

A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL¹

IZADORA RIBEIRO FINELON PEREIRA²

THAÍS FREITAS GUIMARÃES³

FRANKLIN JONES VIEIRA⁴

Resumo: O Acordo de Não Persecução Penal é um novo modelo de justiça criminal consensual, implementado inicialmente por meio da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, que posteriormente foi introduzido no Código de Processo Penal através do Pacote Anticrime (Lei 13.964/19). Por conseguinte, surgiram questionamentos acerca de sua constitucionalidade, por intermédio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793. Nessa perspectiva o objeto geral é compreender o instituto do acordo de não persecução penal como novo modelo de justiça criminal consensual e a sua constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro, buscando avaliar o teor das ações diretas de inconstitucionalidade, correlacionando aos princípios da indisponibilidade ou da obrigatoriedade que norteiam a ação penal pública incondicionada, dispostos no Código de Processo Penal e na Constituição Federal, fazendo uma análise as regras para aplicação do referido instituto. A metodologia fundamentou no método descritivo e indutivo, através de pesquisas bibliográficas em livros doutrinários, monografias e legislações constitucionais e infraconstitucionais. Por fim, se havia qualquer discussão sobre a constitucionalidade do acordo de não persecução penal a Lei 12.964/19 aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, reduzindo significativamente o questionamento da constitucionalidade formal do acordo, já que passará a ter previsão legal expressa.

Palavras-chave: Acordo de não Persecução Penal. Justiça Negociada. Constitucionalidade.

Abstract: The Penal Non-Persecution Agreement is a new consensual criminal justice model, initially implemented through Resolution No. 181/2017 of the National Council for the Public Prosecution, which was subsequently introduced into the Code of Criminal Procedure through the Anti-Crime Package (Law 13.964 / 19). Consequently, questions arose about its constitutionality, through Direct Actions of Unconstitutionality No. 5790 and 5793. In this perspective, the general object is to understand the institute of the criminal non-persecution agreement as a new model of consensual criminal justice and its constitutionality within of the Brazilian legal system, seeking to evaluate the content of direct actions of unconstitutionality, correlating with the principles of unavailability or mandatory nature that guide unconditional public criminal action, set out in the Criminal Procedure Code and in the Federal Constitution, making an analysis of the rules for application of the said institute. The methodology was based on the descriptive and inductive method, through bibliographic searches in doctrinal books, monographs and constitutional and infraconstitutional legislation. Finally, if there was any discussion about the constitutionality of the non-criminal prosecution agreement, Law 12.964 / 19 improved the penal and penal procedural legislation, significantly reducing the questioning of the formal constitutionality of the agreement, since it will now have an express legal provision

Keywords: Non-Persecution Agreement. Negotiated Justice. Constitutionality.

Data da aprovação: 30 de setembro de 2020.

¹ Artigo apresentado ao Curso de Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida- FESAR, Ano 2020.

² Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, izadorafinelon@hotmail.com.

³ Acadêmica do curso de Bacharelado em Direito da Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, tai.freitas12@hotmail.com.

⁴ Promotor de Justiça do Estado do Pará, Especialista em Direito Processual Civil, Mestrando em Ciências Criminais, Docente na Faculdade de Ensino Superior da Amazônia Reunida – FESAR, franklinjonesvieira@gmail.com.

1 INTRODUÇÃO

O Estado é o detentor do *ius puniendi* (direito de punir) em face daquele que pratica ato definido em lei como infração, para tanto, utiliza de sistemas dentro do ordenamento jurídico para buscar a punição do agente delitivo, sendo o sistema conflitivo de grande aplicação no direito penal, visto que desde a sua instauração nutre a contenciosidade entre as partes, que de um lado é protagonizada pelo Estado que se vale do processo criminal para a aplicação de uma penalização e de outro lado o infrator que busca frustrar tal aplicação.

Todavia, é cediço que a ineficácia desse sistema conflitivo vem sendo revelada nas varas criminais brasileiras, seja pelo abarrotamento de processos por julgar, seja pela morosidade do Poder Judiciário e até mesmo, podendo ser demonstrada na superlotação das casas penais. Diante disso, o legislador buscando um sistema alternativo que atinja eficácia e uma resposta célere aos conflitos penais, instituiu através da Lei nº 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, medidas despenalizadoras, culminando na abertura para a instauração de um novo modelo, qual seja, o modelo consensual na solução de conflitos penais.

Outros institutos penais com o reflexo consensual existente naqueles trazidos pela Lei dos Juizados Especiais foram surgindo, desse modo, o sistema consensual foi se tornando mais usual ainda nas demandas criminais. Em 2017 o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, instituiu por meio da Resolução nº 181, o Acordo de Não Persecução Penal, que posteriormente foi ratificado pela Lei nº 13.964/2019, seguindo, por assim, a esteira do sistema consensual no processo penal, ultimando-se na verdadeira expansão desse sistema de solução de conflitos, que divide opiniões quanto a sua validade dentro do ordenamento jurídico, ensejando, inclusive ações diretas de constitucionalidade.

Assim, importa dizer que este artigo se debruça em compreender o instituto do acordo de não persecução penal como novo modelo de justiça criminal consensual e a sua constitucionalidade dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Para isso, busca avaliar o teor das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5790 e 5793, bem como, correlacionar o conteúdo do instituto do acordo de não persecução penal, juntamente com os princípios que norteiam a ação penal pública e por fim analisar as normas que preveem o referido acordo.

Convém assinalar ainda que o estudo do aludido tema se mostra bastante relevante, ao passo que é consistente na expansão da justiça consensual dentro do direito penal, que tem afetação dentro de considerável parte do sistema jurídico e consequentemente, no interior da sociedade de um modo geral. Assim é forçoso constatar que a abordagem do efetivo uso do acordo de não persecução penal enquanto mecanismo de controle social do Estado, alça

benefícios que se coadunam com os princípios constitucionais norteadores do sistema jurídico brasileiro, o que sem dúvida é de grande importância no atual cenário jurídico brasileiro.

Por outro lado, a implementação do acordo de não persecução penal, gerou indiscutível impacto nos direitos e garantias do acusado e no modelo brasileiro de consenso penal. Por conseguinte, surgiram questionamentos acerca da constitucionalidade do referido instituto, os quais, como já exposto alhures, foram levados ao Supremo Tribunal Federal, sob a alegação de ter sido introduzido à margem da lei e com equívocos de normatização.

Diante disso, cuida-se de analisar se há incompatibilidade daquilo que prevê a Resolução nº 181/2017 do CNMP com a Constituição Federal/88, por haver o extrapolamento do poder regulamentar do CNMP previsto no artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I? Bem como se houve, com isso, usurpação da competência privativa da União disposta no artigo 22, inciso I, para legislar sobre direito penal e processual penal?

Por oportuno, convém pôr em relevo que a metodologia adotada neste artigo apoia-se na revisão bibliográfica como o principal procedimento da pesquisa que tem o objetivo de explorar por meio da fundamentação teórica os principais aspectos relacionados ao tema. Dispondo ainda, da análise de ações diretas propostas perante a Suprema Corte, bem como da legislação pátria vigente no ordenamento jurídico, com o fito de acrescentar à pesquisa projeção realística do contexto fático.

2 O MODELO DE JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL

Infere-se que nos últimos anos, em razão da crescente e vasta demanda no âmbito criminal que vem se acumulando no sistema judiciário brasileiro, cada vez mais se busca um sistema penal célere e eficiente, diante disso, o modelo de justiça consensual se aprimora visando trazer novidades na seara criminal, a exemplo disso, tem-se o instituto do acordo de não persecução penal.

Além disso, o modelo de justiça consensual expõe ideias que se preocupam em obter uma solução de cunho reparador e de caráter menos punitivo. Nesse diapasão, os acordos no sistema criminal, utilizam ferramentas que podem ser compreendidas como as negociações entre a acusação e o acusado (assistido por seu defensor), em que este se compromete a cumprir condições impostas pelo ordenamento jurídico que são menos brandas do que a própria sanção penal (pena privativa de liberdade).

Nesse sentido, VASCONCELLOS (2017, p. 21) define justiça criminal negocial como:

Modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes.

A partir da promulgação da Lei nº 9.099/95, que criou institutos que vislumbram a adoção de medidas alternativas consensuais para a solução de conflitos penais, como a transação penal, a composição de danos civis e a suspensão condicional do processo, foi possível verificar a implementação dessa justiça que busca realizar acordos entre a acusação e defesa, evitando-se ao máximo a instauração de um processo criminal.

O que mais tarde recebeu maior atenção com a previsão dos Juizados Especiais através do artigo 98, inciso I, da Constituição da República Federativa do Brasil, robustecendo os ditames explicitados na Lei dos Juizados Especiais (Lei 9.099/95).

Ocorre que antes da promulgação da Lei. 9.099/95, o direito penal era aplicado através da jurisdição conflitiva, consistente na contenciosidade seja na instauração ou na tramitação dos processos criminais, colocando, portanto, as partes envolvidas (acusação e defesa) em lados opostos, cujo a finalidade, na grande maioria dos casos resumia-se à aplicação de uma penalização voltada a privação de liberdade do indivíduo.

Todavia com a implementação dos primeiros institutos de Justiça Consensual no Brasil, postulados tradicionalmente utilizados na Justiça Conflitiva, tais como a inderrogabilidade do processo e da pena, a indisponibilidade e a obrigatoriedade da ação penal, foram colocados em um plano secundário, que deu lugar a um modelo processual penal que se preocupa com a oportunidade, discricionariedade, disponibilidade e a busca do consenso (LIMA, 2017, p. 1437).

Desse modo, após a promulgação da Lei 9.099/95, outros vários institutos foram sendo criados com o reflexo do caráter consensual, a exemplo tem-se a Colaboração Premiada, prevista na Lei dos Crimes Hediondos (nº. 8.072/90), na Lei das Organizações Criminosas (nº. 9.034/95), na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (nº. 9.080/95) e na Lei de Lavagem de Capitais (nº. 9.613/98) e ainda pode-se mencionar o Acordo de Leniência, listado na Lei que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (Lei nº 12.529/01).

Ademais, como já fora destacado, o instituto do Acordo de Não Persecução penal, concebido pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e mais tarde instituído também através da Lei nº 13.964/2019, caracteriza-se como forma de instrumento consensual para resolução de conflitos penais e ainda, traz referência às Regras de Tóquio (denominadas

Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, como fundamento para a adoção de ferramentas alternativas de solução de casos penais. O item 5.1 da aludida resolução dispõe o seguinte:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

Por consectário, não se pode olvidar que a justiça consensual nos conflitos penais, atrai medidas rápidas e efetivas com vistas não a evitação do processo crime, mas a sua abreviação, o que propicia ao acusado a negociação de sua liberdade em troca das referidas medidas, solucionando-se com eficiência o processo criminal.

Nesse sentido, ALVES (2018, p. 199):

A constatação de que o direito de liberdade já vem sendo negociado e, em algumas hipóteses, trazendo resultado pragmaticamente útil ao acusado e, ao mesmo tempo, implementando maior eficiência ao sistema penal, [...], pode impulsionar a adoção de novas técnicas e procedimentos que almejem similares objetivos.

Vale destacar que embora não seja correto falar em acordo de não denúncia (acordo para evitar uma ação penal pública), mas, em acordo penal (acordo sobre penas), ambos configuram nítida expansão dos âmbitos de consenso na Justiça criminal. (MESSIAS, 2019, p.68)

Portanto, forçoso é perceber que a introdução do modelo de justiça criminal no Brasil, é tema bastante relevante, traçando uma transformação substancial do ordenamento jurídico. Logo, compreende-se que, a partir da Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017 editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público que previu o acordo de não persecução penal e que posteriormente fora ratificado através de sua implementação pela Lei nº 13.964/2019 (conhecida popularmente como Pacote Anticrimes), houve uma ampliação do modelo consensual de conflitos penais.

3 DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5790 E 5793

Com a origem da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a Associação dos Magistrados do Brasil (AMB), ingressou em 6 de outubro de 2017, com a Ação Direta de Constitucionalidade (ADI) nº 5.790, impugnando a integralidade da referida resolução, quase que concomitante a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) também propôs em 13 de outubro do mesmo ano a ADI nº 5.793, em face dos artigos. 1º, *caput*; 2º, inciso V; 7º, incisos I, II e II; e 18 do mencionado ato normativo.

Ambas as ações ainda estão em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal e o acordo de não persecução penal faz parte do objeto de impugnação abrangido nestas. A ADI n. 5790 questiona a resolução do CNMP, afirmando que tal ato adentra na competência da União de legislar acerca da matéria penal e processual penal, infringindo, desse modo, os artigos 5º, inciso II e 22, inciso I, todos da CF/88.

Argumenta-se que o acordo de não persecução penal foi criado por resolução na ausência de previsão legal nesse sentido, o que usurparia ainda a competência do Poder Judiciário de processar e julgar infrações penais, contrariando o artigo 5º, incisos II, XI, XII, XXXV, LIII, LIV, LV e LVI da Constituição.

Todavia, o CNMP, visando compatibilizar a Resolução nº 181/2017 com as considerações tecidas nas referidas ações diretas de inconstitucionalidade, editou a Resolução nº 183/2017 que, com isso, pôde aprimorar o conteúdo na resolução inicial.

Por outro lado, a AMB, aditou a petição inicial, para o fim de apontar os pontos que foram sanados após o ato do CNMP, contudo, indicou a permanência de inconstitucionalidade na criação de hipóteses do acordo de não persecução penal, sem previsão legal, não sendo suficiente a sua submissão ao Judiciário. Concluindo que ainda haviam inconstitucionalidades nos capítulos V, VI, VII e IX.

Com isso, o prosseguimento do feito se deu apenas contra o artigo 19 da Resolução 181/2017, que teve seu texto inserido pela Resolução 183/2017 tratando-se da possibilidade do Ministério Público promover o arquivamento dos autos, desde que o fundamento, nas hipóteses de ausência das razões para o início da ação penal pública ou por haver o Acusado cumprido o acordo de não persecução penal.

A ADI nº 5.793 argui a incompatibilidade daquilo que prevê a resolução com a CF, por haver o extrapolamento do poder regulamentar do CNMP do artigo 130-A, parágrafo 2º, inciso I, além de usurpar a competência privativa da União disposta no artigo 22, inciso I, bem como desatentar-se das instituições policiais, ofender os princípios da reserva legal, da segurança jurídica, indisponibilidade da ação penal, impessoalidade, imparcialidade, ampla defesa, contraditório e o devido processo legal.

Mas de fato, o principal argumento utilizado pelo CFOAB consiste na ausência de previsão legal para que se constitua a inconstitucionalidade do instituto, tendo em vista que foi inaugurado em Resolução editada pelo CNMP que se difere de lei em sentido formal, desse modo, sendo uma inovação no ordenamento jurídico, houve por assim o extrapolamento do poder regulamentar ao abordar matérias as quais competem, privativamente, a União legislar (art. 22, I, da CF). Há ainda questionamentos acerca da ofensa ao princípio da indisponibilidade da ação penal, visto que esta é a regra para a instauração da ação penal pública.

Em que pese as alterações ocorridas em razão da edição da resolução 183/2017, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados permaneceu afirmando que haviam ainda inconstitucionalidades constantes nos artigos 1º, *caput*, 2º, inciso V e 18 conforme havia apontado na inicial.

Ocorre que, ao analisar as citadas objeções acerca da inconstitucionalidade, conforme se verá em capítulo a seguir, há verdadeira inconsistência na exposição dos ditos argumentos, quer seja em relação a ADI nº 5790, quer seja quanto a ADI nº 5793.

4 DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Para tratar a respeito da constitucionalidade da regulamentação do Acordo de Não Persecução Penal por meio da resolução do Conselho Nacional do Ministério Público é importante assentar premissas que a fundamentam.

Prefacialmente cumpre salientar que a implementação do acordo ocorreu através de uma resolução, desse modo pode-se inferir acerca das resoluções do CNMP, que estas ostentam força normativa, conforme se depreende do art. 130-A, §2º, inciso I, da Constituição da República, o qual confere ao Conselho Nacional do Ministério Público a competência de “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências.”

Assim, para Sampaio (2007, *apud*, Ferraz, 1977, p. 107), o órgão, quando autorizado pelo Constituição Federal, pode utilizar para o cumprimento de certos fins, tanto os meios materiais, quanto os meios normativos, necessários a sua realização. Desse modo, o administrador que ordene ou proíba em concreto, também o poderá fazer, nas circunstâncias que se equivalem, em abstrato

Logo, se vê que tais competências do CNMP, são constitucionalmente atribuídas. A esse respeito já se posicionou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADC 12 MC, pautando-se no § 4º, art. 103-B da Carta Magna, que as resoluções do CNJ e, portanto, também,

as do CNMP, exibem caráter normativo primário. Assim, coadunando-se com o entendimento externado também pelo STF, assentado no julgamento do MS 27621, o poder jurídico de expedir esses atos regulamentares consistem em dirigir, de modo abstrato e dentro da competência do órgão, comandos e obrigações aos seus destinatários.

Com efeito assevera CABRAL (2018, p. 31)

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

Assim, importa dizer que o instituto criado decorre de situações concretas vivenciadas no âmbito de atuação do Ministério Público, o que não implicaria na inconstitucionalidade de sua regulamentação por esse meio.

Seguindo a esteira da constitucionalidade do acordo, quando da sua regulamentação pela resolução do CNMP, não há que se falar em invasão a competência legislativa da União, disposta no art. 22 da CF, sob a influência de tratar-se de manifestação de norma processual, pois o Pleno do Supremo Tribunal Federal já ajustou que as normas processuais são aquelas relativas aos poderes, atos de jurisdição, garantias do contraditório e do devido processo legal e ainda direitos e ônus da relação processual.

Portanto, não há no acordo de não persecução a figura desses elementos, daí porque não se trata de norma processual.

De outra banda, não há também matéria penal no cerne do acordo, motivo pelo que não constitui afronta a competência legislativa da União, assim atinente a essa objeção de inconstitucionalidade, leciona ainda CABRAL (2018, p. 35):

Por isso é possível afirmar que o investigado, ao cumprir tal obrigação (v.g. pagamento de multa ou prestação de serviço a comunidade), não está cumprindo pena, justamente por faltar uma das características fundamentais do conceito de pena, que é a sua imperatividade. É dizer, na pena o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento, independentemente da vontade do condenado.

É forçoso concluir que o acordo de não persecução não envolve a aplicação de pena, logo não envolve matéria de direito penal, inexistente, portanto, suporte fático capaz de sustentar eventual violação ao teor do disposto no art. 22, I, da Constituição.

Insta esclarecer que a natureza jurídica do acordo não sendo de norma processual ou de norma penal, é então uma norma de natureza extrajudicial a qual se consubstancia na política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público.

É o que se pode verificar ainda da lição de CABRAL (2018, p. 38):

É precisamente com base no poder/dever do Ministério Público de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentalmente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal pública (Anklagemonopol¹), é que se pode extrair essa possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal.

Contudo, se havia qualquer discussão relativa a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para inserir, no ordenamento jurídico brasileiro, por meio da expedição de uma resolução o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, a partir da Lei nº 13.694/2019, foram dirimidos, ou pelo menos atenuados os debates nesse sentido, já que houve a inclusão da possibilidade do Ministério Público propor o Acordo de Não Persecução Penal quando os requisitos legais forem preenchidos conforme o artigo 28-A do Código de Processo Penal.

5 DOS PRINCÍPIOS QUE NORTEIAM A AÇÃO PENAL PÚBLICA

Convém por em relevo que a Resolução 181/17 busca aplicar princípios norteadores da ação penal pública conforme afirma CABRAL (2018, p. 32):

Como se pode ver, o Conselho Nacional do Ministério Público, ao regulamentar o acordo de não persecução penal, nada mais fez do que emprestar máxima efetividade aos referidos princípios constitucionais, de modo a tornar a persecução penal brasileira mais justa e adequada.

Dentre os mencionados princípios pode-se citar o da oficialidade, indivisibilidade, obrigatoriedade ou legalidade, indisponibilidade e oportunidade.

O princípio da oficialidade diz respeito a atribuição conferida ao órgão do Ministério Público, representante do Estado, para exercer a persecução penal na fase da ação penal conforme disposto no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal/88.

Todavia, há uma exceção a esse princípio nos casos em que o MP deixa de ofertar a ação penal pública no prazo legal, dando lugar, desse modo, a ação penal privada subsidiária da pública, que constitui uma faculdade concedida ao ofendido nos termos em que dispõe o artigo 29 do CPP e artigo 5º, inciso LIX da CF/88. Nesse caso, a ação quando intentada pelo particular terá natureza particular e não pública.

De outro lado, o princípio da indivisibilidade da ação penal pública abrange a possibilidade do membro do Ministério Público, no caso de haver mais de um sujeito figurando o polo ativo, ajuizar a ação penal em face de apenas um desses, prosseguindo-se a investigação criminal em relação aos demais de modo a propor, posteriormente, contra estes a demanda judicial.

É isso o que elucida AVENA (2012, p.212):

Frise-se que essa opção do promotor de justiça em não ajuizar, de plano, a ação penal contra todos os envolvidos, fazendo-o apenas em relação a um ou alguns deles, não acarreta qualquer tipo de preclusão quanto aos demais, mesmo porque são consolidadas, na doutrina e na jurisprudência, tanto a possibilidade de aditamento da denúncia a qualquer tempo (desde que antes da prescrição do crime, obviamente) para inclusão de coautor ou partícipe que não tenha integrado o polo passivo da relação processual, como a viabilidade de propositura de nova ação penal contra o corresponsável não incluído em processo já sentenciado.

A partir desse princípio pode-se delinear o princípio da obrigatoriedade ou legalidade, pois ambos os termos mantêm relação tendo em vista que impõem ao Ministério Público efeitos vinculantes a sua atuação.

É sustentado, entretanto, o argumento de que a celebração do acordo de não persecução penal violaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal, consistente na regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988, que, ao lado do artigo 24 do CPP, é a base do denominado princípio.

Contudo, HORVITZ (2003, pp. 47-48) adverte quanto ao princípio da obrigatoriedade que “o paradoxo é que um princípio que encontra sua fundamentação teórica no princípio da igualdade acaba, em última análise, criando profundas desigualdades na sua aplicação prática.”

Isso porque, de acordo com CABRAL (2018, p. 40 e 41):

A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro, que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas [...] realizar o acordo de não persecução penal, como resposta mais eficiente e célere aos casos penais, longe está de violar esse mandamento. Muito pelo contrário, o realiza de forma mais plena e eficiente.

Desse modo o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública cuida em evitar favoritismo, buscando com isso, tornar o sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas (CABRAL, 2018, p. 42).

Corroborando com esse entendimento e, parafraseando Mazilli (2007), sobre o referido princípio, não há um dever automático de agir do Ministério Público, visto que há uma liberdade para identificar ou não a hipótese de agir, desde que o faça fundamentadamente.

Já o princípio da indisponibilidade trata-se de um desdobramento do princípio da obrigatoriedade, já que ambos guardam sinônimos no núcleo de suas instruções, pois conforme visto, o princípio da obrigatoriedade vincula o MP a agir diante de uma questão penal, enquanto que o princípio da indisponibilidade nas palavras de BADARÓ (2015, p.183), significa: “ que,

uma vez proposta a ação penal de iniciativa pública, que é obrigatória, o Ministério Público não poderá dispor da pretensão formulada”.

Com isso, nota-se que embora semelhantes, diferem-se no momento de incidência, visto que a obrigatoriedade aplica-se anteriormente à propositura da ação penal, ao passo que a indisponibilidade se mantém após a propositura da demanda.

Dentro da temática abordada, é oportuno consignar a ideia do princípio da oportunidade, que vem ganhando espaço em relação ao princípio da obrigatoriedade já que tem se mostrado tão importante para o acordo de não persecução penal, porque consoante entendimento externado por ARAS (2018, p.284-285):

O princípio tem merecido críticas, e não é de agora, pois não se coaduna com a ideia de direito penal como *ultima ratio*. No moderno processo penal, tem maior aceitação o princípio da oportunidade da ação penal pública, que confere um maior campo de discricionariedade ao Ministério Público. [...] O princípio da oportunidade está necessariamente ligado à ideia de intervenção mínima. Permitindo-se ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer a denúncia ou não, facilita-se a intervenção penal mínima, sem abandonar o dever de defesa da sociedade.

A vista disso e buscando robustecer as considerações aos nortes colocados, cabe ainda trazer à baila as ponderações de BARJA DE QUIROGA (2014, p. 470):

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 de oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista de pena.

Por todo o exposto, compreende-se que a eficiência da atuação do Estado, com as absolutas aplicações que ocorriam anteriormente ao modelo de justiça criminal que vem sendo aplicado, não eram suficientes para alcançar a solução das demandas propostas, assim a base principal demonstra sua relevância nessa transição, ou em outras palavras na nova justiça que tem sido implementada quanto a ação penal pública.

6 DO FUNDAMENTO LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Depreende-se que o instituto do Acordo de Não Persecução Penal foi introduzido ao Código de Processo Penal, através do Pacote Anticrime (13.964/2019), em seu artigo 28-A, onde determina regras a serem seguidas para a concessão de benefício.

Nesse diapasão, é possível a realização do acordo de Não Persecução Penal apenas quando não for o caso de arquivamento do inquérito policial, e nos crimes onde não envolva

violência ou grave ameaça e cuja a pena mínima seja inferior a 04 (quatro) anos, sendo também imprescindível a confissão do investigado.

Em análise ao dispositivo é importante destacar que para fins de calcular a pena deve ser considerado as causas de aumento e diminuição, bem como os concursos material, formal e continuidade delitiva, conforme preconiza a Súmula 243 do Superior Tribunal de Justiça.

Outrossim, não é cabível nos crimes empregados por violência ou grave ameaça, fazendo-se necessário mencionar que pode ser tanto violência própria, quando ocorre uso de força física e imprópria, que reduz a resistência da vítima.

Nesse interim, um dos pressupostos para a celebração do acordo é a confissão formal da prática delitiva pelo investigado, desde que previamente seja advertido acerca do seu direito de não produzir provas contra si mesmo “*nemo tenetur se detegere*” (art. 8º, §2º, alínea g’, do Pacto de San José da Costa Rica), bem como o seu direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF), pois o investigado deve voluntariamente confessar os delitos que lhe são imputados sempre acompanhado de defesa técnica.

Ademais, o instituto do acordo de não persecução penal ultrapassa o campo de incidência da suspensão condicional do processo, que só será cabível, nos casos em que a pena mínima cominada ao delito não ultrapasse 1 (um) ano, diferentemente também do instituto da transação penal, que se destina apenas às infrações penais de menor potencial ofensivo, com penas máximas em abstrato que não ultrapassem 2 (dois) anos.

Dessa maneira o acordo de não persecução penal é aplicado de forma subsidiária, ou seja, quando não couber suspensão condicional do processo ou transação penal, deve-se verificar a possibilidade da aplicação do referido instituto.

Além disso é necessário que o investigado nos últimos 05 (cinco) anos, não tenha sido beneficiado por algum dos institutos despenalizadores, tais como transação penal ou suspensão condicional do processo.

Antevejo relevância que o acordo não pode ser realizado nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Por outro lado, é necessário cumprir condições para a formulação do acordo de não persecução penal com o investigado, cumulativas ou não, tais como reparação do dano ou restituição a vítima, exceto caso seja impossível o cumprimento, ademais, poderá ter que renunciar de forma voluntária os instrumentos, produtos ou proveito do crime.

Nesse passo, poderá também o investigado ter que prestar serviços à comunidade ou entidades públicas ou pagar prestação pecuniária a entidade pública ou se interesse social que seja preferencialmente relacionado de forma igual ou semelhante ao bem jurídico lesionado.

Destarte, caso o investigado venha a descumprir injustificadamente as obrigações por ele assumidas, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecer denúncia em desfavor do investigado, conforme o §10º, do artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

Por fim, caso o investigado cumpra integralmente todas as condições impostas, o juízo competente irá declarar a extinção da punibilidade do agente, o que não irá incluir nenhuma anotação em sua certidão de antecedentes criminais, relacionada ao crime por ele investigado, segundo o disposto no §13, do artigo 28-A, do Código de Processo.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como visto, o Acordo de Não Persecução Penal é um instituto trazido à seara criminal, inicialmente por meio da Resolução n 181/2017 do CNMP e posteriormente também implementado por meio da Lei 13.964/2019 que aperfeiçoou a legislação penal e processual penal, tendo, no entanto, despertado discussões sobre a sua constitucionalidade.

Nesse sentido, o referido instituto que foi objeto de estudo neste artigo, alavancou o modelo de justiça criminal no Brasil propiciando uma transformação substancial do ordenamento jurídico, uma vez que colaborou para a ampliação do modelo consensual de solução de conflitos penais.

Ademais, da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5790 e 5793, ambas propostas perante o Supremo Tribunal Federal, pôde-se inferir que dentre as objeções de inconstitucionalidade referentes a normatização do instituto do Acordo de Não Persecução Penal, há verdadeira inconsistência em suas exposições argumentativas.

Isso porque, em contrapartida, foi possível constatar que as normas que preveem o Acordo de Não Persecução Penal, estão abarcadas pela própria Constituição Federal/88, pois conforme fora verificado ela confere força normativa às resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e ainda pôde-se perceber que não houve usurpação da competência privativa da União para legislar sobre direito penal e processual penal, uma vez que tal assunto não se trata nem de um nem de outro, mas sim de matéria extrajudicial voltada a política criminal da qual o Ministério Público é o titular da ação penal.

Cumprе ressaltar que para dirimir quaisquer discussões a respeito da temática, a Lei nº 13.964/2019 com a inclusão do artigo 28-A no Código de Processo Penal, previu o referido instituto dentro do ordenamento jurídico brasileiro, não deixando, dessa forma, lacunas para as argumentações que insistiam em apontar irregularidades na sua implementação.

Ademais, face as considerações aqui aduzidas, importa ainda dizer que o Acordo de Não Persecução Penal não ofende os princípios norteadores da ação penal, já que a atuação do Ministério Público abrange a conveniência e a oportunidade, princípio este que pode ser extraído da obrigatoriedade da ação penal, que se pauta na busca por respostas adequadas a cada caso, sendo certo que há uma liberdade na identificação de sua atuação, sempre fazendo-a de modo fundamentado.

Por todo o exposto, forçoso é concluir a constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal, bem como que, não merece prosperar os argumentos de inconstitucionalidade dispostos nas respectivas ADI's, visto que há clara consonância entre a normatização do acordo e a Constituição Federal e por isso a base principiológica norteadora da ação penal, concede o aval para que a atuação do MP, quando conveniente, se utilize do sistema consensual de solução dos conflitos penais.

8 REFERÊNCIAS

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches (Coord.). et al. **Acordo de Não Persecução Penal. Resolução 181/2017 do CNMP**. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). **Acordo de Não Persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018**. 2ª edição. Revista ampliada e atualizada. Salvador: Juspodivm, 2018.

As Regras de Tóquio foram formuladas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (em 1986), cujo projeto foi aprovado em 14 de dezembro de 1990, pela Assembleia Geral das Nações Unidas (8º Congresso), integrando a Resolução 45/110, oficialmente denominadas **Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade**. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Método, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 3ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. **Tratado de Derecho Procesal Penal**, vol I, 6ª ed. Cizur Menor: Arranzadi, 2014, p.470.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.); ARAS, Vladimir. **Acordos Penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado**. In: CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó. Acordo de Não Persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2018.

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10 maio de 2020.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 15 de março de 2020.

CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Franciso Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coordenadores e outros). **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL Resolução 181/2017 do CNMP**. ver. ampl. atual. Salvador: Juspodvim, 2018.

Documento eletrônico n. 1 (p. 5). **ADI 5793. Petição inicial.** Disponível em:<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

Documento eletrônico n. 1 (p.28-29). **ADI 5790. Petição inicial.** Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadordpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

HORVITZ LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Juián. **Derecho Procesal Penal Chileno**, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003

LENNON, María Inés; LÓPEZ MASLE, Juián. **Derecho Procesal Penal Chileno**, tomo I. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2003.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodvim, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **MP tem liberdade para identificar ou não hipótese de agir.** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2007-set04/mp-liberdade-identificar-hipotese-agir>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

MESSIAS, Mauro. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - teoria e prática**. Rio de Janeiro, Lumes juris, 2019.

RESOLUÇÃO Nº181/2017 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em 21 de outubro de 2020.

SAMPAIO José Adércio Leite. **O Conselho Nacional de Justiça e a independência do Judiciário**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007 p. 281.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADC 12 MC, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=372910>>. Acesso em: 15 de março de 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – MS 27621, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Relator (a) p/ Acórdão: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 07/12/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO Dje-092 DIVULG 10-05-2012 PUBLIC 11-05-2012. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21585021/mandadode-seguranca-ms-27621-df-stf/inteiro-teor-110379898>> Acesso em: 15 de março de 2020.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.