelo Poder Judiciário.
3. Viola o inciso LIV porque os acusados estarão sendo privados da liberdade ou de seus bens, sem observância do devido processo legal.
4. Viola o inciso LV, porque não estará sendo dado aos acusados o contraditório e a ampla defesa, porque o procedimento tramitará no órgão acusador, parcial por excelência, e não no Poder Judiciário.
5. Viola o inciso LVI porque a imposição de confissão para obter o benefício, fora das hipóteses legais, configura obtenção de prova por meio do MP de forma ilícita.
6. Viola o inciso LXI porque uma das hipóteses de sanção pressupõe restrição de liberdade, o que vem a ser uma modalidade de prisão, imposta pelo MP e não pelo Poder Judiciário.
7. Viola o inciso LXV porque diante da imposição de sanção que pressupõe restrição da liberdade, não estará sendo comunicada a autoridade judiciária.

Façamos uma análise de cada um dos tópicos supramencionados:

O argumento exposto no tópico 01 não merece prosperar, uma vez que se mostra aparentemente infundado.

Não há exclusão da apreciação do fato do Poder Judiciário. Como já dito anteriormente, trata-se de uma avença que, pela própria natureza, pode ser celebrada ou rejeitada de acordo com a vontade das partes.

Isto é dizer, tratando-se de delitos com maiores consequências, cuja celebração do acordo não seja recomendada, o Ministério Público proporá denúncia perante o órgão jurisdicional competente.

De mesma forma, sendo mais conveniente para o investigado demonstrar sua inocência no interior de um processo penal, não precisará de maiores delongas para, de pronto, rejeitá-lo.

Dessa forma, não há falar em lesão aos direitos do acusado em razão de imposição de sanção pelo Ministério Público, visto que o instituto é opcional e, inclusive, celebrado na presença de advogado, nos exatos termos do § 3º do artigo 18.

A assertiva contida no tópico 02 também se mostra indubitavelmente equivocada.

Não há ação penal em curso, motivo pelo qual os agentes não estarão sendo processados durante a celebração do acordo. De igual modo, não estarão sendo sentenciados, visto que sequer há pretensão punitiva sujeita à apreciação.

Por derradeiro, não há imposição de qualquer sanção pelo membro do Ministério Público, mas sim, uma negociação em que propostas de sanções alternativas serão oferecidas e, como já exaustivamente colocado, podem ser recusadas pelo agente.

O teor da tese colocada no tópico 03 pode ser refutado pelas explicações sobreditas.

Não há fundamentos para acolhimento da assertiva contida no tópico 04, uma vez que, em sede inquisitiva, não se há falar em contraditório ou ampla defesa, visto que, nesta fase, não há acusação formal.

Nas palavras de Fernando Capez (2010, p. 117), ao abordar as características do inquérito policial, dentre elas, pontua que: “É secreto e escrito, e não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa, pois, se não há acusação, não se fala em defesa”.

Quanto ao tópico 05, importante lembrar que na fase extraprocessual não se reúnem provas (que só podem ser colhidas no âmbito judicial), mas sim elementos informativos que, por assim serem, em eventual ação penal a ser proposta, deverão ser confirmados sob o crivo judicial, nos termos de o que normatiza o artigo 155 do Código de Processo Penal. Em razão disso, não há que se cogitar em prova ilícita.

O teor dos tópicos 06 e 07 já fora exaustivamente trabalhado.

Como se expôs até então, as alegações que sustentam a inconstitucionalidade do dispositivo em questão se mostram frágeis e insustentáveis, motivo pelo qual é extremo elencar como inconstitucional determinado dispositivo legal unicamente por não possuir ele status de lei, quando não se exige essa formalidade.

A esse respeito, impera o conceito de que as resoluções do CNMP ostentam caráter normativo primário.

Nessa esteira, convém rememorar que o Supremo Tribunal Federal, por meio da ADC n. 12, em 2006, declarou constitucional a Resolução n. 07 do CNJ, que regulamentava a questão do nepotismo, ainda que ausente norma legal, uma vez que esse fator não pode ser considerado como óbice à aplicação dos princípios constitucionais.

Veja-se, nas palavras do Ministro Carlos Aiyres Brito (2006, s.p):

A Resolução nº 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade.

E Menezes Direito (2006, s.p):

Duas são as questões que a meu ver, simplificada, devem ser enfrentadas nesta ação. A primeira diz com a competência do Conselho Nacional de Justiça de editar uma resolução sobre este tema. E, neste ponto, ao meu sentir, está embutida a questão relativa ao poder do Conselho se admitirmos que esta matéria é reservada a uma lei formalmente emanada, portanto, do Poder Legislativo. Mas eu tenho entendido, e creio que essa é a convergência do Supremo Tribunal Federal, que esses princípios que estão insculpidos no caput do artigo 37 da Constituição Federal têm uma eficácia própria, eles são dotados de uma força própria, que podem ser imediatamente aplicados. E eu diria até mais: sem um retorno às origens técnicas da diferenciação entre o princípio e a norma, que hoje, na perspectiva da Suprema Corte, esses princípios revestem-se da mesma força, tanto isso que, em precedente recentíssimo que julgamos aqui neste Pleno, nós aplicamos um desses princípios com a força efetiva de uma norma constitucional, e, portanto, esse princípio pode, sim, ser aplicado diretamente, independentemente da existência de uma lei formal (grifo nosso).

Ante todo o exposto, inexistindo qualquer violação constitucional no que se refere ao dispositivo em comento, pode-se, inclusive, trata-lo como um direito fundamental do agente, haja vista lhe ser indubitavelmente favorável, consagrando seu *status libertatis*, como se pode extrair do artigo 5º § 2º da Constituição da República.

6 CONCLUSÃO

Procurou-se com o presente descrito explicar de forma breve e sucinta o instituto a qual se denominou “Acordo de Não persecução Penal”, normatizado pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com apontamentos a respeito da origem estrangeira que lhe inspira, bem como as hipóteses em que o acordo é cabível.

Ao titular da ação penal pública é conferida a análise da viabilidade de sua propositura ou de celebração de uma medida alternativa, como o presente instituto, ao passo que essa celebração não viola quaisquer princípios a ela inerentes, visto que o princípio da obrigatoriedade não deve ser entendido como uma desenfreada necessidade de propositura de demandas que, de antemão, estão fadas ao insucesso ou podem ser resolvidas de forma mais eficaz.

Observou-se a importância que o instituto sugere para o sistema processual brasileiro, que se caracteriza por ser eminentemente formal, indo muitas vezes de encontro com o que pretende a pretensão acusatória. Diante desse quadro o acordo de não persecução vem como uma forma de possibilitar uma resposta imediata aos delitos de menor impacto social, beneficiando, além das partes envolvidas no processo, a sociedade como um todo.

A sensação de impunidade inculcada na sociedade também é um dos objetivos que o acordo de não persecução visa abrandar, uma vez que, tendo o autor da infração penal uma sanção, ainda que alternativa, imediata à prática do delito, pode-se aferir que é despertado na sociedade um sentimento inibitório que, diga-se de passagem, é uma das funções da pena, embora não se trate o acordo de não persecução de imposição de pena.

Ao titular da ação penal, como delineado, incumbe a verificação do binômio necessidade e adequação para a celebração de uma medida consensual como a ora incentivada, de modo que a ele incumbe a análise da conveniência da pactuação, ou seja, a conveniência de mitigar, no caso concreto, a obrigatoriedade da ação penal.

As hipóteses de celebração do acordo em testilha, como visto, notadamente por ser um aprimoramento paulatino, são expressivamente limitadas, uma vez que o limite imposto às infrações cuja pena mínima seja inferior a quatro

anos, excluídas a que forem possíveis de celebração de transação penal, de modo que os crimes de maior gravidade e de maior impacto social continuarão se submetendo ao clássico procedimento penal legalmente positivado.

A busca pelos princípios constitucionais, notadamente os da eficiência e celeridade (artigos 37 e 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal) justificam a edição da norma que aqui se abordou, na medida em que, sendo de caráter normativo primário, é possuidora de aptidão para tal regulamentação.

Extraiu-se, ainda, algumas das vantagens inerentes à aplicação do novel instituto, que vislumbram um horizonte promissor no que se refere não somente ao processo penal pátrio, mas também ao sistema carcerário e na atuação do próprio Poder Judiciário e Ministério Público que, com a centralização de suas atividades nos casos de maiores complexidades e de maior gravidade e, conseqüentemente, que exigem um maior atuar repressivo Estatal, poderão, efetivamente, concretizar o que a Constituição espera da justiça penal, ilidindo-se, inclusive, na medida do possível, a impunidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e *plea bargaining*. In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

BRASIL. **Projeto de Lei 236/2012. Código Penal**. Congresso Nacional. 2012. Brasília-DF. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3515262&disposition=inline>>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. **Projeto de Lei 8.045/2010. Código de Processo Penal**. Congresso Nacional. 2010. Brasília-DF. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=EF019FEB5916B07D50FD0E32B5B20FCD.proposicoesWebExterno1?codteor=1638152&filenome=PL+8045/2010>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Penal e Processual Penal**. Ação Penal nº 634 - RJ (2010/0084218-7). Relator: Ministro Felix Fischer. Brasília-DF 21 mar. 2012. Superior Tribunal de Justiça. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=20925318&num_registro=201000842187&data=20120403&tipo=91&formato=PDF> Acesso em 30 out. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Penal e Processual Penal**. HC 9843/MT DJ 17.04.2000. Relator: Ministro Fernando Gonçalves - DF 21 mar. 2000. 6ª Turma. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/358735/habeas-corpus-hc-9843-mt-1999-0053837-4/inteiro-teor-100250785?ref=juris-tabs>> Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Transação Penal homologada em audiência realizada sem a presença do Ministério Público**: Nulidade: Violação ao artigo 129, I, da Constituição Federal. Recurso Extraordinário n. 468.161. 1ª Turma. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília-DF 14 mar. 2016. Supremo Tribunal Federal. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=368532>>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Violência doméstica – artigo 41 da lei nº 11.340/06 – alcance**. O preceito do artigo 41 da Lei nº 11.340/06 alcança toda e qualquer prática delituosa contra a mulher, até mesmo quando consubstancia contravenção penal, como é a relativa a vias de fato. H.C n. 106.212. Plenário.

Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília-DF 24 mar. 2011. Supremo Tribunal Federal. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1231117>>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **RHC 89.721-5/RO**. Brasília-DF 18 dez. 2006. Primeira Turma. Relatora: Ministra Carmem Lúcia. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=406374>>. Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação declaratória de Constitucionalidade n. 12/DF**. Relator Ministro Carlos Brito. Brasília-DF 20 ago. 2008. Plenário. Supremo Tribunal Federal. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=606840>> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5790/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>> Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5793/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>> Acesso em 30 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **MS 27.621/DF**. Relatora Ministra Carmem Lúcia. Brasília-DF 07 dez. 2011. Plenário. Supremo Tribunal Federal. Consulta de Jurisprudências. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1983588>> Acesso em: 30 out. 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queiros. Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. **Custos Legis. Revista eletrônica do Ministério Público Federal**. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campo_s_Plea_Bargaining.pdf> Acesso em 30 out.2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17 ed. São Paulo. Saraiva, 2010.

CNMP. Resolução 181 de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Diário Eletrônico do CNMP**. Caderno Processual. Brasília- DF 08 set. 2017. Categoria: Resoluções. Páginas 06-13. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/ED.169_-6.9.2017.pdf>. Acesso em: 30 out. 2018.

_____. Resolução 183 de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. **Diário Eletrônico do CNMP**. Caderno Processual. Brasília- DF 30 jan. 2018. Categoria: Resoluções. Disponível em: <https://diarioeletronico.cnmp.mp.br/apex/EDIARIO.view_caderno?p_id=4688>. Acesso em: 13 mai. 2018.

FONAJE. **Enunciados Criminais**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/corregedoriacnj/redescobrimdo-os-juizados-especiais/enunciados-fonaje/enunciados-criminais>>. Acesso em 30 out. 2018.

GOMES, Luiz Flávio. **Delação Premiada consolida-se no STJ**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39361/delacao-premiada-consolida-se-no-stj>> Acesso em: 30 out. 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini et al. **Juizados especiais criminais**: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/a-transacao-penal-e-o-principio-da-obrigatoriedade-da-persecucao-penal>> Acesso em: 30 out. 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 4ª Edição, rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivum, 2016.

MASSON, Cléber Rogério. **Direito Penal Esquematizado**: parte geral – vol. 01. 4 ed., rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: São Paulo: Método, 2011.

MAZILI, Hugo Nigro. **MP tem liberdade para identificar ou não hipótese de agir**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2007-set-04/mp_liberdade_identificar_hipotese_agir> Acesso em: 30 out. 2018.

MENDONÇA, Ana Cristina. A defesa técnica e o acordo de não persecução penal. In: **Acordo de Não Persecução Penal**. SANCHES CUNHA, Rogério (Org.) et al. Salvador: Juspodivum, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **Colaboração Premiada**: Acordos de colaboração com investigados e réus. Brasília. Disponível em:

<[http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-
instancia/investigacao/colaboracao-premiada](http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato/atuacao-na-1a-instancia/investigacao/colaboracao-premiada)>. Acesso em 30 out. 2018.

NOGUEIRA, Roberto Wagner Lima. **Resolução do CNJ e lei são atos normativos primários**. Disponível em: < [https://www.conjur.com.br/2006-fev-
21/resolucao_cnj_lei_sao_atos_normativos_primarios](https://www.conjur.com.br/2006-fev-21/resolucao_cnj_lei_sao_atos_normativos_primarios)> Acesso em: 30 out. 2018.