

ESCOLA DE ADMINISTRAÇÃO JUDICIÁRIA

(ESAJ)

FÁBIO VERDUGO FERREIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:

**VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL OU
ALTERNATIVA VIÁVEL PARA UMA JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL?**

Rio de Janeiro

2019

FÁBIO VERDUGO FERREIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL OU
ALTERNATIVA VIÁVEL PARA UMA JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL?

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Pós-Graduação
em Direito e Processo Penal da Escola de
Administração Judiciária, como requisito
parcial do título de especialista em Direito
Penal e Processo Penal

ORIENTADOR: PROF. MS. DES. CLÁUDIO LUÍS DELL'ORTO

Rio de Janeiro

2019

FÁBIO VERDUGO FERREIRA

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:

VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL OU
ALTERNATIVA VIÁVEL PARA UMA JUSTIÇA CONSENSUAL CRIMINAL?

Trabalho de Conclusão de Curso (TCC)
apresentado ao Curso de Pós-Graduação em
Direito e Processo Penal da Escola de
Administração Judiciária, como requisito
parcial do título de especialista em Direito Penal
e Processo Penal.

Aprovado em de janeiro de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Ms. Luciano da Silva Barreto

Prof. Ms. José Maria Panoeiro

A meus pais - Osvaldo (*in memoriam*) e Ivone - e irmão,
Flávio, heróis da vida real, que sempre me ensinam e
inspiram;

Aos professores e colegas do Curso de Pós-Graduação em Direito e Processo Penal;

Aos funcionários da ESAJ;

“Teu dever é lutar pelo Direito, mas se um dia encontrares o Direito em conflito com a Justiça, luta pela Justiça”

Eduardo Juan Couture Etcheverry

Resumo

Com a introdução da Lei 9099/95, a qual instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o processo penal brasileiro buscou, para delitos menos graves, o caminho do consenso para não encarcerar pessoas que transgredissem com baixa ofensividade ao bem jurídico. Havia (e ainda há) o objetivo de desafogo dos cartórios criminais comuns, com intuito de se evitar as agruras de um processo penal lento e torturante.

Lamentavelmente, é preciso reconhecer que ao menos um dos objetivos não foi alcançado. A obtenção de prestação jurisdicional em matéria penal ainda se mostra por demais demorada.

Este estudo objetiva avaliar a viabilidade de aplicação da Resolução 181/17, com as alterações promovidas pela Resolução 183/2018, editadas pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Tais resoluções buscam introduzir no ordenamento jurídico nacional o Acordo de Não Persecução Penal, o qual tem por alvo os delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, tentando minorar o estado atual de coisas.

Ocorre que a edição de tais Resoluções provocou intenso debate na comunidade jurídica, pois há dúvidas sobre sua constitucionalidade, utilidade e aplicabilidade.

Há aparentes confrontos entre o Princípio da Obrigatoriedade e o Princípio da Oportunidade, preconizado pela resolução 2017/17, base da solução negociada que ora se busca. A efetividade jurídica que ela apregoa não seria mero utilitarismo? O CNMP detém capacidade legislativa?

A colaboração premiada, fruto de uma solução negociada para o direito penal, já utilizada em diversos países é aplicável ao Brasil?

O *jus puniendi* não sofrerá um afrouxamento que promoverá aumento na sensação de impunidade, gerando incremento de criminalidade?

Palavras-chave: acordo de não persecução penal, obrigatoriedade, colaboração premiada, efetividade, processo penal, *jus puniendi*.

Abstract

With the introduction of Law 9099/95, which established the Special Civil and Criminal Courts, the Brazilian criminal process sought, for less serious offenses, the path of consensus not to incarcerate people who transgress with low offense to the legal good. There was (and it still remains) the objective of relieving ordinary criminal notaries in order to avoid the hassles of a slow and torturous criminal process.

Regrettably, it must be acknowledged that at least one of the objectives has not been achieved. Obtaining judicial benefit in criminal matters is still too long.

This study aims to evaluate the feasibility of applying Resolution 181/17, with the changes promoted by Resolution 183/2018, issued by the National Council of the Public Prosecution Service. Such resolutions seek to introduce into the national legal system the Non-Criminal Prosecution Agreement, which targets crimes committed without violence or serious threat, trying to alleviate the current state of affairs.

The issue of such Resolutions has provoked intense debate in the legal community, as there are doubts about their constitutionality, usefulness and applicability.

There are apparent clashes between the Obligatory Principle and the Opportunity Principle, advocated by resolution 2017/17, the basis of the negotiated solution that is now being sought. Wouldn't the legal effectiveness it preaches be mere utilitarianism? Does the CNMP have legislative capacity?

Is the award-winning collaboration, the result of a negotiating solution to criminal law, already used in several countries applicable to Brazil?

Will not *jus puniendi* suffer a loosening that will promote an elevation in the sense of impunity, generating increase in crime taxes?

Keywords: non-prosecution agreement, compulsory, award-winning collaboration, effectiveness, criminal prosecution, *jus puniendi*.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

Figura 1	18
Figura 2	21

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	13
1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE E A EFETIVIDADE PROCESSUAL	15
1.1 A implosão do Sistema Penitenciário	17
2 A LEI 9099/95 E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE.....	22
3 OS SISTEMAS NORTE-AMERICANO, FRANCÊS, ALEMÃO E ITALIANO DE JUSTIÇA NEGOCIAL – A COLABORAÇÃO PREMIADA EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS ALIENÍGENAS	25
3.1 O sistema Norte-americano.....	25
3.2 O sistema Francês	28
3.3 O sistema Alemão	31
3.4 O sistema Italiano	33
4 A QUESTÃO DA CONSTITUCIONALIDADE: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO VIOLA A CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	36
4.1 A força normativa das Resoluções do CNMP	36
4.2 O Acordo de Não Persecução Penal não tem natureza processual	39
4.3 O Acordo de não persecução penal não ostenta natureza penal	41
4.4 O Acordo de Não persecução penal como matéria de política criminal do titular da ação penal.....	42
5 A SUPOSTA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.....	45
6 A SUPOSTA INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	46
7 O <i>JUS PUNIENDI</i> ESTATAL: MANUTENÇÃO OU AFROUXAMENTO DO CONTROLE SOCIAL REALIZADO PELO DIREITO PENAL?	50
7.1 A jurisdicionalidade da pena.....	51
7.2 O <i>jus puniendi</i> e o interesse processual	54
8 CONCLUSÃO.....	57
9 BIBLIOGRAFIA	58

Introdução

Este trabalho tem como escopo propor um breve debate sobre o Acordo de Não perseguição Penal e sua viabilidade como alternativa para uma justiça consensual penal. Ou sua adoção se transformaria em uma violação ao Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal?

No processo recente de redemocratização nacional, buscou-se garantir o acesso à Justiça, dando assento constitucional a tal preceito, inserindo-o na Carta Política promulgada em 05/10/1988.

Dessa forma, garantir o acesso à Justiça, na seara penal, significa oportunizar meios de requerer ao Estado-Juiz uma prestação jurisdicional que pacifique eventual conflito deduzido através de uma ação penal. Para tanto, também foi garantido (?) ao Ministério Público a obrigatoriedade (e exclusividade) no oferecimento da denúncia, peça inaugural da relação processual.

Deflagrada a ação penal, inicia-se a *persecutio criminis*, a qual mesmo em rito sumário, não se mostra breve. Inobstante, é longa e cansativa, além de extremamente custosa aos cofres públicos. Seu resultado é, em quase totalidade, uma sentença penal que impõe ao réu uma pena privativa de liberdade, cujos benefícios à sociedade são inversamente proporcionais à sua ineficiência.

A pesquisa será dividida em 7 capítulos, sendo observado a metodologia dialética em sua elaboração, além dos métodos analítico e dedutivo.

O primeiro capítulo abordará o Acordo de Não perseguição Penal, citando o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, sua eventual violação, a objetividade da atuação ministerial e a busca da efetividade processual.

Abordará ainda a implosão do sistema penitenciário e sua conseqüente falência, com incremento da população carcerária, frutos da abordagem retributiva e da morosidade processual, levando ao início de buscas de soluções capazes de dar celeridade à prestação

jurisdicional e, eventualmente, diminuir a velocidade de crescimento do efetivo de pessoas encarceradas.

No segundo capítulo buscaremos esclarecer a contribuição da Lei 9099/95, com institutos despenalizadores, em especial a transação penal, onde o Princípio da Obrigatoriedade tem aplicação suspensa por prazo determinado.

Já no terceiro capítulo, estabeleceremos paralelos com sistemas alienígenas, o americano, o francês, o alemão e o italiano, para sistemas de colaboração premiada em solo nacional.

Para o quarto capítulo, avançamos no estudo da constitucionalidade, analisando se o Acordo de Não Persecução Penal viola a Carta Magna de 1988 por ter sido introduzido no ordenamento jurídico nacional através de resolução emitida pelo Conselho Nacional de Ministério Público. Esclareceremos questões sobre matéria penal e processual penal, além da íntima relação entre Política Criminal e Direito Penal.

No quinto capítulo, trataremos uma vez mais do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal, e sua manutenção, eis que não obliterado pelo Acordo de Não Persecução Penal.

No sexto capítulo, abordamos opiniões contrárias à adoção do Acordo de Não Persecução Penal, em nome da transparência e por amor ao debate científico, rechaçando-as, contudo, ao expandir os conceitos já abordados anteriormente.

Para o sétimo capítulo, analisaremos se o *jus puniendi* do estado será afetado pela adoção do Acordo de Não Persecução Penal. Trataremos sobre o esvaziamento do interesse processual e do binômio efetividade-oportunidade e a jurisdicionalidade da pena.

O debate aborda a controvérsia se o Princípio da Obrigatoriedade da ação penal inviabiliza os acordos de não persecução penal, mantendo a morosidade da prestação jurisdicional e custos processuais elevados, tanto financeiros quanto sociológicos ou pode ser afastado, sem comprometer o *jus puniendi* estatal?

1 O Acordo de Não Persecução Penal, o Princípio da Obrigatoriedade e a efetividade processual

O referencial teórico do presente trabalho, será constituído em sua essência da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, alterada pela Resolução 183 do Conselho Nacional do Ministério Público, que implementou o instituto do Acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, de livros doutrinários e artigos que analisam e interpretam se os fundamentos do referido acordo violam o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal ou se o citado dispositivo pode ser utilizado como instrumento de justiça social, propiciando a criação de verdadeira justiça consensual criminal.

O argumento invocado contra possibilidade da celebração de acordo de não persecução é a suposta violação ao Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal.

Não há uma relação de exclusão entre a obrigatoriedade e a celebração do acordo de persecução (que envolve, inegavelmente, a ideia da oportunidade).

Nesse sentido, BINDER assenta que:

Pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que ‘exclui’ a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como ‘opostos’ – e a “oportunidade regrada” como síntese – é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos, dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relacionada à justiça penal, concebida como uma organização com recursos limitados¹

¹ BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis. Empório do Direito, 2017, p. 160

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 pessoas².

Esse dever de atuação – ainda que nem sempre por meio da ação penal - decorre, fundamentalmente, do princípio da moralidade (CRFB/88, 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, não significando que o Ministério Público deva se tornar um acusador míope e robotizado.

Ao realizar o acordo de não persecução penal, como resposta mais eficiente e célere aos casos penais, cumpre o Ministério Público seu papel de forma mais plena e eficiente.

² Na lição de BARJA DE QUIROGA: “(...) o princípio da oportunidade não significa que o poder de decisão do Ministério Público seja absoluto sobre o exercício ou não da ação penal. Em termos gerais, O Ministério Público tem liberdade de ação dentro de determinados limites, além do que, dentro desses limites, está também submetido aos princípios da imparcialidade, igualdade e às suas atuações precedentes, de modo que deve existir sempre uma correlação entre as diversas atuações do Ministério Público, para assim manter os princípios indicados. Dessa forma, o Ministério Público atuará no processo de forma mais viva, flexível e ágil, dentro de suas diretrizes que devem ser estabelecidas. Oportunidade, tampouco, significa oportunidade política, no sentido depreciativo da palavra.” BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Procesal Penal, vol. I, 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p.469.

Como pretende esclarecer este estudo, acumular casos penais para armários nas Varas Criminais do país, abarrotados de processos – em maioria, casos de pequena e média complexidade) é o que efetivamente constitui em violação ao Princípio da Obrigatoriedade, por violar um dever do Estado de dar uma resposta adequada e suficiente aos delitos que trazem turbulência ao meio social³. Não há violação ao *Jus Puniendi* do Estado na adoção do Acordo de Não Persecução Penal

1.1 A implosão do sistema penitenciário

Ao observar o relatório do Infopen relativo ao ano de 2017, publicado em 8 de dezembro do mesmo ano, chega-se à melancólica constatação de que o sistema penal brasileiro se encontra em estado crítico⁴. Diante disso, há uma necessidade de maior atenção quanto à situação atual da conjuntura da justiça criminal pátria, pois os números que se

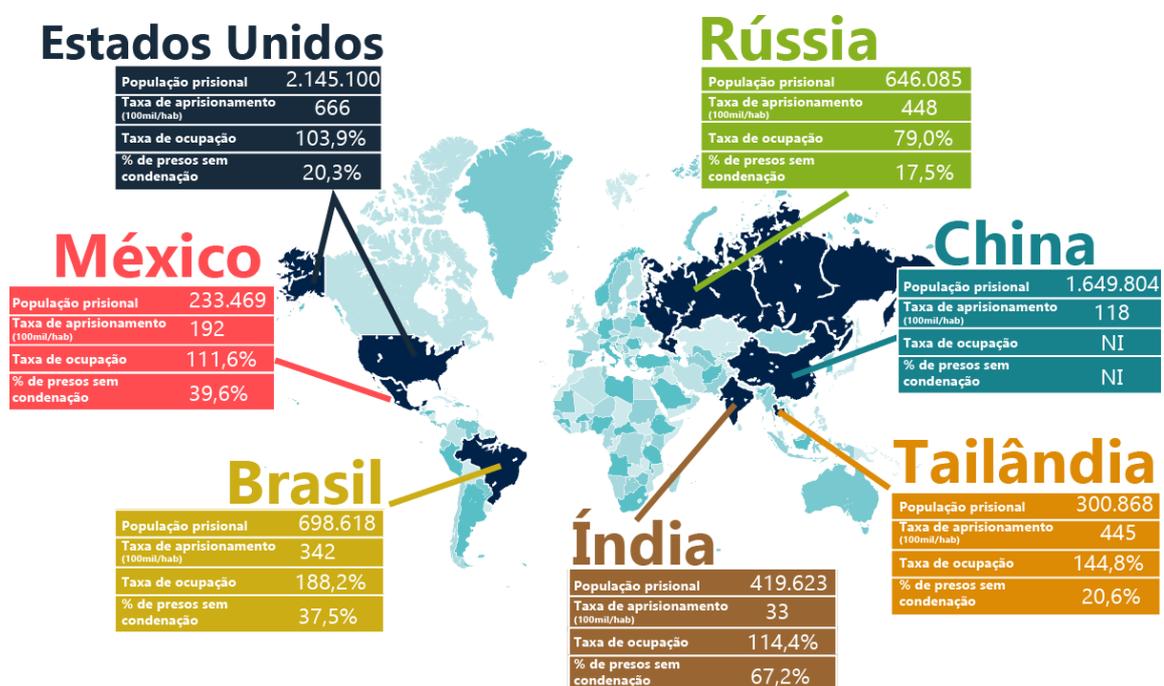
³ Ademais de consubstanciar uma vantagem ao Estado, o princípio da oportunidade, também, traz inegáveis benefícios ao investigado. Nesse sentido, expõe BRANDALISE: "Especialmente ao réu, a distensão do conceito de obrigatoriedade do exercício da ação penal objetiva a diminuição de estereótipos (os pré-conceitos aplicados às pessoas e aos fenômenos e que afetam a visão da realidade), da interpretação retrospectiva (que decorre de uma reflexão, inclusive com representação feita que acaba por trazer uma autoimagem das cerimônias degradantes (os ritos que são necessários para chegar-se à condenação do acusado e retiram dele sua identidade natural e forçam ele a outra , dentro da formalidade exigida pelo Poder Judiciário) e o que é compreendido com role-engulfment (o papel do criminosos, conjuntamente com o que vem sendo estabelecido pelas instâncias formais, acaba por adequar a própria imagem do acusado e o alcance de sua interação social" (...)BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça Penal Negociada. Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. Curitiba: Juruá, 2016, p. 169.

⁴ Estatísticas oficiais atualizadas até dez/2017. A consulta ao site do DEPEN ocorreu em nov. 2019. Há um esforço institucional em atualizar os dados até dez.2019, através da ferramenta online SisDepen.

apresentam são contundentes em demonstrar a urgência por renovações legislativas e procedimentais, a fim de atenuar os demasiados defeitos existentes.

As estatísticas são, em muito, desanimadoras. O Brasil superou a Rússia e subiu ao sombrio pódio dos países com as maiores populações carcerárias do globo. Segundo o estudo, eram 726.712 pessoas presas até o ano de 2017, conforme a figura 1 abaixo, data limite para a análise⁵.

Do total de indivíduos privados de liberdade, quase 690.000 estão nos sistemas penitenciários estaduais, cerca de 36.000 em secretarias de segurança ou carceragens de delegacias e pouco mais de 400 estão em prisões federais. Entretanto, vale salientar, são 368.049 vagas existentes à época. A superlotação traz à tona, ou melhor, escancara aos olhos de todos os 197,4% de taxa de ocupação.



⁵ O BNMP dá conta que esse total atualmente é de 812.000 detentos. Disponível em <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/>>. Acesso em nov.2019

Ademais, dentro dessa perspectiva, não se pode ignorar o fato de que o Brasil, dentre as suas concorrentes (EUA, China, Rússia) é a única nação que vem dando passadas largas para aumentar a quantidade de presidiários.

Por outro lado, suas concorrentes nessa disputa mórbida reduzem seus números. Tomando como base o ano de 1990, quando o país possuía 90 mil presos, houve um aumento de mais de 700% na população carcerária até junho de 2016, valendo frisar que 32% dos atuais internos não possuem condenação.

Insta trazer à baila que, com relação à divisão por tipos penais, tem-se que o tráfico de entorpecentes é o mais praticado, correspondendo a 28% das incidências penais que causaram a privação de liberdade dos detentos. Mais adiante, ao somarmos furtos e roubos, estes englobarão 37% dos presos brasileiros. Os homicídios, por sua vez, dão causa a 11% das prisões.

Em que pese existir toda uma análise de diversos outros aspectos acerca do sistema prisional nacional, como estudos sobre cor, gênero, tempo de pena, modalidades de regime, nacionalidades dos presidiários, escolaridade, etc., é preciso destacar o intuito do presente trabalho, mormente no que se refere ao binômio superlotação combinada com o tipo penal incidente.

Isto porque a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público a qual, dentre várias inovações, trouxe a possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal, medida que visa transformar o cotidiano do judiciário criminal brasileiro, a fim de atenuar a superlotação de processos criminais correntes nos tribunais do Brasil.

Com o advento do acordo de não persecução penal, o Ministério Público passa a poder propor, nos crimes de menor gravidade, medidas alternativas que trarão celeridade no

andamento de tais causas, possibilitando que nos delitos de maior gravidade, como homicídios, latrocínios, estupros, lhes seja dada a devida atenção.

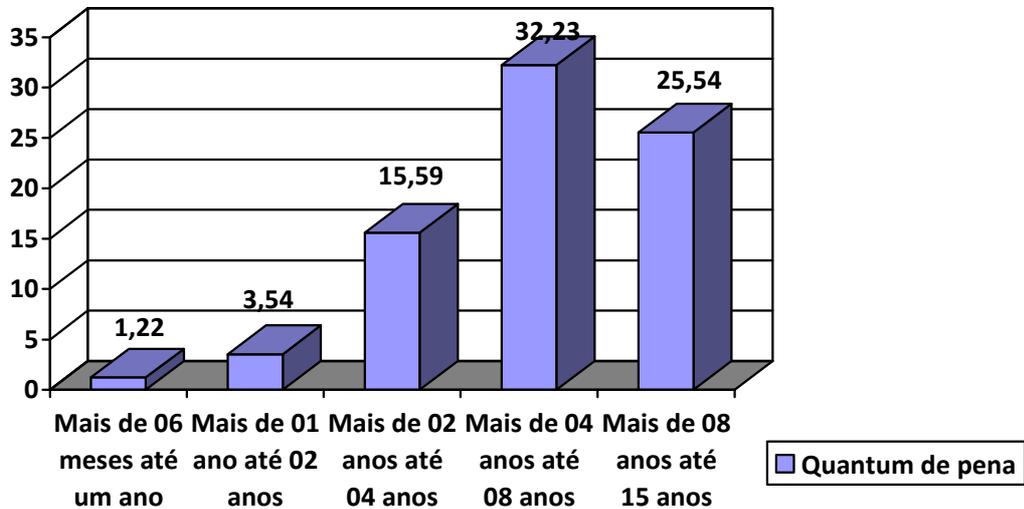
Nesse sentido, o Conselho Nacional do Ministério Público editou tal resolução, com força de ato normativo infralegal, delimitando todos os parâmetros dentro dos quais será possível que o *Parquet* proponha a celebração do referido acordo, evitando assim que, em causas de menor impacto, fosse gasto um enorme efetivo de tempo, esforços policiais e judiciários, dinheiro público e, por muitas vezes, gerando prisões ilegais e desnecessárias, o que vai à contramão do que o Brasil precisa com vistas a melhorar a situação do judiciário criminal e do seu sistema carcerário.

Tal conclusão é possível pela leitura do trecho final do estudo colacionado, onde se percebe que a percentagem de presos apenados com reprimendas variando entre 02 a 04 anos atinge 13,5% da população carcerária.

Mantido a taxa de crescimento da população carcerária - 8,3% a.a - o Brasil atingirá a nada invejável marca de 1,5 milhão de presos em 2025.⁶

⁶ Disponível em <<https://ponte.org/com-812-mil-pessoas-presas-brasil-mantem-a-terceira-maior-populacao-carceraria-do-mundo/#/>>, acesso em nov.2019

A figura 2 abaixo é uma reprodução parcial, limitando as penas até 15 anos de reclusão, para melhor visualização, em razão do escopo deste trabalho⁷.



Dessa maneira, tomando-se como fonte os sistemas jurídicos de países como Alemanha, Itália e Estados Unidos, poderá o Brasil experimentar uma nova realidade no que diz respeito aos setores referidos alhures, mormente no que diz respeito aos crimes de menor monta, ao passo que o acordo de não persecução penal seja cada vez mais utilizado nas hipóteses, atenuando a morosidade do Judiciário penal e desafogando as penitenciárias do país, muitas vezes abrigando indivíduos presos de forma desnecessária ou, até mesmo, ilegal.

Apenas como razão de reforço, se afigura claro que, independente das críticas que possam surgir - o viés utilitarista, a ser abordado mais a frente neste trabalho - , a adoção do acordo de não persecução penal, com a flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal, pode oferecer alternativa viável a esse quadro deplorável, concentrando esforços jurídicos na persecução penal de qualidade.

⁷ O original, na íntegra, está disponível em <<http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>>, p. 46v.

2 A Lei 9099/95 e o Princípio da Obrigatoriedade

De acordo com o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Dessa forma, ao receberem a notícia de uma infração penal, tal qual a polícia judiciária tem a obrigação de proceder à investigação para estabelecer a autoria do fato delituoso, ao Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia, caso haja elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Tal princípio impõe um dever de atuação aos órgãos oficiais a cargo da investigação e da ação penal, nos crimes de ação penal pública. Diante desse dever de atuação, tanto a polícia judiciária quanto o Ministério Público devem agir compulsoriamente para apurar e denunciar a infração, respectivamente. Não contam com nenhuma disponibilidade, muito pelo contrário, devem atuar na persecução e na acusação.

Para grande parte da doutrina, o princípio da obrigatoriedade não tem assento constitucional, derivando do Art. 24 do CPP, no qual “ nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministério da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver a qualidade para representá-lo”. O Art. 30 do Código de Processo Penal Militar estabelece que a denúncia deve ser apresentada sempre que houver: a) prova do fato que, em tese, constitua crime; b) indícios de autoria.

O legislador estabeleceu alguns mecanismos para a fiscalização do princípio da obrigatoriedade. O primeiro deles está disposto o Art. 28 do CPP, o qual impõe ao juiz o exercício da função anômala de fiscal do princípio da obrigatoriedade, podendo remeter os autos do inquérito policial ao Procurador-Geral de Justiça caso não concorde com a promoção de arquivamento formulada pelo Promotor de Justiça. Outro mecanismo é a ação penal privada subsidiária da pública, a qual se reveste de forma de controle da inércia do Ministério Público.

Nas palavras de Afrânio Silva Jardim⁸, citado por Renato Brasileiro de Lima:

o raciocínio é o seguinte: se a denúncia é oferecida, caiu-se na regra geral do código, se o Ministério Público requer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, o juiz examina o acerto deste procedimento (analisando se a hipótese não seria de denúncia), podendo remeter os autos ao Procurador-Geral; entretanto, se o Ministério Público não faz uma coisa nem outra, surge para o ofendido uma legitimação extraordinária para instaurar o processo, tendo em vista a inércia da parte ordinariamente legitimada. A verbe-se que o Ministério Público será obrigado a retornar a ação como parte principal, caso o querelante se torne negligente.

A obrigatoriedade de oferecer a denúncia, na dicção de Renato Brasileiro de Lima,

não significa que, em sede, de alegações orais (ou de memoriais), o Ministério Público esteja sempre obrigado a pedir a condenação do acusado. Afinal, ao Parquet também incumbe a tutela de interesses individuais indisponíveis, como a liberdade de locomoção. Logo, como ao Estado não interessa uma sentença injusta, nem tampouco a condenação de um inocente, provada a sua inocência, ou caso as provas coligidas não autorizem um juízo de certeza acerca de sua culpabilidade, deve o Promotor de Justiça manifestar-se no sentido de sua absolvição. A propósito, o Art. 385 do CPP

⁸ JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal pública: princípio da obrigatoriedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2001, p.101 in LIMA, Renato Brasileiro de; Manual de Processo Penal: volume único, 5. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: ed. JusPODIVM, 2017.

dispõe que, nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição.⁹

Há exceções ao princípio da obrigatoriedade no ordenamento jurídico pátrio que merecem menção. Em razão do escopo deste trabalho, apenas citaremos as que a ele são pertinentes:

A) Transação penal: em se tratando de infrações de menor potencial ofensivo, ainda que haja lastro probatório suficiente para o oferecimento de denúncia, desde que o autor do fato delituoso preencha os requisitos objetivos e subjetivos suficientes do Art. 76 da Lei 9099/95, ao invés de o Ministério Público oferecer denúncia, deve propor a transação penal, com a aplicação imediata de penas restritivas de direitos ou multa. Nessa hipótese, há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, comumente chamada pela doutrina de princípio da discricionariedade regradada ou princípio da obrigatoriedade mitigada;

B) Colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas: conforme estabelecido no Art. 4º, §4º da Lei 12850/13, se da colaboração do agente resultar um ou mais dos seguintes resultados - identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa, a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa, a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa ou a localização de eventual vítima com sua integridade física preservada - , o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se preenchidos dois requisitos concomitantemente: i) o colaborador não for

⁹ Ob. Cit. p. 236

o líder da organização criminosa; ii) o colaborador for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Como se percebe, o legislador aí inseriu mais uma exceção ao princípio da obrigatoriedade, pois o órgão ministerial poderá deixar de oferecer denúncia se a colaboração levar à consecução de um dos resultados constantes dos incisos do Art. 4º da Lei 12850/13. Apesar de o legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Renato Brasileiro de Lima afirma que

ante ao silêncio da nova Lei das Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do Art. 87, parágrafo único, da Lei 12529/11, que prevê que o cumprimento do acordo de colaboração premiada acarreta a extinção da punibilidade do colaborador¹⁰.

3 Os Sistemas Americano, francês, alemão e italiano de justiça penal negocial - a colaboração premiada em ordenamentos jurídicos alienígenas

De modo a promover o melhor entendimento do instituto da colaboração premiada, mister se faz analisar outros modelos de justiça penal negocial.

3.1 O sistema norte-americano

¹⁰ Ob cit. p. 239.

Tal sistema é eminentemente prático. Não há preocupação em dogmas ou teorias de Direito. Aplica-se o direito ao caso concreto particular - *leading case* - sistematizando para o uso geral.

Nos sistemas romano-germânicos as normas de conduta encerram comandos abstratos, os quais, justamente por essa característica exigem uma abordagem teórica. Na *common law*, a lei nasce da solução dada pelo Judiciário ao caso concreto. Em novo julgamento, o que importará aos operadores do Direito é se a solução previamente oferecida - o precedente - se ajustará ao *leading case* sob seu escrutínio.

Marcos Paulo Dutra Santos afirma, com propriedade, que

(...) tem havido um intenso intercâmbio entre tais sistemas processuais. A *common law* tem recebido intensa codificação, mormente na Inglaterra e nos Estados Unidos. Já o sistema continental tem incorporado institutos do sistema consuetudinário - por exemplo, o efeito vinculante dos precedentes judiciais das Cortes e os próprios mecanismos de justiça consensual penal.¹¹

Ainda que esteja havendo uma confluência, as diferenças persistem e são notórias: o dogmatismo do sistema continental contrasta fortemente com o pragmatismo sistema consuetudinário. Dessa forma, é completamente inapropriado trabalhar com os princípios da obrigatoriedade e da oportunidade da ação penal pública quando se estuda o ordenamento processual norte-americano. Para tal sistema, jamais houve a preocupação (ou interesse) em

¹¹ Santos, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada - 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, pp. 40

debater o exercício do direito de ação. O pragmatismo impera, não havendo espaço para debates teóricos sem reflexos práticos imediatos, comuns no sistema continental.

Dessa forma, temos que o exercício da ação penal pública é orientado pela absoluta discricionariedade dos promotores americanos, que se manifesta também nas atividades policial e jurisdicional e também na execução da pena.

Rossana Gambini Musso informa que tamanha discricionariedade conferida aos promotores obedece a razões políticas e utilitaristas: procura descartar os delitos irrelevantes, concentrando-se os esforços na criminalidade de vulto, cuja repressão rende visibilidade no seio social, e, exatamente por isso é que interessa combater. Promove-se por um lado a despenalização, pontual e casuística, de determinadas condutas que não mais causam repulsa social. De outro, permite-se através do *plea bargaining*, uma plena individualização da pena. Observa a autora que a excessiva discricionariedade da promotoria, guindada muitas vezes por critérios políticos em vez de técnicos, melindra, na prática, a segurança jurídica, pois pessoas em idêntica situação jurídico-penal acabam recebendo do Estado tratamento diferenciado.¹²

Dessa forma, não há qualquer controle jurisdicional no tocante ao exercício da ação penal pela promotoria. O Judiciário americano nada pode fazer quando os promotores optam pelo arquivamento, o que evidencia que é a promotoria quem efetivamente dita os rumos da política criminal.¹³

Prossegue o autor:

¹² Musso, Rosanna Gambini. *Il Processo Penale Statuitense*, Soggetti ed Atti. 2ª ed., Torino: G. Giappichelli Editore, 2001, pp. 32-35 in Santos, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) Premiada* - 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, pp. 41

¹³ Musso, Rosanna Gambini, *Ob. Cit.*, p. 35 in *ob. Cit, loc cit*

“tamanho liberdade não raro descamba para a arbitrariedade, o que despertou a reação de vários doutrinadores e operadores do Direito, que propuseram limites à discricionariedade da promotoria.”¹⁴

Outro óbice que se verifica no sistema de *plea bargaining* é chamado de problema do inocente, na lição de Rubens Casara e Antonio Pedro Melchior¹⁵, com fulcro em artigo de Andrew Hessick e Reshma Saujani ¹⁶, todos citados por Marcos Paulo Dutra Santos¹⁷. Tal problema consiste em réus que reconhecem a culpa, nos moldes propostos pela acusação, a fim de evitar a imposição de reprimenda maior.

Mais um problema identificado no *plea bargaining* repousa na interferência da ao longo da persecução, divulgando informações vazadas da polícia ou Ministério Público, aparentemente comprometedoras em relação à determinada pessoa, mesmo sem suporte formado, criando assim uma superexposição negativa junto à opinião pública, pressionando-a a cooperar.

3.2 O sistema Francês

¹⁴ *Ob. Cit.* pp. 42.

¹⁵ CASARA, Rubens R. R.; MELCHIOR, Antonio P. Estado Pós-Democrático e Delação Premiada: Crítica ao Funcionamento Concreto da Justiça Criminal Negocial no Brasil. In ESPÍNEIRA, Bruno; CALDEIRA, Felipe (Org.). Delação Premiada, Estudos em homenagem ao ministro Marco Aurélio de Mello, Belo Horizonte, D'Plácido Editora, 2016, p. 424, nota 21

¹⁶ In Plea Bargaining and Convicting the Innocent: the Role of the Prosecutor, the Defense Counsel and the Judge, *Bringham Young University Journal of Public Law*, v. 16, pp.189-242. 2002 in Santos, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada - 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, pp. 42

¹⁷ *Ob. Cit.* pp. 42.

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem da iniciativa pessoal de alguns juízes e promotores de justiça e não da lei, 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.

Segundo José Francisco Etexeberry Guridi¹⁸, citado por Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹⁹, 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 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 se estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade.

¹⁸ Etexeberry Guridi, José Francisco. El modelo francés de mediación penal, in: La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 181

¹⁹ Cabral, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. Um panorama sobre o Acordo de Persecução Penal (Art. 18 da Resolução N.181/17 - CNMP, com as alterações da Resolução N. 183/18 - CNMP) in Acordo de Não Persecução Penal, coordenad. Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee de Ó Souza, 2ª ed. rev. ampl. atual.

Assim, como se depreende, a realização dos acordos na França iniciou-se sem prévia autorização legislativa, o que levou a uma profusão desordenada desses negócios jurídicos.

Essa prática heterogênea levou, *a posteriori*, a 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. Já no ano seguinte, foi aprovada a Lei 92-2, em 04 de janeiro de 1993 que promove uma reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal em seu sistema legal.²⁰

Essa intervenção do legislador serviu para suprir as dificuldades derivadas de uma prática forense não regulada, buscando, fundamentalmente, assegurar, também o respeito à igualdade no trato dos delinquentes.²¹

O acordo francês, na dicção de Máximo Langer, guarda extrema semelhança com o modelo adotado no Art. 18 da resolução 181/17 do CNMP, visto que na França

o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima.²²

²⁰ *Ibidem.*, p. 183

²¹ *Ibidem.*, p. 183

²² Langer, Máximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargain and the Americanization thesis in criminal procedures, in *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 75

Ainda, em paralelo à semelhança do previsto na Resolução n. 181/17, no sistema francês, “caso o investigado não aceite a oferta, ou não preencha os requisitos para o acordo, o Promotor simplesmente iniciará o procedimento formal”, ou seja, oferecerá a denúncia.²³

A grande vantagem que o sistema brasileiro ostenta em relação às práticas iniciais francesas, é que a Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público já traz detalhadamente as hipóteses nas quais é possível celebrar o acordo, evitando-se, assim, a profusão desordenada de acordos, com violações ao princípio da igualdade.

3.3 O sistema Alemão

Na República Federal da Alemanha, situação semelhante ocorreu. O acordo penal iniciou-se em virtude de práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade.²⁴

Sobre o fundamento dessa criação, a mesma autora, citada por Rodrigo Leite Ferreira Cabral²⁵ afirma que

²³ *Idem.*

²⁴ Turner, Jenia. Plea bargain across the borders. New York: Aspen Publisher, p. 74

²⁵ Cabral, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não Persecução Penal, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 26

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 delito sem violência.²⁶

Na tradução de Rodrigo Leite Ferreira Cabral²⁷, Schünemann explica que “esses acordos informais funcionam de forma similar ao *plea bargaining* dos Estados Unidos; sem embargo, com uma diferença: na Alemanha não contém acordos formais, mas sim apenas um acordo baseado na confiança e, por outro lado, neles o acusado não se declara culpado (*guilty plea*) mas apenas formaliza uma confissão que é valorada pelo Tribunal como meio de prova geral para a sua culpabilidade”.²⁸

Após a legalidade desses acordos ter sido questionada no BGH - tribunal alemão semelhante ao nosso STJ - que no dia 28/08/1997 reconheceu que “os acordos (*Absprachen*)

²⁶ Ob cit., loc cit.

²⁷ Cabral, Rodrigo Ferreira Leite. Acordo de Não Persecução Penal, 2 ed. rev., ampl. atual., coordenadores Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renée do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral

²⁸ Schünemann, Bernd. Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global, in Revista de Derecho Penal y Criminología , vol.25, núm. 76, 2004, pp. 179-180.

que tenham por objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais.”²⁹

A Corte Constitucional Alemã, em julgamento ocorrido em 19/03/2013, reconheceu a possibilidade de realização de acordos penais (mesmo sem previsão em lei, já que não houve a criação de um processo consensual). O único reparo imposto por aquela Corte Constitucional foi a necessidade da realização de um acordo público, transparente e formalizado, pois, antes de posicionamento, os acordos eram informais e baseados apenas na confiança.

Em oportuna crítica, Rodrigo Leite Ferreira Cabral aponta que em relação às práticas francesas é que a Resolução 181/17 do CNMP apresenta grande vantagem com relação ao sistema alemão.

A resolução não se originou de uma simples prática e sim de um ato normativo autônomo do CNMP, pelo que impõe uma negociação transparente, com necessidade de filmagem em áudio e vídeo de todo o procedimento negocial, devendo o acordo ser devidamente celebrado por escrito e assinado pelo Membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

3.4 O Sistema Italiano

²⁹ BGH, 4 StR 240/97 - Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund) Corpo do voto. Tradução de Rodrigo Leite Ferreira Cabral

Na Itália, o exercício da ação penal é *munus* privativo do Ministério Público, orientado que é pelo Princípio da Obrigatoriedade, que possui previsão na Carta Política da República Italiana, no art. 112, *verbis*:

O Ministério Público possui a obrigação de exercer a ação penal

Isso significa que o Ministério Público não é um órgão acusatório contumaz. Tal qual no Brasil, o *Parquet* italiano somente deflagra a ação penal quando estiverem presentes as condições para tanto, incluindo a justa causa (lastro probatório mínimo necessário ao ajuizamento da denúncia).

O professor Michele Morello, com propriedade, leciona que

o princípio da obrigatoriedade impede o Ministério Público de desenvolver um juízo de oportunidade/conveniência quanto ao processamento (ou não) do fato delituoso. Ao *Parquet* é permitido emitir apenas um juízo de legalidade, ou seja, verificar se estão presentes as condições para o regular exercício do direito da ação penal e se há um suporte fático razoável para embasar a pretensão punitiva. Tal proibição resguarda o princípio da igualdade, segundo o qual todos os cidadãos são iguais perante a lei, porquanto o sujeito sabe que, se praticar um crime, e forem amealhados indícios suficientes para incriminá-lo, o Estado não lhe reservará outra

resposta senão a ação penal. Salvaguardados também ficam a independência funcional do Ministério Público, visto que a obrigatoriedade da ação penal pública não permite concessões políticas de espécie alguma, e o princípio da legalidade.³⁰

O mesmo autor italiano, contudo, esclarece que tal princípio vem sendo bastante criticado, sobretudo a partir dos anos 90 do século XX. A principal crítica, de cunho utilitarista e pragmático - características do sistema da *common law* - aborda a ineficiência da justiça, pois oferecida a denúncia, sobrecarrega-se o Judiciário de processos, não obstante muitos estarem relacionados a delitos de somenos importância. Para tais críticos, o exercício da ação penal deveria ser ditado pela gravidade do injusto pela capacidade persecutória da máquina judiciária e pelo contexto social no qual o suposto infrator está inserido.³¹

Prosseguindo, o estudioso italiano afirma que os promotores da Itália não têm observado piamente o princípio da obrigatoriedade. A proliferação de normas penais incriminadoras, a criminalidade crescente registrada em determinados segmentos sociais e a incapacidade da polícia judiciária, seja por deficiência de quadros ou técnica, de ações preventivas ou repressivas mais eficazes, comprometeriam o trabalho do *Parquet* italiano, forçando-o a “escolher” quais infrações penais “merecem” ser objeto de ação penal.

Para os demais delitos, indignos, por assim dizer, não ostentando grande visibilidade social, são relegados a segundo plano, para, provavelmente, virem a ser fulminados pela prescrição. Portanto, na rotina do Ministério Público italiano o princípio da

³⁰ Morello, Michele. *Il Nuovo Processo Penale, parte generale*. Padova: CEDAM, 2000, p. 80

³¹ Ob cit., p. 84.

obrigatoriedade tem cedido espaço para o exercício discricionário da ação penal - *discrezionalità di fatto dell'azione penale*.³²

Como a discricionabilidade no exercício da ação penal pública, a rigor, não possui previsão legal no ordenamento legal italiano, parte da doutrina busca legitimar o seu emprego interpretando de modo restrito o Art. 112 da Carta política daquele país, afirmando que apesar da ação penal não ser obrigatória, o Ministério Público italiano tem o dever de exercê-la, nada impedindo de fazê-lo discricionariamente.

Tais considerações à obrigatoriedade da ação penal ostentam cunho utilitarista, unicamente preocupada em aliviar o sistema judiciário, tornando-o mais ágil e não discriminante, como poderia parecer.

4 A questão da constitucionalidade: o Acordo de Não-persecução viola a Constituição de 1988?

Já que abordamos a experiência estrangeira, onde a celebração de acordos decorreu de prática dos atores jurídicos, mesmo sem prévia autorização legal, mister esclarecer as seguintes premissas as quais fundamentam, em nosso entendimento, a constitucionalidade da regulamentação do acordo de não persecução penal, através de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público:

³² Morello, Michele, ob. Cit., p. 84 in Santos, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada - 3. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. JusPODIVM, 2019, pp. 64

- I) As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público ostentam caráter normativo primário, com atos de comando abstrato, que vinculam seus membros;
- II) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza processual;
- III) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza penal;
- IV) O acordo de não persecução penal veicula matéria de política criminal a ser realizada pelo titular da ação penal, o Ministério Público;

Detalharemos, nas linhas seguintes, as premissas apresentadas acima.

4.1 A força normativa das Resoluções do CNMP

O Conselho Nacional do Ministério Público tem sua competência firmada no Art. 130, §2º da CF/88, pois lhe compete

“zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências”

A respeito desse poder regulamentar, o STF se manifestou que as resoluções do CNJ - e também do CNMP - “ostentam caráter normativo primário”³³

O Pretório Excelso, em outro aresto, sedimentou que o CNJ e o CNMP “(n)o exercício de suas atribuições administrativas” possuem 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”.³⁴

Assim é correto afirmar que, em consonância com a firme jurisprudência do Plenário do STF, o Conselho Nacional do Ministério Público pode expedir regulamentos autônomos, desde que destinados a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais.

Ante ao exposto, é possível assentar que a Resolução 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF/88, art. 37, *caput*), da proporcionalidade (CF/88, art. 5º, LIV); da celeridade (CF/88, art. 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF/88, art. 129, I, VI e VI).

Nesse sentido, BARJA DE QUIROGA afirma que o “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga em teoria retributivista de pena”.³⁵

³³ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006

³⁴ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - MS 27621, Relator(a): Min. CARMEN LÚCIA, Relator(a) para Acórdão: RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011

³⁵ BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Penal, vol I, 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014, p.470 apud *Acordo de Não Persecução Penal*, 2ª ed. Rev. Ampl. Atual., Salvador. Editora Juspodivm, 2018, p. 29-30

Citados por Rogério Leite Ferreira Cabral³⁶ Roxin e Schünemann afirmam que

as exceções ao princípio da legalidade decorrem do princípio constitucional da proporcionalidade. É dizer, seguem a ideia de que é possível renunciar a punição, quando não se encontre presente, no caso concreto, uma fundamentação preventiva.³⁷

Alberto Binder³⁸ sustenta ainda que o princípio da oportunidade decorre, também, dos princípios da *ultima ratio*, da mínima intervenção, da não naturalização, da economia da violência, da utilidade e do princípio de respaldo.

Pelo exposto, concluímos que o CNMP, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada fez além de emprestar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada.

4.2 O Acordo de Não Persecução Penal não tem natureza processual

³⁶ Ob. Cit. p. 30.

³⁷ ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27ªed. München:Beck, 2012, p. 77.

³⁸ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da Justiça Penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, pp. 159-181.

Um dos óbices apontados quanto à possibilidade de regulamentação pelo CNMP do acordo de não persecução penal é que tal disciplina evidenciaria manifestação de norma de caráter processual, invadindo, dessa maneira, a competência legislativa exclusiva da União, positivada no Art. 22, II da CF/88.

Ousamos discordar de tal posicionamento.

Para que uma norma seja considerada de natureza processual ela deve envolver hipóteses nas quais pode haver o exercício de uma pretensão punitiva, veiculada por uma parte legítima - o Ministério Público - perante autoridade judicial - o juiz -, em que deve ser realizado plenamente o princípio do contraditório e da ampla defesa - acusado. As normas processuais envolvem a concorrência desses três atores: Ministério Público, juiz e réu.

Portanto, em se considerando que o acordo de não persecução penal é extrajudicial, pois realizado em âmbito de procedimento administrativo investigatório, sem exercício prévio da pretensão punitiva (pois não há oferecimento de denúncia ou queixa) não havendo sentido em se afirmar que a regulamentação desse acordo ostenta a natureza de norma processual.

Assim entende o Pleno do STF ao afirmar que

são normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finais da jurisdição.³⁹

³⁹ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADI 2970, relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 20/04/2006

Como reforço, esclarecemos que o Pretório Excelso já expressamente proclamou que as normas que regem o procedimento investigatório criminal, visto que não se submetem à cláusula inculpada no Art. 22, I da CF/88 pois:

a legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do Art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal.⁴⁰

Por todo o exposto e confirmado por sólida jurisprudência, é possível afirmar que a regulamentação do acordo, pelo Art. 18 da resolução 181/17 do CNMP não envolve matéria de direito processual, vez que se trata de avença realizada em procedimento administrativo, em que não há o exercício de pretensão punitiva por meio da denúncia/queixa, não há partes, exercício da jurisdição penal ou se faz necessária a observância do princípio do contraditório e ampla defesa. Resumindo: não há processo penal.

4.3 O Acordo de não persecução penal não ostenta natureza penal

⁴⁰ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - ADI 2886, relator(a): Min. EROS GRAU, relator(a) p/Acórdão: Min. JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014.

Outro viés argumentativo que se apresenta em favor da alegada inconstitucionalidade formal do acordo de não persecução penal, por força da resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, é aquele onde se afirma que tal tema envolve matéria penal, estando assim, limitada à competência legislativa da União (Art. 22, I, CF/88).

Afirma-se que o acordo de não persecução penal se confunde com o *plea bargain* da *common law*.

Com as devidas vênias ao entendimento diverso, nos parece que a distinção entre eles é clara.

No acordo de não persecução penal não há aplicação de pena. No *plea bargain* há uma efetiva aplicação de sanção penal. Já no acordo, ocorrendo o seu descumprimento, há o oferecimento da denúncia, iniciando-se a instrução penal, objetivando a aplicação de uma pena. No *plea bargain*, apenas se executa a pena.

Dessa forma, a pena acordada no *plea bargain* anglo-saxão tem caráter impositivo, não havendo necessidade de submetê-lo a julgamento, conforme já decidido pela Suprema Corte Americana pois o acusado

“depois de aceitar um *plea de nolo contendere*, com relação a uma acusação que imputa um delito punível com multa ou prisão, ou ambos, um tribunal federal pode impor uma pena de prisão.”⁴¹

⁴¹ SUPREMA CORTE DO ESTADOS UNIDOS Hudson vs United States [272 U.S. 451 (1926)]

Forçoso concluir que o acordo previsto pela Resolução 181/17 não impõe penas, estabelecendo direitos e obrigações de natureza negocial. O investigado cumpre suas obrigações se assim quiser, inexistindo a possibilidade de cumprimento forçado.

Tal afirmação se mostra possível pois não existe o fator imperatividade, comum às penas tradicionais, onde, independentemente de sua vontade, o Estado impõe coercitivamente a pena ao condenado.

Não havendo aplicação de pena forçosa a conclusão que o acordo não envolve violação à norma prevista no Art. 22, I da CF/88.

4.4 O Acordo de Não Persecução penal como matéria de política criminal do titular da ação penal

Conforme citado por Rogério Ferreira Leite Cabral⁴², Roxin, em conferência proferida em Berlim, nos idos de 1970, publicada em sua obra *Política Criminal e Sistema Jurídico*, sustentou a necessidade de um vínculo indissociável entre Política Criminal e Direito Penal.

Para o pensador alemão

⁴² Cabral, Rodrigo Leite Ferreira, *Acordo de Não Persecução Penal*, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 34

“o direito penal é uma das formas de concretização das finalidades jurídico-penais, sendo impossível fazer-se uma desvinculação entre a construção dogmática e uma política criminal adequada”.⁴³

Aqui abre-se espaço para ponderação.

Se a vinculação entre Política Criminal e Direito Penal é indissolúvel, não assistiria razão aos detratores da Resolução 181/17, visto que a mesma é, notoriamente, como aqui já afirmamos, destituída de conteúdo normativo-penal?

De maneira a manter a coerência do trabalho que ora se apresenta, s.m.j, a conclusão do mestre germânico permanece válida.

A atuação criminal objetivando os ideais político-criminais contempla dois momentos: a fase legislativa e a fase da persecução penal.

Na segunda fase, o Ministério Público aparece como ator preponderante na busca da efetividade da persecução, pois na dicção de Paulo César Busato, os membros do Ministério Público

“na qualidade de agentes políticos têm a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades político-criminais na concretização da persecução penal”.⁴⁴

⁴³ Roxin, Claus. *Política Criminal y sistema del Derecho Penal*. Trad. Y introd. de Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. 1ª Reimp. Buenos Aires. Hammurabi, 2002, pp.101-102 apud *Acordo de Não Persecução Penal*, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 34

⁴⁴ Busato, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema Penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 69-70 in *Acordo de Não Persecução Penal*, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 35

Dessa forma, inclui-se para o MP, a atribuição de definir diretrizes e estabelecer prioridade, cobrando a adequada distribuição de meios - sempre escassos - com os quais se conta para conseguir a devida investigação e persecução mais adequadas aos delitos.

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

É com base nesse poder-dever do Ministério Público, derivado de seu monopólio da ação penal pública, que podemos extrair essa possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal.

Dessa forma, baseado nesse poder de realizar política criminal de persecução penal, é que pode o Ministério Público buscar alternativas para dar efetividade e celeridade aos casos concretos de baixa e média gravidade, por meio de acordos de não persecução.

Pontuamos, uma vez mais, que a natureza jurídica do acordo de não persecução é a de negócio jurídico extraprocessual, consubstanciando política criminal exercida pelo Ministério Público, titular da ação penal.

Tal negócio jurídico é fruto de um consenso entre as vontades do investigado e do MP, concordando aquele em prestar serviços à comunidade ou em pagar prestação pecuniária (ou qualquer outro requisito previsto na Resolução 181/17) ao passo que este - o *Parquet* - se compromete a arquivar o feito, caso a avença seja integralmente cumprida.

Não há imperatividade no acordo, como também já se abordou neste trabalho. O investigado cumpre o negociado se assim quiser. Por óbvio que, em caso de descumprimento, o Ministério Público oferecerá a denúncia em desfavor do investigado.

Com isto bem ponderado, reforça-se a conclusão que ofertamos acima: a natureza jurídica ao acordo de não persecução penal é a de negócio jurídico extrajudicial, onde o

Ministério Público veicula uma política criminal pautada pelos termos da Resolução 181/17, inexistindo assim qualquer inconstitucionalidade formal na sua previsão através de regulamento autônomo do Conselho Nacional do Ministério Público.

5 A suposta violação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal

Outro argumento brandido contra a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal é que tal negócio jurídico violaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Não há que se falar em relação de exclusão entre o princípio da obrigatoriedade e a celebração de um acordo de não persecução penal.

Alberto Binder com propriedade assevera que

pode-se perfeitamente refletir entorno do princípio da seleção de casos (oportunidade) sem nenhuma referência ao princípio da legalidade (política que ‘exclui’ a seleção). Não são opostos ou melhor dito, sua consideração como ‘opostos’ - e a ‘oportunidade regrada’ como síntese - é apenas, e não especificamente a mais produtiva forma de analisar o tema. A seleção de casos dá-se em duas dimensões. Em primeiro lugar, existe uma dimensão

vinculada à política criminal e, em segundo lugar, outra dimensão relativa à justiça penas, concebida como uma organização com recursos limitados.⁴⁵

Destarte, a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer - sempre -a mesma coisa e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade.

O cerne da controvérsia cinge-se ao fato de que é vedado ao Ministério Público, ausente fundamentação sólida, abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder.

Esse dever de atuação - mesmo que não efetuado sempre através da ação penal - decorre do princípio da moralidade (Art. 37, *caput*, CF/88) e do dever de atuação objetiva, o qual deve marcar a atuação do Ministério Público.

Essas balizas constitucionais afastam o favoritismo e o protecionismo, justamente o que o princípio da obrigatoriedade busca evitar, ao preceituar a proposição de ações penais a quem quer que seja, desde que preenchidas as condições necessárias para tanto.

Ao contrário, o acordo de não persecução penal preserva o melhor do princípio da obrigatoriedade, evitando que o Ministério Público se transforme em acusador robotizado, dotando-lhe não de discricionariedade, mas sim de efetividade, ao possibilitar que o Estado-Juiz dê uma resposta adequada e suficiente aos delitos ocorridos em seu tecido social.

⁴⁵ BINDER, Alberto. Fundamentos para a reforma da Justiça Penal. Florianópolis. Empório do Direito, 2017, p. 160 in Acordo de Não Persecução Penal, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 38

6 A suposta inconstitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal

Embora não nos filieemos a tal corrente e entendamos que os argumentos expendidos até o momento são suficientes para espancar qualquer dúvida, em apreço ao contraditório, devemos apresentar o pensamento contrário, aquele que entende inconstitucional a adoção do Acordo de Não Persecução Penal em nosso ordenamento jurídico.

Parte dos argumentos já foi apresentada e aqui rechaçada.

Uma delas diz respeito à suposta falta de competência do Conselho Nacional do Ministério Público para a edição de uma Norma com o teor da trouxe ao ordenamento jurídico nacional o Acordo de Não Persecução Penal.

Em artigo jurídico recente, publicado em 22 de outubro de 2019⁴⁶ o juiz federal Mauro Cesar Garcia Patini, da Vara Federal de Cáceres (MT) ao comentar as atribuições do CNMP, afirmou que as mesmas são

“(de) controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público. Não faz parte das competências do órgão, portanto, a criação de figuras processuais penais, muito menos dizer o que o juiz deve fazer, por meio de resolução”.

Prossegue o magistrado:

⁴⁶ Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-out-22/acordos-nao-persecucao-mp-sao-inconstitucionais-juiz>>, último acesso em 25/11/2019

“seria extremamente danoso e nefasto caso houvesse uma concentração, num único órgão, das funções de acusar, julgar e punir ao mesmo tempo”.

Entendeu o magistrado que a promulgação da Constituição de 1988 consagrou os direitos e garantias individuais, afastando a possibilidade de o juiz instaurar de ofício uma ação penal que ele, futuramente viria a instruir e julgar.

O juiz pontuou ainda que

fazer o raciocínio inverso, após longos 30 anos, agora concentrando funções nas mãos do MP de acusação, julgamento (sem defesa técnica) e aplicação de penas - ainda que não privativas de liberdade, mas ainda penas - seria retroagir na tutela de direitos e garantias individuais.

Apenas como contraponto, pensamos não assistir razão ao ilustre magistrado.

Como já exposto acima ao longo deste trabalho, não há julgamento e sim um acordo, de natureza negocial. O acusado é assistido por sua defesa, que pode desaconselhar a assinatura do acordo. Não há imposição de penas, pois falta imperatividade ao acordo.

Ainda assim, os argumentos esposados pelo juiz federal Mauro Cesar Garcia foram adotados pela AMB e pelo Conselho Federal da OAB, em ações diversas de inconstitucionalidade.

O Conselho Federal da OAB questionou sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do MP, previstos na Resolução 181/2017, modificada *a posteriori* pela Resolução 183/2018. A OAB entende que a Resolução contestada

extrapolou seu poder regulamentar inovando no ordenamento jurídico. Isso porque, de acordo com a ADI, além de competir privativamente à União legislar sobre matéria processual e penal, a norma permitiu ao Ministério Público dispensar a ação penal “e adentrar em estabelecimento para vistorias, inspeções e quaisquer outras diligências sem o crivo do Poder Judiciário, em completa violação ao texto constitucional”.⁴⁷

Alegou o Conselho Federal ainda

afronta a normas constitucionais, como usurpação de competência privativa da União e da instituição policial, extrapolação do poder regulamentar conferido ao CNMP, ofensa aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica (artigo 5º, caput). Também sustenta violação à indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal e inviolabilidade de domicílio⁴⁸.

Já a Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB - que pretende a revogação de toda a norma, com exceção ao artigo 24 da Resolução 183, o qual revoga a norma antecedente.

Essa ADI recebeu o número 5790; a ADI manejada pelo Conselho Federal da OAB recebeu o número 5793. Ambas são da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, com pedidos de liminares e mérito ainda não apreciados.

O membro do Ministério Público em Santa Catarina, Henrique da Rosa Ziesemer, professor da Escola do MPSC, mestre e doutorando em Ciência Jurídica, membro da comissão da CONAMP de reforma e elaboração do novo Código de Processo Penal endossa as críticas já ofertadas.

⁴⁷ Disponível em <http://stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581&caixaBusca=N>, último acesso em 25/11/2019.

⁴⁸ Loc. cit, último acesso em 25/11/2019

Afirma ele que apesar de já alterada pelo CNMP em 12/12/2017, o que culminou da edição da Resolução 183/2017, várias inconstitucionalidades ainda se fazem presentes no texto da Resolução destacando a falta de competência normativa do CNMP, a vulneração do Art. 22, I da CF/88, a ofensa aos princípios da obrigatoriedade e do devido processo penal, entre outros.

Em suas palavras

além de outros graves problemas de constitucionalidade, a introdução de tais espaços de não-obrigatoriedade a um patamar não previsto em lei, por meio de resolução, inova a ordem processual penal, acarretando não só evidente violação à legalidade estrita, mas incorrendo em flagrante inconstitucionalidade, sobretudo por afronta ao art. 22, I, da CF.⁴⁹

Em abordagem prévia, restou claro que não há invasão à competência legislativa da Câmara dos Deputados. Em relação à obrigatoriedade, nos parece que a ponderação entre oportunidade e obrigatoriedade deve existir.

Na dicção de Tourinho Filho⁵⁰, citado por Mateus Lisboa de Araújo⁵¹, dois são os adágios que se revelam neste embate entre a obrigatoriedade e a oportunidade.

Em relação ao primeiro, temos que os delitos não devem ficar impunes. No vernáculo latino, *nec delicta menant impunita*.

Já para a oportunidade, aplica-se a máxima *minima non curat praetor*, o qual significa que o gestor (estado) não se preocupa com coisas mínimas.

O segundo nos parece mais pertinente e adequado aos dias atuais, e diante dos dados carcerários já citados neste trabalho, em promover a oportunidade no processo penal.

⁴⁹ Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>>. Acesso em: 25 nov. 2019.

⁵⁰ Tourinho Filho, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal, 16ª ed. rev e atual. São Paulo, Saraiva, 2015, p.169.

⁵¹ Araújo, Mateus Lisboa de, Acordo de Não Persecução Penal e Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal: Novos Paradigmas para a Solução de Casos Criminais no Brasil, 2018, 61 p. TCC (Bacharelado) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2018.

Não seria o Acordo de não persecução penal a primeira das formas utilizadas pelo direito brasileiro para afastar a persecução penal. A transação penal, presente no Art. 76 da Lei 9099/95, da qual já falamos aqui, está presente no ordenamento jurídico nacional a mais de 25 anos.

7 O *Jus puniendi* estatal: manutenção ou afrouxamento do controle social realizado pelo Direito Penal?

O acordo de não persecução penal, quando autorizou excepcionalmente que o Ministério Público deixasse de exercitar a ação penal, abriu no ordenamento jurídico pátrio espaço de oportunidade para o referido exercício da ação penal? Ou teria apenas cerceado tal exercício, atribuindo um *plus* no critério do interesse processual?

Isto porque se o acordo de não persecução penal introduz o princípio da oportunidade para o exercício da ação penal, há necessária inovação legislativa quanto ao citado exercício.

A natureza jurídica das medidas de responsabilização trazidas pela Resolução 181 - e pelo próprio acordo de não persecução penal em si - são penas em sentido estrito (e jurisdicional do termo)? Tais medidas afetam o *jus puniendi*? Abordaremos as respostas no subitem que se segue.

7.1 A jurisdicionalidade da pena

Uma das lições tradicionais que nos é transmitida pelo Direito Processual Penal é aquela que dá conta do caráter inafastável e indelével da jurisdição como meio de realização da pena no estado de Direito. A chamada jurisdicionalização da pena deriva da compreensão de que o processo penal viabiliza o pronunciamento sobre o fato reputado como relevante para o Direito Penal. Não há (ou não haveria) pena sem a manifestação jurisdicional, pois a solução das questões atinentes ao direito de punir do estado - *jus puniendi* - passam, necessariamente, pela manifestação do Poder Judiciário.

O professor Rogério Lauria Tucci, citado por Antonio Henrique Graciano Berger, afirma que a partir da dessa compreensão de jurisdicionalização da pena, surge o caráter inevitável da jurisdição penal. Tal inevitabilidade para a realização da pena conduz, necessariamente, para a sua necessidade pois a imposição da sanção penal somente é possibilitada pela por aquilo que ele chama de ação judiciária.⁵² Se a jurisdição penal se apresenta como meio inafastável para a realização da sanção penal é o Estado quem tem o poder-dever de processar e julgar causas criminais.

O debate a respeito da inevitabilidade da jurisdição penal conduz necessariamente ai que se compreende como o conteúdo dessa mesma jurisdição penal. O jurista Rogério Lauria Tucci sustenta que esse conteúdo deve ser compreendido como o poder-dever jurisdição de processar e julgar as causas penais somada à função de administrar a Justiça Criminal e à atividade em que o exercício dessa função se efetiva - o processo penal propriamente dito.

Dessa forma, o processo penal se presta a remover eventual desacordo entre o Estado e o particular que se encontre acusado de suposta prática criminosa, sua existência, autoria e a reprimenda a ela cominada. Com base nas lições dos professores Rogério Lauria Tucci e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, citados por Antonio Henrique Graciano Suxberger, que a solução da lide que nos é apresentada deverá usar como ferramenta o processo penal, inafastável, é a materialização de interesses contrastantes e justapostos. Por um lado, temos o Estado, a perseguir a punição do culpado como corolário de seu poder-dever de punir - *jus puniendi*. Do outro, o particular, a quem interessa o resguardo e a asseguaração de seu direito de liberdade.

Afinal se o *jus puniendi* é manifestação do atributo de soberania do estado, por ter tomado para si o monopólio do uso da força de maneira legítima, forçosa a conclusão que a

⁵² Tucci, Rogério Lauria: Teoria do Direito Processual Penal: jurisdição, ação e processo penal(estudo sistemático), São Paulo, RT, 2002, p.67

pena se dá através do brocardo latino *nulla poena sine iudicio*. Reforça-se a percepção que o *jus puniendi* estatal se materializa quando presente o conflito penal por meio do processo penal. Este, por sua vez, ocorre através da provocação oportunizada pelo exercício da ação penal. O *jus puniendi* é definido como um meio de coação indireta, já que realizável apenas processualmente.

Frederico Marques afirma que é imprescindível o exercício do direito à jurisdição

toda vez que o poder de império do Estado se acha sujeito a limitações no seu exercício, por depender de apreciação jurisdicional. Assim, a ação penal é resultante das garantias individuais que tornam o *jus puniendi* um direito de coação indireta: afinal, ninguém pode ser condenado a pena criminal senão por meio de uma sentença judiciária. Como esse pronunciamento deve resultar de um processo e derivar de uma autoridade judiciária, a ação penal se torna imprescindível, porque os órgãos jurisdicionais e o processo judiciário não se iniciam sem provocação que tire o órgão julgador da inércia e instaure instância penal.⁵³

A ação penal condenatória, dessarte, tem por objetivo o reconhecimento da prevalência do interesse punitivo - novamente o *jus puniendi* - sobre a liberdade do indivíduo - *jus libertatis* - para que a este seja eventualmente imposto o preceito sancionatório da norma penal incriminadora. A razão de tal preocupação se manifesta através de brocardo latino já citado anteriormente: *nec delicta manent impunita* (os delitos não devem permanecer impunes). A suposta evolução (questionável, sob todos os aspectos) do sistema jurídico-penal nos remete ao quadro atual: superlotação carcerária, fracasso na ressocialização, prevenção de crimes pela pena, nos levando a questionar se a resposta para o enfrentamento da marginalidade, crescente e em elevado grau de sofisticação, se deve dar através da obrigatória jurisdicionalização dos conflitos penais.

Há interesse em jurisdicionalizar toda e qualquer ação penal, mesmo aquela onde não há conflito entre o *jus puniendi* e o *jus libertatis*?

Deve-se registrar, uma vez mais, o que Rogério Lauria Tucci, que mesmo na condição de defensor contumaz e empedernido da obrigatoriedade do exercício da ação penal,

⁵³ Marques, José Frederico. Elementos de direito processual penal, 2.ed. Atualização por Eduardo Ferrari. Campinas. Campinas:Millenium, 2000, vol I, p. 347

reconhece que, o Ministério Público quando exerce a titularidade da ação penal, o faz reconhecendo que essa titularidade se reveste de relevante espaço decisório.

Assim se manifestou o jurista:

bem é de ver, todavia, que isso não significa deva o Ministério Público oferecer denúncia, então, automaticamente; até por que, para tanto, deverá forma-se a *opinio delicti*, de sorte a revestir-se sua atuação (intimamente relacionada com esses pressupostos técnicos do exercício do direito à jurisdição), em seguida ao término da primeira fase da *persecutio criminis*, de certo e inafastável subjetivismo.

E prosseguiu:

A proposição acusatória deve suceder, portanto, à formação da convicção ministerial sobre a prática de infração penal e respectiva autoria. E, no caso de esta não se concretizar, haverá lugar para a formulação de pedido de arquivamento, necessariamente motivado, a teor do Art. 28 do CPP, que alude a “razões invocadas”, ou seja, a motivação que, tida como relevante, deverá se encampada pelo órgão jurisdicional ou pelo chefe do Ministério Público.⁵⁴

7.2 O *jus puniendi* e o interesse processual

O acordo de não persecução penal, formalizado e cumprido, materializa a oportunidade no exercício da ação penal consistente na aferição de que o exercício da ação penal nesse caso

⁵⁴ Tucci, Rogério Lauria: Teoria do Direito Processual Penal, : jurisdição, ação e processo penal (estudo sistemático), São Paulo, RT, 2002, p. 117-118.

concreto não mais detém o necessário interesse processual. Afinal, quando se visualiza o conteúdo do acordo de não persecução penal, tem-se a hipótese em que a ação penal não se justifica, seja porque a pretensão estatal foi atendida em campo extrapenal (o investigado foi responsabilizado pelo fato noticiado), seja porque o interesse social relevante já foi satisfeito (dano reparado, efeitos equivalentes aos decorrentes genericamente de uma condenação atendidos).

O *Parquet* quando celebra o acordo de não persecução penal está muito distante de perdoar o investigado ou mesmo de manejar o *jus puniendi* estatal, pois este deriva inafastavelmente de manifestação jurisdicional. Não há extinção da punibilidade em acordo de não persecução penal, pois não houve exercício do direito de ação. Ao contrário, não há razão - interesse - de provocação da tutela jurisdicional, como garantia constitucional, porque o direito por ela veiculado já restou sobejamente atendido por via alternativa e despenalizante.

Para o professor Tucci, verificada a prática do crime - situação concreta de conflituosidade - incumbe ao Estado, mediante a atuação de agentes a tanto credenciados, restaurar a ordem jurídica pelo evento criminoso atingido, de maneira a restaurar a paz social, assecuratória da segurança pública.⁵⁵

Tal visão, embora respeitável, nos parece desatualizada, além de inadequada, em nossa posição, na maneira de como o Estado lida na solução de conflitos penais.

Não há dúvida que a aplicação da pena, compreendida como sanção decorrente do reconhecimento da prática de um crime, deriva de procedimento que respeita necessariamente manifestação jurisdicional. Por tal razão cabível o questionamento: o Acordo que implica medidas que em tudo se assemelham a penas restritivas de direitos, celebrado entre o investigado confesso e o titular do direito da ação - Ministério Público - é pena (advinda de plena jurisdicionalidade)?

A resposta é negativa.

Como já abordado neste trabalho, sob outro prisma, no acordo de não-persecução o investigado concorda voluntariamente com a imposição de prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, reduzida de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público e/ou pagar prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social. As medidas guardam similitude com as

⁵⁵ Ob. Cit., p. 22 apud *Acordo de Não Persecução Penal*, 2 ed. rev., atual., ampl., 2019. Salvador. Ed. JusPODIVM, p. 111.

penas restritivas de direito mas são sanções penais, no estrito significado do termo? Se assim o forem, mesmo não tendo havido manifestação de jurisdicionalidade estatal - a ação penal - o *jus puniendi* foi exercido pelo ente público?

A resposta permanece negativa.

Ainda que as medidas descritas guardem similitude com as penas restritivas de direitos, não são sanções penais, na completa acepção do termo, pois não derivam do reconhecimento de acontecimento de crime. O fato de o acordo de não persecução penal submeter-se a prévio controle jurisdicional não afasta a ideia de que o conteúdo do acordo não se consubstancia em pena em sentido estrito. Muito pelo contrário! Tal submissão materializa previsão de cautela e garantia ao investigado que celebra o acordo, pois afasta do investigado a possibilidade de que mesmo cumprindo o acordo e promovendo o Ministério Público pelo arquivamento, o juízo possa indeferir tal pleito.

Embora o acordo de não persecução penal tenha o condão de esvaziar o interesse processual necessário ao interesse ao manejo do exercício do direito de ação pelo Ministério Público, o cumprimento das condições acordadas no negócio jurídico-processual celebrado entre o titular da ação penal e o investigado confesso não acarretará reconhecimento da extinção da punibilidade ou qualquer solução que atinja materialmente o *jus puniendi* estatal. Não haverá ação penal mas não se vulnerará o direito de punir do estado pois não houve processo algum para a imposição da sanção penal como a entendemos e reconhecemos em nosso ordenamento jurídico.

Dessa maneira podemos afirmar que é essa compatibilidade que tornam concordantes, na prática do acordo de não persecução penal, a garantia da tutela jurisdicional e a titularidade privativa da ação penal pública outorgada ao Ministério Público - ambos com assento constitucional.

A tutela jurisdicional apenas se materializa por meio do exercício do direito de ação que é inafastável apenas e tão somente naqueles casos onde se mostre necessária e útil para a coerção indireta decorrente entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do indivíduo, como discorreremos acima. Já a titularidade para o exercício da ação penal pública pelo Ministério Público só ocorre quando o *Parquet* vislumbra interesse processual para buscar a citada tutela constitucional.

Em nosso entendimento, é esse o cerne da questão que ora se debate: a adoção entre nós do princípio da oportunidade no exercício da ação penal pelo Ministério Público, quando

este utiliza do acordo de não persecução penal. Não se trata de discricionariedade persecutória - tema também já abordado alhures neste trabalho - com riscos de abusos ou desvirtuamento (favorecimento) do titular da ação penal no exercício da sua titularidade constitucionalmente assegurada para provocar a jurisdição penal. É, em verdade, um detalhado instrumento pré-processual que possui a aptidão de esvaziar eventual interesse processual na persecução penal em juízo.

Uma vez mais repetimos. Não se confunde a “pena” acordada através desse instrumento pré-processual com a “pena” sanção, ostentando a marca da jurisdicionalidade, pelo reconhecimento em juízo de autoria e materialidade da ocorrência do delito. O acordo de não persecução penal veicula medidas de responsabilidade do investigado confesso, existindo dois pontos que indubitavelmente distinguem tais medidas do conceito de reprimenda juridicamente considerada.

As medidas são acordadas, aceitas voluntariamente pelo investigado confesso em peça onde há a assistência de defensor técnico. Segundo, porque seu cumprimento não implica solução que atinja o *jus puniendi* estatal. Há o esvaziamento do interesse processual que deve estar presente em todo o exercício de ação penal, sem jamais implicar reconhecimento da prática de ato criminoso e da responsabilidade do acusado por sentença ou afetar o *jus puniendi* do estado, que só pode ser atingido por meio de manifestação dotada de jurisdicionalidade.

8 Conclusão

O chamado acordo de não persecução penal, como previsto na Resolução 181 e revisto pela Resolução 183/18 deriva de legítimo poder regulamentar da atribuição regulamentar da atribuição prevista na CF/88 para que o Ministério Público exerça privativamente a ação penal pública, prevista no Art. 129, I do texto constitucional. O exercício dessa atribuição se realiza

na materialização da *opinio delicti*, o juízo do titular da ação penal sobre o poder-dever de exercitar o direito de ação perante o Judiciário naqueles casos em que a mesma se faça necessária.

Inegável que a sanção penal guarda jurisdicionalidade. A resposta penal que se oferece a uma lide criminal processualmente deduzida é aquela que se situa entre o *jus puniendi* estatal e o *jus libertatis* do indivíduo. Ao logo deste trabalho, chegamos a conclusão que tal exercício do direito de ação em juízo não se dá de modo indelével em todos os casos de prática criminosa - e nem poderia - e sim nos casos em que a resposta penal deva ser materializada necessariamente.

Em sua obra clássica Tratado das Ações, Pontes de Miranda nos ensina sobre a obrigatoriedade e a oportunidade no exercício da ação penal. Ao rememorar que a pretensão - ação de direito material - não se confunde com o exercício do direito de ação em juízo (ação de direito processual), sua lição é segura no sentido da inafastabilidade e jurisdicionalidade do direito do *jus puniendi* estatal, mas não necessariamente de ser inevitável o direito de provocar a jurisdição penal por meio da ação penal. As condições para seu exercício devem estar presentes, mormente o interesse processual, como discorremos anteriormente.

Dessa forma concluímos que no acordo de não persecução penal não há conflito entre obrigatoriedade e oportunidade e a garantia constitucional de inafastabilidade da jurisdição. Mesmo inafastável, esta não se mostra sempre necessária como meio de coerção indireta para garantir a prevalência do poder punitivo do Estado sobre o *jus libertatis* do indivíduo. Logo, não há afrouxamento do *jus puniendi* estatal.

Outrossim, embora o acordo de não persecução penal aparentemente amplie o poder decisório do Ministério Público, para dizer sobre o exercício da ação penal, em verdade, tal previsão, tão somente, lança luz e abre debate sobre um espaço decisório que há muito existe.

Finalmente, o emprego do acordo de não persecução penal, ao lançar luz sobre sua discricionariedade, regula o exercício decisório, dá nova dimensão ao interesse processual, ao conjugá-lo com a efetividade, criando instrumentos para seu controle e, se manejado corretamente, pode se transformar em alternativa viável para o estabelecimento de uma justiça penal consensual.

9 Bibliografia:

Acordo de Não Persecução Penal. / coordenadores: Rogério Sanches Cunha; Francisco Dirceu Barros; Renee do Ó Souza; Rodrigo Leite Ferreira Cabral - 2 ed. - Salvador: Editora *JusPODIVM*, 2018

Lima, Renato Brasileiro de; Manual de Processo Penal: volume único. 5. ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: Ed. *JusPODIVM*, 2017

Santos, Marcos Paulo Dutra. Colaboração (delação) Premiada. 3 ed. rev., ampl. e atual. - Salvador: *JusPODIVM*, 2019

Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - Infopen, atualizado até junho/2017. - <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>

Araújo, Mateus Lisboa de, Acordo de Não Persecução Penal e Mitigação do Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal: Novos Paradigmas para a Solução de Casos Criminais no Brasil, 2018, 61 p. TCC (Bacharelado) - Universidade Federal de Pernambuco, Pernambuco, 2018.