

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

A **Justiça Negociada**¹ é um fenômeno que está em evidência no BRASIL em razão das chamadas “colaborações premiadas”, especialmente aquelas realizadas no âmbito da operação “Lava Jato”. Nesta perspectiva, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a RESOLUÇÃO Nº 183, DE 24 DE JANEIRO DE 2018 tratando do chamado **acordo de não persecução penal**.²

De acordo com o voto do relator da PROPOSTA Nº 1.00927/2017-69 que gerou a RESOLUÇÃO Nº 183, de 2018, “*Como já debatido no âmbito da Resolução nº 181/2017, busca-se uma solução institucional para resguardar a persecução penal em juízo efetivamente para crimes mais graves. É, inclusive, determinação veiculada na ADPF 347 (MC) – a que reconheceu o estado de coisas inconstitucional do sistema prisional brasileiro.*”³

Já há quem critique a nova disciplina do acordo de não persecução penal novamente em razão da ausência de previsão legal específica para tanto (lei em sentido formal, editada pelo Poder Legislativo)⁴. Não constitui, todavia, novidade no direito comparado a celebração de acordos de tal natureza, inclusive sem a expressa previsão legal.

¹ A verdade negociada no processo é objeto de críticas por parte da doutrina. A propósito, MICHELE TARUFFO disserta que “*La concepción negocial de la determinación de los hechos es discutible por varias razones, la más importante de las cuales es que parece fundarse en un equívoco con respecto a la naturaleza y a la función de la alegación de los hechos y de la oposición o falta de oposición a los mismos*” (Simplemente la verdad, El juez y la construcción de los hechos. Madrid, Barcelo, Buenos Aires 2010. Marcial Pons. Pág. 143).

² O tema havia sido abordado inicialmente pela RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017 que foi objeto das ações diretas de inconstitucionalidade nos 5.790 e 5.793 propostas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. Diante dos fundamentos daquelas duas ações diretas de inconstitucionalidade, o Conselho Nacional do Ministério Público resolveu promover adequações à sistemática do acordo de não persecução penal com o propósito de adequá-lo ao sistema jurídico vigente.

³ Trecho do voto do CONSELHEIRO RELATOR LAURO MACHADO NOGUEIRA.

⁴ A propósito, bom artigo da autoria de HENRIQUE DA ROSA ZIESEMER e JÁDEL DA SILVA JÚNIOR denominado “*As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP*” em <https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>

Acerca do tema, observa Rodrigo Leite Ferreira Cabral que:

*“[...] a resolução é fortemente influenciada pela experiência alemã, cuja possibilidade de acordo surgiu, mesmo sem previsão em lei, em decorrência de práticas informais dos promotores, que constataram a incapacidade do sistema processar todos os casos. Essa prática de celebrar acordos, posteriormente, acabou sendo chancelada pela Suprema Corte alemã, que reconheceu a sua constitucionalidade, ainda que sem previsão em lei”.*⁵

A propósito, deve ser destacado que a Resolução 183/2018 possui natureza de norma “**procedimental**” e não processual propriamente dita - neste último caso a competência legislativa seria privativa da União por intermédio do Congresso Nacional (artigo 22, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988) - já que o acordo de não persecução penal antecede à promoção da ação penal pública, cingindo-se à etapa preliminar da persecução criminal (fase de investigação).

Ademais, o Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do Conselho Nacional de Justiça – e, desse modo, igualmente, as do Conselho Nacional do Ministério Público - possuem “*caráter normativo primário*” (ADC 12 MC). Por conseguinte, à semelhança das **audiências de custódia** - disciplinadas pela **Resolução 213, de 2015 do CNJ** - embora careça de legislação específica, o acordo de não persecução penal decorre do **sistema acusatório** instituído pela Constituição da República de 1988 (artigo 129, inciso I).

E como bem percebido por Rogério Sanches Cunha e Renee do Ó Souza, trata-se de **instituto benéfico ao réu**, sendo desnecessária a observância da estrita legalidade:

Quanto à legalidade estrita, não se verifica qualquer prejuízo ao indigitado/réu, pois o instituto não amplia o poder punitivo do Estado. Ao contrário. Trata-se de instituto que beneficia o implicado que, além

⁵ <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp> [As considerações do autor tratavam da Resolução 181/2017, mas servem igualmente para a atual Resolução 183/2018, que alterou diversos dispositivos daquele regramento].

da diminuição da pena, não experimentará qualquer sentença penal condenatória contra si proferida. A extensão de institutos penais benéficos é prática comum na dogmática penal brasileira, bastando lembrar o que ocorre, por exemplo, com o pagamento de cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia. A rigor, referida situação levaria tão somente a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Porém, a jurisprudência consolidou que, neste caso, por razões de política criminal, há uma exceção mais favorável ao réu, e a ação penal não pode ser iniciada. Neste sentido é a súmula 554 do STF “O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal.”⁶

Outra crítica que se faz ao acordo de não persecução penal se relaciona ao chamado **princípio da obrigatoriedade da ação penal**, segundo o qual o Ministério Público em nossa ordem jurídica (sistema *civil law*) estaria obrigado a denunciar qualquer fato delituoso que chegasse ao seu conhecimento. Assim, ao contrário dos ordenamentos jurídicos que adotam a *common law* - nos quais o *Parquet* poderia realizar tais acordos – o princípio da obrigatoriedade impossibilitaria a seletividade na persecução criminal brasileira.

Trata-se de uma percepção equivocada de nossa ordem jurídica. Em verdade, como parte ou fiscal da lei, em juízo ou fora dele, no processo civil ou penal, o Ministério Público atua sempre como *custos legis*, isto é, movido pelo **princípio da legalidade** (este sim amplamente consagrado no ordenamento pátrio). Ou seja, incumbe ao Ministério Público, em qualquer circunstância e, portanto, também na promoção ou não de uma ação penal pública, velar pelo princípio da legalidade (e não necessariamente de uma obrigatoriedade incondicionada).

No direito comparado, ao analisar o *Ministerio Fiscal* espanhol, José Martínez Jiménez destaca que:⁷

Su función primordial consiste en promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, lo que en el proceso penal se traduce, como

⁶ <http://meusitejuridico.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>

⁷ Derecho Procesal Penal. Editorial Tecnos (Grupo Anaya S.A) 2015. Pág. 69.

expresa el artículo 105 de La Ley de Enjuiciamiento Criminal, en «la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que considere procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código penal reserva exclusivamente a la querrela privada».

A concepção de obrigatoriedade da ação penal vem sendo relativizada há anos, conforme se verifica do advento da Lei nº 9.099, de 1995, até as recentes normatizações da colaboração premiada, por meio da Lei nº 12.850, de 2013. Por tal razão, atualmente se fala mais apropriadamente em “**discricionariedade regrada**”.

Em verdade, a seletividade de atuação no sistema criminal ocorre em maior ou menor grau desde que um fato concreto chega ao conhecimento da polícia até o gabinete do membro do Ministério Público. São incontáveis os casos de conciliação entre pessoas na própria delegacia de polícia (vizinhos que brigam, por exemplo) que sequer chegam ao conhecimento do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Em outras palavras, a **seletividade** na persecução criminal haverá em qualquer sistema jurídico, ainda que de modo informal (o que é de todo indesejável em um Estado Democrático de Direito pautado pela legalidade). A proposta de não persecução penal tem o mérito de formalizar a seletividade na persecução criminal, tornando republicana e transparente a sua prática.

Com relação à **legitimidade** democrática do Ministério Público para celebrar acordos de não persecução penal, além de se tratar de uma *“instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”* (artigo 127, *caput*, da CRFB/88), deve-se frisar que as suas chefias são nomeadas pelo chefe do Poder Executivo (estadual ou federal, conforme o caso), na forma do artigo 128, §§1º e 3º, da CRFB/88.⁸

⁸ Acerca do perfil do Ministério Público após a CRFB/88, Alexandre de Moraes anota que: “A Constituição Federal de 1988 ampliou sobremaneira as funções do Ministério Público, transformando-o em um verdadeiro defensor da sociedade, tanto no campo penal com a

Além disso, o CNMP é composto por quatorze membros nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal (artigo 130-A, da CRFB/88), o que demonstra a fisionomia democrática do órgão editor da Resolução 183/2018.

Superadas essas questões, passa-se à análise do acordo de não persecução penal regulamentado pela RESOLUÇÃO 183/2018. Vejamos:

Estipula inicialmente a resolução que, havendo indícios suficientes de autoria e materialidade, o Ministério Público poderá propor ao investigado **acordo** que evitará a deflagração da ação penal, desde que este **confesse formal e circunstanciadamente** a prática de **crime cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos e que não tenha sido cometido com violência ou grave ameaça a pessoa**, além de cumprir as seguintes condições (cumulativas ou não): I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; e V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Destaque-se, todavia, que o acordo **não poderá ser realizado no âmbito da justiça militar, nos crimes cometidos por militares** (artigo 18, §12). Ademais, a análise da pena **mínima** inferior a 4 (quatro) anos **levará em consideração as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao**

titularidade exclusiva da ação penal pública (cf. comentário sobre art. 5º, LIX) quanto no campo cível como fiscal dos demais Poderes Públicos e defensor da legalidade e moralidade administrativa, inclusive com a titularidade do inquérito civil e da ação civil pública.” [Direito Constitucional. São Paulo: Atlas, 2014. Pág. 624.]

caso concreto (artigo 18, §13), em conformidade com o entendimento consubstanciado na **súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça**.⁹

Além disso, foram previstas **vedações** à celebração do acordo de não persecução penal nas hipóteses em que (artigo 18, §1º e incisos): I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; 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; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos que tratam da violência doméstica e de gênero de que cuida a Lei Maria da Penha; e VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Dentre as hipóteses **impeditivas** à realização do acordo de não persecução penal previstas na resolução, merece destaque aquela prevista no artigo 18, §1º, inciso IV, que obsta a celebração do ajuste se o seu cumprimento puder acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal. Isto porque, **por ausência de previsão legal, o acordo de não persecução penal não interrompe o prazo prescricional da pretensão punitiva estatal.**

A resolução previu também que as tratativas do acordo serão registradas pelos **meios ou recursos de gravação audiovisual**, sendo que o investigado deverá sempre estar **acompanhado por seu defensor** (advogado ou defensor público) e que o ajuste conterà a **qualificação do investigado** e será claro no tocante às suas condições, sendo que uma vez realizado haverá a sua **comunicação à vítima** e os autos serão **submetidos à apreciação (homologação) judicial** (artigo 18, §2º, §3º e §4º).

Desse modo, uma vez celebrado, o acordo de não persecução penal será apreciado pelo juiz competente, o qual analisará se as condições ajustadas foram **adequadas e suficientes** para o fato apurado. Em

⁹ STJ 243: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

caso positivo, devolverá o acordo ao membro do Ministério Público para a fiscalização de seus termos (artigo 18, §5º).

Entretanto, se o juiz competente reputar que as condições estipuladas no acordo de não persecução penal foram **inadequadas ou insuficientes** para o fato investigado será aplicada a sistemática do **artigo 28 do Código de Processo Penal**, remetendo-se os autos ao órgão do Ministério Público para a reapreciação do feito (procurador-geral ou órgão superior interno), o qual poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

A resolução não prevê um momento pré-processual específico para a celebração do acordo de não persecução penal, todavia, possibilita a sua realização durante a **audiência de custódia** (artigo 18, §7º). Na prática, poderá ocorrer de o investigado, sempre acompanhado de seu defensor, realizar o acordo no próprio Ministério Público.

Celebrado o acordo, **competirá ao investigado** (acordante) comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e **comprovar mensalmente o cumprimento das condições**, independentemente de notificação ou aviso prévio e, ainda, justificar fundamentadamente eventual descumprimento do ajuste (artigo 18, §8º). Note-se que de acordo com a resolução, uma vez celebrado o ajuste, a fiscalização do adimplemento de suas condições compete ao Ministério Público mediante provocação do próprio investigado (acordante).

O eventual descumprimento do acordo de não persecução penal terá como consequências o **imediato oferecimento de denúncia** pelo Ministério Público (artigo 18, §9º) e poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o **eventual não oferecimento da proposta suspensão condicional do processo** prevista no artigo 89 da Lei nº 9.099, de 1995 (artigo 18, §10).

Por outro lado, **cumprido integralmente** o acordo de não persecução penal, a RESOLUÇÃO 183/2018 prevê que o membro do Ministério Público promoverá o **arquivamento** da investigação criminal (procedimento investigatório criminal ou inquérito policial) **necessariamente perante o juiz competente** (artigo 18, §11 c/c artigo 19, §2º).

Como visto, admite-se a celebração de acordos de não persecução penal **tanto em procedimentos de investigação criminal conduzidos pelo Ministério Público¹⁰ quanto em inquéritos policiais presididos por Delegados de Polícia**. De todo modo, havendo o adimplemento do ajuste, o arquivamento dos autos não poderá ser realizado no âmbito do próprio Ministério Público, devendo ser promovido perante o juiz competente para a causa.

Diante dessas breves considerações pode-se conceituar o acordo de não persecução penal como **“negócio jurídico pré-processual de direito público-penal que tem por escopo racionalizar a persecução criminal quando se tratar da investigação de crimes cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos e que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça a pessoa”**.¹¹

¹⁰ O Supremo Tribunal Federal decidiu nos autos do Recurso Extraordinário (RE) 593727 que *“O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição”*.

¹¹ Da leitura do conceito se depreende que em nossa concepção o acordo de não persecução penal regrado pela Resolução 183/2018 do CNMP possui natureza jurídica de **“negócio jurídico pré-processual de direito público-penal”**.