

RAFAELLA CAROLINE BOAVENTURA PIRES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: (in)compatibilidade com
o princípio da obrigatoriedade**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2020

RAFAELLA CAROLINE BOAVENTURA PIRES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: (in)compatibilidade com
o princípio da obrigatoriedade**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho Científico do curso de Direito da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob orientação do professor José Rodrigues Ferreira Júnior.

RAFAELLA CAROLINE BOAVENTURA PIRES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: (in)compatibilidade com
o princípio da obrigatoriedade**

Anápolis, _____ de _____ de 2020.

BANCA EXAMINADORA

Prof. José Rodrigues Ferreira Júnior
Professor Orientador

Profa. M.e Áurea Marchetti Bandeira
Supervisora do NTC

RESUMO

A presente monografia tem como principal objetivo estudar o Acordo de não persecução penal, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e, recentemente, trazido ao Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. O estudo, que está dividido em três capítulos, tem como metodologia a compilação bibliográfica e as normas reguladoras. O primeiro capítulo trata do conceito, da natureza jurídica e evolução histórica do acordo não persecutório. O segundo, por sua vez, traz uma análise sobre a ação penal e seus princípios, especialmente o da obrigatoriedade. No terceiro, por fim, há uma explanação sobre a constitucionalidade da Resolução nº 181/2017 do CNMP, ainda mais considerando a implementação do artigo 28-A no CPP, abordando as principais diferenças advindas deste novo dispositivo.

Palavras-chave: Acordo não persecução. Ação penal pública. Obrigatoriedade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	2
1.1 Conceito.....	2
1.2 Natureza Jurídica	6
1.3 Evolução Histórica	8
CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE	12
2.1 Da Ação Penal e seus princípios	12
2.2 O Princípio da Obrigatoriedade.....	14
2.3 Natureza Jurídica	17
2.4 Evolução histórica	18
CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 181/2017 – CNMP	21
3.1 Análise da compatibilidade da resolução 181/2017 com o Código de processo Penal	21
3.2 Principais diferenças trazidas com o art. 28-A, do Código de Processo Penal	26
CONCLUSÃO	31
BIBLIOGRAFIA	Erro! Indicador não definido.

INTRODUÇÃO

À luz da atual conjuntura da justiça criminal brasileira, o presente trabalho visa demonstrar a efetividade e a compatibilidade do acordo de não persecução penal, inovação trazida pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com o Princípio da Obrigatoriedade da Ação Penal.

A aludida normativa prevê a possibilidade de ser firmado acordo entre o Ministério Público e o autor da infração penal, visando proporcionar maior celeridade e efetividade ao sistema processual penal brasileiro.

Com o advento da Resolução nº 181/2017 – CNMP surgiram vários posicionamentos contrários, especialmente em relação ao Princípio da Obrigatoriedade, base norteadora da ação penal pública. Por esta premissa, entende-se que, havendo indícios suficientes de materialidade e autoria, isto é, justa causa, obrigatória se faz a propositura de ação penal pelo Ministério Público.

Neste sentido, o estudo se dedicará a expor, além da constitucionalidade da Resolução, principalmente, a não violação do princípio da obrigatoriedade, discorrendo sobre as particularidades do novo instrumento de política criminal e as consequências advindas de sua implementação, analisando-o como importante medida de auxílio ao processo penal.

CAPÍTULO I – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O presente capítulo trata sobre o acordo de não persecução penal e tem como objetivo principal a compreensão de seu conceito, sua natureza jurídica e evolução histórica, abordando os principais marcos de origem e instrumentalização deste instituto.

1.1 Conceito

O Conselho Nacional do Ministério Público, em 07 de agosto de 2017, publicou a Resolução nº 181, a qual, posteriormente, foi alterada pela Resolução nº 183, trazendo ao ordenamento jurídico brasileiro novas propostas quanto à atuação do Órgão Ministerial no âmbito da investigação criminal, visando a celeridade e economia processual, bem como a minimização dos efeitos condenatórios de uma sentença (ANDRADE; BRANDALISE, 2017).

Dentre as novidades trazidas pela referida normativa, observa-se, em destaque, o Acordo de Não Persecução Penal, caracterizado, sobretudo, pelo não oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público condicionado ao cumprimento dos termos firmados entre a pessoa investigada e o Órgão Ministerial, conforme dispõe o artigo 18 da resolução, *in verbis*:

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

Pelo dispositivo em comento, verifica-se que o acordo não persecutório,

por se tratar de um meio de solução consensual, almeja um fim específico, qual seja, o arquivamento do procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Observa-se, pois, 04 (quatro) requisitos necessários à realização do acordo, quais sejam: a) a impossibilidade de arquivamento do procedimento investigatório; b) a pena mínima do tipo penal inferior a 04 (quatro) anos; c) não tiver sido o delito cometido com o emprego de violência ou grave ameaça à vítima; e d) o acusado houver confessado formal e circunstanciadamente a prática da conduta prevista no tipo penal (CNMP, 2017).

O mesmo dispositivo elenca, em seu inciso I, as condições, cumulativas ou não, a serem estabelecidas junto à pessoa investigada. Veja-se (CNMP, 2017):

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos artigos 91 e 92 do Código Penal; III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail; IV – 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. V – 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. VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada (...).

A Resolução se preocupou em trazer, ainda, vedações expressas quanto ao acordo não persecutório, cuja celebração não será realizada em casos nos quais houverem: a) cabimento de transação penal (inciso I); b) dano superior a 20 (vinte) salários mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação (inciso II); c) alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95 (inciso III); d) possibilidade de prescrição penal (inciso IV); e) crimes hediondos (inciso V); f) crimes cometidos no âmbito da violência doméstica (inciso V); e g) quando o acordo em si não for suficiente para reprovação do crime (inciso

VI), conforme se verifica no §1º do artigo 18 da Resolução nº 181/ CNMP (BARROS; ROMANIUC, 2018).

O inciso I, §1º, do artigo 18 dispõe que não será admitida proposta de acordo de não persecução penal quando for cabível a transação penal, nos termos da lei, havendo, pois, distinção entre os dois mecanismos, os quais se aparentam semelhantes (CNMP, 2017).

Com base na Lei 9.099/95, verifica-se que caberá transação penal nas infrações de menor potencial ofensivo, aquelas cuja pena máxima não ultrapassem 2 (dois) anos. Esse parâmetro mostra-se completamente diferente do previsto para o acordo não persecutório, haja vista que, neste caso, a pena mínima deve ser inferior a 4 (quatro) anos, além de não ter sido o crime cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, bem como ter o investigado confessado de modo formal e de maneira circunstanciada a prática do delito (PLANALTO, *online*).

Deste modo, observa-se que, em se tratando de casos passíveis de aplicação da transação penal, não será admitido o acordo. Na transação penal o demandado não admite culpa, diferentemente do que ocorre no acordo de não persecução (BARROS; ROMANIUC, 2018).

No inciso II, nota-se outra modificação trazida pela Resolução Nº 183/2018, no que se refere ao valor do dano causado pelo delito, não sendo admitido o acordo quando o prejuízo for superior a vinte salários-mínimos, ou a parâmetro econômico diverso que esteja assentado em legislações locais (CNMP, 2017).

O inciso III, por seu turno, versa sobre a vedação do acordo quando o investigado estiver enquadrado em algumas das situações previstas pelo artigo 76, §2º, da Lei nº 9.099/95 (CNMP, 2017).

De acordo com o disposto no referido dispositivo, em seus incisos I, II e III, não será proposta transação penal quando o investigado houver sido condenado à pena privativa de liberdade por sentença transitado em julgado e/ou tiver sido

beneficiado por transação penal por um trecho temporal inferior a 5 (cinco) anos (CNMP, 2017).

Pela mesma normativa, serão observados, também, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do investigado, assim como as circunstâncias do delito cometido. Em caso de não constatação de efetividade e suficiência da medida, a transação penal será afastada, sendo certo que todos os aspectos comentados poderão se aplicar ao acordo não persecutório (CNMP, 2017).

Observado o artigo 18 e celebrado o acordo, o procedimento investigatório será encaminhado ao Poder Judiciário para conferência estritamente formal, analisando se foram devidamente observados os termos da Resolução e asseguradas às garantias fundamentais do investigado, sendo devolvidos ao Ministério Público para a implementação do acordo (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Cumprir destacar que a proposta do acordo é exclusivamente do Ministério Público, não cabendo ao magistrado decidi-lo, mas tão somente analisar se os requisitos formais foram cumpridos. Por esse motivo, caso o juiz não concorde com a proposta, deverá devolver a matéria ao Procurador-Geral de Justiça, em observância ao Princípio da Devolução, previsto no art. 28 do Código de Processo Penal (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Nota-se que, para efetivação do acordo realizado entre o Ministério Público e o investigado, faz-se necessária a confissão deste em consonância com os demais elementos informativos do procedimento investigatório que sejam capazes de levar o Ministério Público ao convencimento da materialidade e autoria do delito (SOUZA; CUNHA, 2018).

Cumpridas as condições impostas ao investigado, é autorizado ao Órgão Ministerial promover o arquivamento do procedimento investigatório. Por outro lado, não cumpridos os termos do acordo ou não sendo comprovado pelo investigado, mensalmente, o seu cumprimento, o *Parquet* poderá oferecer a exordial acusatória imediatamente, conforme prevê os §§ 6º e 8º, do art. 18, da Resolução nº 181/CNMP (CNMP, 2017).

Na mesma perspectiva, o §9º do art. 18 dispõe que “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia”.

Por este dispositivo, vê-se que o acordo não persecutório não exclui a possibilidade de ser proposta ação penal pelo Ministério Público, rechaçando, deste modo, os argumentos de que o instituto leva à impunidade ou a privação de direitos e garantias fundamentais do acusado (CNMP, 2017).

Em caso de descumprimento das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público poderá propor a respectiva ação penal, conforme entendimento já pacificado pela Súmula Vinculante nº 35.

1.2 Natureza Jurídica

O termo “natureza jurídica” é compreendido pela doutrina majoritária como aquilo que se sobressai, a essência ou principal característica de um instituto jurídico. Feito este registro, e a respeito do que já foi dito, pode-se afirmar que acordo não persecutório é realizado extrajudicialmente, consistindo em instrumento externo à relação processual, como bem sintetiza Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2018):

(...) Ademais, é de se ter claro que a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, como já vimos, não é norma de natureza processual ou de norma penal. Trata-se de um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público (...).

Por ser celebrado extrajudicialmente, não há que se falar em pena, haja vista que esta só virá a existir se houver ação penal, que, por sua vez, apenas será considerada após o recebimento, pelo Poder Judiciário, da denúncia ofertada pelo Ministério Público (NUCCI, 2016).

Verifica-se, por este motivo, que o instituto não tem natureza penal, pois, como já foi dito, não há aplicação de pena. O que existe, de fato, é a elaboração de

acordo entre o investigado e o Órgão ministerial, por meio do qual aquele optará por se submeter ou não aos critérios estabelecidos, conforme previsto na resolução do CNMP (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Cumprido destacar que este ponto diferencia o acordo não persecutório do *Plea Bargain*, instituto aplicado nos EUA em procedimentos criminais. Neste procedimento, apesar de haver aplicação de uma pena, há a possibilidade negociação dessa entre o Órgão Acusatório e a pessoa investigada (CABRAL, 2017).

Neste sentido, pondera Rodrigo Ferreira Leite Cabral (2017, p. 32):

No acordo não há aplicação de pena. No plea bargain há efetivamente a aplicação de uma sanção penal. No acordo, uma vez ocorrendo o seu descumprimento, faz-se necessário o oferecimento da denúncia, com plena instrução processual para aplicação de pena. No plea bargain não é necessária instrução; simplesmente, executa-se a pena.

De igual modo, não se pode falar em natureza processual penal, tendo em vista que o acordo é celebrado anteriormente ao processo criminal, não havendo a presença do magistrado e, conseqüentemente, do exercício de jurisdição (CABRAL, 2017).

Pode-se dizer, ainda, que o acordo possui natureza de arquivamento condicionado, considerando a perspectiva de que aquele, como meio, objetiva chegar a um fim específico, qual seja, o arquivamento do procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Neste sentido, os autores Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc ponderam que, uma vez cumpridas as condições constantes nas cláusulas do acordo de não persecução celebrado, extraprocessualmente, o desfecho será apenas um, qual seja, o arquivamento da investigação criminal (BARROS; ROMANIUC, 2018).

1.3 Evolução Histórica

A humanidade, desde seus primórdios, passa por várias fases e etapas históricas, cada uma com suas particularidades, apresentando pontos positivos e negativos, sempre com processo de evolução lento e gradual. Destaca-se, a partir desta premissa, que para que a justiça negociada fosse implantada no Brasil houve luta por sua efetivação, cuja conquista vem ganhando cada vez mais força na política criminal (BARROS; ROMANIUC, 2018).

É muito comum encontrar, em varas criminais, processos que versam sobre a prática de infrações de menor potencial ofensivo, os quais se arrastam por prazo superior ao prazo prescricional a eles cominados. Assim, nota-se o acúmulo de formalidades e serviços incompatíveis com o número de servidores disponíveis, ocasionando a má qualidade na prestação jurisdicional (BARROS; ROMANIUC, 2018).

A inserção da justiça negociada, sobretudo, a desburocratização do processo penal, condicionada aos termos da novel resolução e ao consentimento do investigado, são de grande importância para o sistema penal, principalmente no que tange ao atual sistema carcerário e à sobrecarga do Poder Judiciário (BARROS; ROMANIUC, 2018).

O número de processos criminais distribuídos aos tribunais vem crescendo sobremaneira com o passar dos anos, gerando, assim, uma sobrecarga para os Órgãos de persecução penal, bem como uma afronta aos princípios constitucionais, especialmente os de celeridade e efetividade processual (SOUSA, 2019).

Ante à necessidade de resposta ao crescente número de litígios existentes, a sociedade passou a buscar novas formas alternativas para resolução de conflitos. Foi nesse cenário que surgiram as seguintes medidas despenalizadoras, disciplinadas pela Lei nº 9.099/95: a) a composição dos danos; b) a transação penal; e c) a suspensão condicional do processo (PLANALTO, *online*).

Posteriormente, surgiu a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do

Ministério Público, tendo em vista o Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01/2017, o entendimento recente do STF quanto à atuação do *Parquet* no âmbito criminal, bem como a constante necessidade de aprimoramento das investigações comandadas pelo Ministério Público (CNMP, 2017).

Pelo referido Procedimento, a superação do modelo inquisitorial de investigação, junto à sua burocratização, foi um dos objetivos da proposta apresentada no projeto (CNMP, 2017).

Nesta perspectiva, o Conselho Nacional do Ministério Público justificou o implante do aprimoramento do procedimento investigatório criminal do Ministério Público com base na modernização da investigação, na proteção dos direitos e garantias fundamentais do investigado e da vítima e, ainda, na proteção das prerrogativas dos advogados, objetivando um processo penal ágil, eficiente e efetivo (CNMP, 2017).

Foi com base nestes princípios que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução que originou, em seu artigo 18, o Acordo de não Persecução Penal (CNMP, 2017).

Ao final do Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01/2017, o CNMP argumentou a imprescindibilidade de medida capaz de melhorar a sobrecarga de processos, os quais vêm se acumulando nas Varas Criminais do país, trazendo grandes prejuízos no oferecimento da justiça, bem como o diagnóstico da situação em outros países, como a Alemanha e Portugal (CNMP, 2017).

Então, no dia 07 de agosto de 2017, a Resolução nº 181 foi publicada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, apresentando nova regulamentação para a investigação criminal presidida pelo Órgão público de acusação (CNMP, 2017).

O acordo de não-persecução penal, contudo, não foi bem recebido por todos os membros do Ministério Público do País, tanto que o MP/RJ e MP/MG recomendaram a seus membros que se abstivessem de implementar aquele acordo

até posterior deliberação (ANDRADE; BRANDALISE, 2017).

Destaca-se que foi Ministério Público do Distrito Federal e Territórios que se posicionou pela não aplicação integral da Resolução nº 181/2017, até que fosse decidida a Questão de Ordem nº 06/2017, e que fosse regulamentado o procedimento investigatório criminal pelo Conselho Superior do Ministério Público (ANDRADE; BRANDALISE, 2017).

A controvérsia foi resolvida após a apresentação da Reclamação para Preservação da Competência e da Autoridade das Decisões do Conselho pelo MP do Ceará, por meio de qual foi relatada a postura adotada pelo Ministério Público do Rio de Janeiro, de Minas Gerais e do Distrito Federal e Territórios, oportunidade em que requereu o reconhecimento do efetivo cumprimento da Resolução nº 181/2017 (CNMP, 2017).

A liminar foi deferida no dia 28 de setembro de 2017, no entanto, não foi suficiente para que se apaziguassem os ânimos em relação à discussão envolvendo o novo instituto de resolução de conflitos, sendo questionado, ainda, em outras duas oportunidades: na Ação Direta de Constitucionalidade – ADI nº 5.790, de autoria da Associação Magistrados Brasileiros (AMB), e na Ação Direta de Constitucionalidade – ADI nº 5.793 da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sustentando, em suma, a desobediência à competência exclusiva da União para legislar sobre matéria processual.

Logo em seguida, o Conselho Nacional do Ministério Público editou o diploma através da Resolução 183/2018, a fim de sanar diversos pontos da resolução anterior (CNMP, 2017).

Apesar de os referidos Órgãos terem aditado as ADI'S, por reconhecerem que alguns pontos haviam sido sanados pela nova resolução, mantiveram o pedido de irregularidade relativo a outros pontos (CNMP, 2017).

A resolução anterior possibilitava a utilização do instituto em qualquer crime, desde que não cometido mediante violência ou grave ameaça,

independentemente de gravidade ou pena. A resolução atual, por sua vez, trouxe vedações quanto à possibilidade de se aplicar o acordo de não persecução para os crimes hediondos e equiparados, bem como nos crimes de violência doméstica (CNMP, 2017).

A Resolução nº 181/2017, ainda, preconizava que o acordo seria celebrado administrativamente, sem qualquer análise judicial, com implantação e fiscalização do cumprimento das condições impostas somente realizadas pelo Órgão Ministerial (CNMP, 2017).

A Resolução nº 183/2017, então, estabeleceu que o acordo será submetido à “apreciação judicial” e, caso o juiz considere o acordo cabível, bem como as condições adequadas, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação (CNMP, 2017).

Depreende-se, portanto, que o acordo não persecutório, apesar de trazer consigo grande discussão, considerando a forma pela qual foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, a sua natureza administrativa, os temas de ordem constitucional ou constantes em sua implantação, merecendo maior atenção pela doutrina, efetivou valores importantes como a liberdade do investigado e a segurança pública (CABRAL, 2017).

Recentemente, o acordo de não persecução penal foi trazido ao Código de Processo Penal pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, instituindo o art. 28-A e positivando aquilo que inicialmente foi previsto pela Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, conforme logo será exposto (CNMP, 2020).

CAPÍTULO II – O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE

Compreendido, no primeiro capítulo, o acordo de não persecução penal, passa-se à exposição do Princípio da Obrigatoriedade, trazendo ao presente capítulo a sua conceituação, natureza jurídica, evolução histórica e relação com a ação penal.

Antes da explanação conceitual, necessária se faz a compreensão do que se entende por Ação Penal Pública, a qual traz consigo a observância a princípios legalmente estabelecidos, especialmente no que se refere à obrigatoriedade, objeto deste segundo capítulo.

2.1 Da Ação Penal e seus princípios

A ação penal tem como objetivo principal a instigação do Estado no que se refere à prática de determinados ilícitos penais. O Estado, através de procedimentos legais e órgãos por ele criados, possui legitimidade para atuar na solução de conflitos na busca da tutela estatal e na punição dos infringentes às normas penais (MIRABETE, 2011).

O autor Julio Fabbrini Mirabete, sobre a atuação do Estado, ensina que constitui tarefa essencial do Estado regular a conduta dos cidadãos através de normas objetivas sem as quais a vida em sociedade seria impossível (2011).

O referido doutrinador esclarece que dessa forma são estabelecidas normas para regulamentação de convivência entre as pessoas e suas relações com o Estado, impondo aos seus destinatários determinados deveres (genéricos e

concretos), aos quais correspondem os respectivos direitos ou poderes das demais pessoas ou do Estado (2011).

Na mesma perspectiva, Tourinho Filho leciona (2010, p. 76):

Ação é o direito de invocar, de pedir a tutela jurisdicional. Uma vez que o Estado chamou a si a tarefa de administrar justiça através dos Juízes, vale dizer, do Poder Judiciário, impossibilitados ficaram os particulares de auto executar os seus direitos, surgindo, assim, para eles, como corolário lógico daquela proibição, o direito de se dirigirem aos Juízes e deles invocar a tutela jurisdicional todas as vezes em que sentirem violados seus direitos. Chama-se a tal direito, **direito de ação**. Se é o Estado, por meio do Poder Judiciário, que aplica a lei ao caso concreto – jus dizer –, tal função é denominada função jurisdicional, vale dizer, função de interpretar e aplicar o direito objetivo a um caso concreto (Grifou-se).

Assim, o Estado, munido de legitimidade, aciona a tutela jurisdicional adequada visando a necessária punição ao indivíduo infrator de determinada norma penal. Para Tourinho Filho (2010, p.79) “o Estado é o titular do direito de punir, e o é porque entendeu que, sendo os bens ou interesses tutelados pelas leis penais eminentemente públicos, sociais, a aplicação da *sanctio júrís* ao infrator da norma penal não devia içar condicionada à vontade do particular”.

Portanto, dentre as suas hipóteses de cabimento, verifica-se que a ação penal tem como objetivo a sanção penal (TOURINHO FILHO, 2010).

Estabelecidas as definições acerca da ação penal e da atuação do Estado, cumpre destacar os princípios que regulam a matéria penal. Tem-se, primeiramente, o princípio da reserva legal, o qual estabelece que “do fixador do conteúdo das normas penais incriminadoras, ou seja, os tipos penais, mormente os incriminadores, somente podem ser criados através de lei em sentido estrito” (NUCCI, 2011).

Seguindo essa linha, tem-se, também, a existência do princípio penal da anterioridade, segundo o qual “uma lei penal incriminadora somente pode ser aplicada a um ato concreto, caso tenha tido origem antes da prática da conduta para qual se destina” (NUCCI, 2011).

Traz-se, ainda, o princípio da retroatividade da lei penal benéfica. Sobre esta premissa, o autor Guilherme de Souza Nucci entende que, caso haja anterioridade obrigatória para o tipo penal incriminador, não há permissão para a retroatividade de leis, especificamente se tratando de prejuízo ao acusado (NUCCI, 2011).

Assim, com a vigência de novas leis no ordenamento jurídico, estas devem envolver apenas fatos concretizados após sua égide, possuindo limitação quanto à lei penal benéfica, a qual poderá voltar no tempo para favorecer o infrator, ainda que o fato tenha sido decidido por sentença condenatória com trânsito em julgado (NUCCI, 2011).

Cumprido destacar, ainda, que a ação penal segue uma classificação subjetiva, a qual diz respeito ao titular do direito de propor a ação (TOURINHO FILHO, 2010).

Nesse sentido, o doutrinador acima mencionado afirma que “a ação penal, levando-se em conta o sujeito que a promove, pode ser pública ou privada. Pública quando promovida pelo Ministério Público, e constitui regra do nosso Direito. Privada quando promovida pelo particular” (TOURINHO FILHO, 2010).

Os crimes tipificados no Código Penal, em regra, possuem natureza de ação penal incondicional, cuja titularidade é do Ministério Público, com a aplicação de princípios específicos, quais sejam: (i) da oportunidade, analisado sob a ótica do interesse público; (ii) da indisponibilidade, por meio do qual o Órgão Ministerial não pode desistir da ação proposta; (iii) da intranscendência, o qual prevê a impossibilidade de acusação ou pena que passe da pessoa do acusado; (iv) da oficialidade, dispondo que o titular da ação penal pública será sempre um órgão público integrante do aparelho estatal, qual seja, o Ministério Público; e, finalmente (v) da obrigatoriedade, o qual passará a ser exposto a seguir (PEREIRA, 2011).

2.2 O Princípio da Obrigatoriedade

O Estado tem como função essencial a promoção da pacificação social,

especialmente pelo exercício da jurisdição criminal, afastando, assim, a possibilidade de auto tutela, no que se refere às vinganças privadas e ao exercício de suas próprias razões (art. 345 do Código Penal), assumindo o dever de proteger a sociedade e resguardar seus direitos, como bem explica Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 2001, p. 12):

No momento em que o Estado proibiu a vingança privada, assumiu o dever de prestar jurisdição, monopolizando esta atividade pública. Percebeu-se, em determinado momento histórico, que ao Estado deve caber o combate à criminalidade, seja preventiva, seja repressiva. O Estado tem o dever de punir.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal, em seu art. 129, inciso I, conferiu ao Ministério Público a função institucional de promover, privativamente, a ação penal pública, ainda mais considerando as expectativas criadas pela sociedade quanto à atuação estatal (NUCCI, 2008).

Segundo entendimento majoritário, a ação penal de iniciativa pública observa o princípio da obrigatoriedade (ou legalidade), o qual é definido por Julio Fabbrini Mirabete (1993, p. 47) como “aquele que obriga a autoridade policial a instaurar inquérito policial e o órgão do Ministério Público a promover a ação penal quando da ocorrência da prática de crime”.

O doutrinador Rogério Greco, ao discorrer sobre o princípio, conceitua este como o dever que o Órgão Ministerial tem de iniciar a ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, ainda que em tese, típico, ilícito e culpável, e que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para a sua propositura, ou seja, o lastro probatório mínimo que dê sustento aos fatos alegados na peça inicial de acusação (GRECO, 2017).

No mesmo sentido, o autor Renato Brasileiro de Lima (2016) ensina que, de acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ou legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não é reservado qualquer requisito político ou de utilidade social para decidir se haverá atuação. Assim, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público

se impõe o dever de oferecer denúncia caso sejam constatados 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.

Verifica-se não ter o órgão acusatório, nem, tampouco, o encarregado da investigação, a faculdade de investigar e buscar a punição do autor da infração penal, mas, sim, o dever de fazê-lo (NUCCI, 2008).

Portanto, não há liberdade de opção acerca da conveniência ou oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal, conforme artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal, *in verbis*:

Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Assim, havendo infração penal ensejadora de propositura de ação de natureza pública, deve a autoridade policial realizar a investigação pertinente e, após, encaminhá-la ao Ministério Público, o qual, havendo os elementos necessários, apresentará denúncia (OLIVEIRA, 2009).

Importante destacar que a maioria da doutrina se refere ao princípio da obrigatoriedade como sinônimo do princípio da legalidade, entendendo que ambos estão relacionados ao dever que o *parquet* tem de propor a ação penal (JARDIM, 2001).

O autor Afrânio Silva Jardim, por sua vez, considera de melhor tom a utilização do termo “princípio da obrigatoriedade”, ao invés de “princípio da legalidade”, haja vista que aquele decorre deste e demonstra de forma mais objetiva o dever do Ministério Público quanto à propositura da ação penal, ao passo que o princípio da legalidade refere-se à atuação do Órgão numa perspectiva geral (JARDIM, 2001).

2.3 Natureza Jurídica

Compreende-se como natureza jurídica, conforme definido pelo jurista Oscar José de Plácido e Silva (1991), a essência, a substância ou a compleição das coisas.

No mesmo sentido, a doutrinadora Maria Helena Diniz entende natureza jurídica como o último significado dos institutos jurídicos, podendo ser definida como a “afinidade que um instituto jurídico tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído a título de classificação” (1998, p. 337).

Pelos ensinamentos de Karl Larenz, os princípios não são regras devido ao fato de “lhes faltar o caráter formal de proposições jurídicas, representado pela conexão entre um suporte fático e uma consequência jurídica” (2001, p. 683). Nesse sentido, os princípios somente apontam a direção que deve seguir o processo de regulação, podendo-se dizer que se tratam de “*um primeiro passo para a obtenção da regra*” (2001, p. 683).

Nesse contexto, o princípio da obrigatoriedade pode ser compreendido como dispositivo normativo que serve de reforço infraconstitucional à normativa da Constituição Federal, a qual atribui ao membro ministerial a titularidade da ação penal (FERNANDES, 2000).

Segundo afirmado por alguns doutrinadores, o princípio da obrigatoriedade teria sido mitigado pelo instituto da transação penal com a vigência da Lei Federal nº 9.099/1995. Em síntese, continua havendo a aplicação do princípio, mas, no se refere às infrações de menor potencial ofensivo, se estiverem presentes os pressupostos legalmente estabelecidos, não deve o promotor oferecer denúncia e sim propor a transação penal, abrindo-se, desta forma, nova alternativa ao *parquet* (FERNANDES, 2000).

Deve-se, ainda, saber diferir o princípio da obrigatoriedade do princípio da oportunidade da ação penal pública. O primeiro se refere à obrigação de o Ministério Público oferecer denúncia sempre que houver indícios suficientes de autoria e

materialidade de um crime de ação penal incondicionada ou condicionada à representação da vítima, ou seja, justa causa. O segundo, por sua vez, estaria fundado em juízo de discricionariedade amenizada por critérios legais (MELO, André Luís Alves, 2015).

Pode-se concluir, então, que se trata o princípio da obrigatoriedade de dispositivo previsto no art. 24 do Código de Processo Penal, segundo o qual o Ministério Público se vê obrigado a oferecer a denúncia, quando presentes os requisitos legais e/ou regulamentares para a ação penal, observando-se razões de conveniência e oportunidade e respeitada a independência funcional do órgão público de acusação (MELO, 2015).

2.4 Evolução histórica

Com a promulgação do Primeiro Código de Processo Criminal da Primeira Instância, em 29 de novembro de 1832, o sistema inquisitivo foi abolido do ordenamento jurídico, sendo implantado o sistema misto, pelo qual o processo poderia ser instaurado por provocação ou *ex officio*, havendo previsão quanto à obrigatoriedade da ação penal nos artigos 37 e 74-E (JARDIM, 2001).

Após algumas modificações, especialmente pelo advento da Lei nº 2.033, de 20 de setembro de 1871, criou-se o inquérito policial, procedimento que possibilitou uma melhor repartição da atividade investigativa e atividade jurisdicional, extinguindo a possibilidade de o juiz, de ofício, dar início à persecução de penal e fortalecendo o sistema acusatório (JARDIM, 2001).

A referida Lei, em seu art. 15, §5º, dispõe sobre a obrigatoriedade da ação penal, autorizando os juízes, de ofício, a multar os promotores de justiça nos casos em que não fosse oferecida denúncia tempestivamente (JARDIM, 2001).

Posteriormente, com a promulgação da Constituição Republicana de 1891, conferiu-se aos Estados competência para legislar sobre matéria processual penal, havendo alguns preferido manter a aplicação do Código de Processo Criminal de 1832. Entretanto, a maioria se posicionou optando pela promulgação de seus

próprios códigos, estabelecendo, expressamente, a obrigatoriedade da ação penal (JARDIM, 2001).

Oportuno citar, dentre os Códigos Estaduais que previam o princípio em análise, o de Minas Gerais (Decreto nº 9.640, de 1930), em seus arts. 26 e 29; do Distrito Federal (Decreto-Lei nº 16.751, de 1924), nos arts. 3º e 22; e do Rio Grande do Sul (Lei nº 24, de 1898), em seu art. 100 (JARDIM, 2001).

Então, no dia 03 de outubro de 1941, entrou em vigor o Decreto-Lei nº 3.689, criando o Código de Processo Penal (CPP) que unificou as normas processuais penais em um único diploma, o qual está vigente até hoje (JARDIM, 2001).

O CPP não possui previsão expressa acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal, no entanto, a doutrina majoritária entende, de forma unânime, a vigência deste, apontando os dispositivos que entendem trazer à luz o princípio a obrigatoriedade em comento, como, por exemplo o art. 24, o qual dispõe que o não oferecimento de denúncia pelo Ministério Público está sujeito ao controle judicial (JARDIM, 2001).

Observa-se, assim, que apesar das alterações legislativas, o princípio da obrigatoriedade da ação penal sempre esteve incluído no sistema processual penal brasileiro, como bem afirma o doutrinador Afrânio Silva Jardim ao dizer que o princípio, sem qualquer lacuna, prevalece desde o Código do Império de 1832 (JARDIM, 2001).

Dentre os autores que afirmam a vigência do princípio da obrigatoriedade da ação penal, tem-se o doutrinador Tourinho Filho, defendendo que o princípio, previsto no art. 24, “é o que melhor atende aos interesses do Estado. Dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)” (TOURINHO FILHO, 2001, p. 333).

Afrânio Silva Jardim, por sua vez, também entende que a obrigatoriedade

está plenamente vigente, não admitindo aplicação parcial. Nesse sentido, sustenta que “o dever de exercitar a ação penal pública somente surge diante de determinada situação fática, diante da presença de determinadas condições previstas pelo próprio legislador” (1997, p. 311).

Segundo Jardim, a não propositura de ação por ausência das condições necessárias ao seu exercício não afasta o princípio da obrigatoriedade, tendo em vista que apenas, quando por motivos de oportunidade e conveniência, deixar o órgão ministerial de propor a ação penal, implicará o afastamento do princípio (2001).

O autor José Frederico Marques, embora afirme que “no Direito brasileiro, apesar de não haver texto explícito sobre o assunto, o que se deduz da sistemática legal é que nele vigora o chamado ‘princípio da ação penal obrigatória’”, defende que o princípio não afasta do *parquet* a apreciação dos pressupostos necessários ao exercício da ação, havendo “certa dose de fator subjetivo” (1997, p. 311).

O mesmo autor concorda com o posicionamento do doutrinador Euclides Custódio da Silveira, entendendo que o art. 28 do CPP prevê o controle jurisdicional da obrigatoriedade da ação penal, no qual há certa mitigação ao princípio, uma vez que considera a não haver norma legal que determine as razões invocadas pelo Ministério Público, defendendo que não há impedimento quanto aos “motivos de oportunidade que, se forem relevantes, podem ser atendidos ou pelo juiz, ou pelo chefe do *parquet*” (MARQUES, 1997, p. 312).

Em outra perspectiva, João Porto Silvério Júnior (2004), defende que, após a Constituição Federal de 1988, a qual alterou as funções do Órgão Acusador, implementando o princípio da independência funcional de seus membros, não há possibilidade de estes estarem obrigados ao oferecimento de denúncia, com base no art. 5º, inciso LIX, da CF/88, que trata sobre a hipótese de queixa subsidiária, em caso de não oferecimento de denúncia pelo membro do Ministério Público quando da *opinio delicti*.

CAPÍTULO III – A CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 181/2017 – CNMP

Analisados o acordo de não persecução penal e o princípio da obrigatoriedade, traz-se ao presente capítulo a explanação das divergências doutrinárias acerca de suas aplicações, especialmente no que se refere à constitucionalidade da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Neste último capítulo, serão apresentados os argumentos quanto à constitucionalidade da Resolução, bem como as principais diferenças trazidas com o art. 28 do Código de Processo Penal.

3.1 Análise da compatibilidade da resolução 181/2017 com o Código de processo Penal

Os defensores da inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução nº 181 do CNMP, a matéria deste dispositivo entra em conflito com todos os princípios explicitados anteriormente, especialmente quanto à obrigatoriedade da ação penal, construídos por anos ao longo do desenvolvimento do direito material e processual penal, principalmente com a ideia de Estado Democrático de Direito (SOUSA, 2019).

Os acusadores da inconstitucionalidade da referida normativa aduzem, ainda, a impossibilidade de uma resolução ser expedida por órgão de natureza administrativa, não podendo o Conselho Nacional do Ministério Público legislar sobre processo penal, contrariando a normativa da Constituição Federal. O problema não estaria na criação de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas sim na forma como foi feita, por meio de uma resolução do CNMP,

órgão este que não possui atribuições legislativas (RUFINO, 2019).

Com efeito, foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADI's) contra a Resolução nº 181/2017 do CNMP, uma proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados (ADI nº 5.793) e outra pela Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI nº 5.790), cujo julgamento ainda não foi realizado pelo Supremo Tribunal Federal.

Assim, diante da hierarquia normativa objetiva por Hans Kelsen, uma resolução não poderia se sobrepor aos princípios e regras dispostas na Constituição Federal e nas leis infraconstitucionais (SOUSA, 2019).

A ADI nº 5.790 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), inicialmente, argumenta que na resolução há um vício de inconstitucionalidade formal pela contrariedade do artigo 22, I, da Constituição Federal.

Na inicial, a AMB argumenta que a Resolução do CNMP contraria as os artigos 10, 16, 17, 18, 28, 46 e 47 do Código de Processo Penal, os quais têm como principal escopo levar à apreciação do judiciário a tramitação final do Inquérito Policial.

No momento em que a autoridade policial encaminha o inquérito relatado ao Ministério Público, três medidas podem ser tomadas: a) o arquivamento do feito; b) a devolução à autoridade policial para efetuação de novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; ou c) o oferecimento de denúncia.

Não poderia o Ministério Público, pela AMB, realizar um acordo sem antes ter a apreciação do Poder Judiciário, sendo nítida a sua inconstitucionalidade formal e material. Como está descrito na própria ação:

Admitindo-se, porém, a utilização da disciplina legal prevista no CPP ao Inquérito Policial também em face do Procedimento Investigatório Criminal a cargo do Ministério Público, terá esse último de observar as balizas da lei, que exigem a submissão dos atos de instauração, prorrogação e arquivamento ao Poder Judiciário. [...] Daí o pedido de

procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da Resolução n. 181 do CNMP, por vício de inconstitucionalidade formal (CF, art. 22, I), porque o CNMP legislou em matéria penal e de processo penal e também por inconstitucionalidade material CF, art. 5º, II), porque está submetendo os acusados a procedimento não previsto em lei (ADI, 5790,2017 p. 22).

Para os não adeptos à aplicação do acordo não persecutório, o ponto mais grave seria o Ministério Público aplicar sanções sem a apreciação do magistrado, as quais são nomeadas pelo artigo 18 da Resolução como “condições”, de maneira semelhante ao que previsto na Lei nº 9.099/1995, acusando aquela normativa de usurpar a competência do Poder Judiciário (SOUSA, 2019).

Posteriormente ao ingresso da ADI pela AMB, o CNMP editou a Resolução nº 183 que fez algumas alterações na Resolução nº181/2017, o que levou a AMB aditar a inicial da referida ação, haja vista que algumas das inconstitucionalidades apontadas restaram prejudicadas (CNMP, 2017).

Dentre as alterações, o CNMP modificou o artigo 18, e incluiu nos § 5º e 6º a possibilidade de o magistrado analisar o cabimento do acordo e as condições impostas pelo membro do MP, sendo devolvido o poder de homologação ao Juiz (CNMP, 2017).

Já a ADI nº 5.793, proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), argumenta a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º, 7º e 18 da Resolução 181 do CNMP.

Segundo o CFOAB, esses artigos afrontam o princípio da impessoalidade, previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Isso porque, em tese, não estabelece limites para o Ministério Público e a Autoridade Policial instaurarem procedimento investigativo, deixando margens para atuação com discricionariedade, sendo incompatível com os fins da administração pública. De igual modo, não se revela compatível com o princípio da impessoalidade da Administração Pública, consagrado no art. 37, caput, da Constituição Federal, permitir que o Ministério Público possa escolher quem ou o que deverá investigar, sem a observância de parâmetros objetivos (SOUSA, 2019).

O Conselho aponta, ainda, a violação do princípio da reserva legal, argumentando que a Constituição, em seu artigo 129 prevê, que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública. Assim, por meio de uma resolução, o Ministério Público teria ferido o princípio da reserva legal, uma vez que somente lei formal, que tramitou pelo devido processo legislativo, pode versar sobre tal tema (SOUSA, 2019).

Para melhor entendimento quanto à constitucionalidade da Resolução em comento, faz-se necessário a compreensão do papel do Conselho Nacional do Ministério Público, o qual foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a “reforma do Judiciário” (HERTEL, 2018).

Compete ao CNMP, de acordo com o artigo 130 A, § 2º, II, da Constituição Federal, com o artigo 2º, inciso I do Regimento Interno do CNMP: O controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, assegurando a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências além de zelar pela observância do art. 37 da CF (BRASIL, 1988, *online*).

O CNMP, assim como o CNJ, é órgão administrativo e fiscalizador, podendo editar atos normativos primários, os quais buscam como fundamento de validade diretamente o texto constitucional, sem intermédio de nenhuma outra lei, o que permite inovações no direito pátrio, diferente do que ocorre nos atos normativos secundários. Deste modo, conclui-se que a resolução em tela 7 tem força de lei federal, possui caráter vinculante, cogente e que deve ser adotado pelos membros do Ministério Público dos Estados e da União (SOUSA, 2019).

Os adeptos à resolução defendem, também, que esta não versa sobre processo penal, e sim de política criminal, objetivando o funcionamento mais rápido e célere da máquina estatal investigativa e punitiva. Desta forma, não há que se falar em violação ao artigo 22, inciso I da Constituição da República (RUFINO, 2019).

O doutrinador Rodrigo Leite Ferreira Cabral, defendendo a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, argumenta:

a) O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do CNJ (e portanto, também, as do CNMP ostentam “caráter normativo primário” (F-ADC 12 MC); b) a resolução nº 181/2017 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37, caput); da celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, art. 129, I, VI e VI); c) a autorização para a celebração do acordo não consubstancia norma de direito processual (cuja competência legislativa é privativa da União – CF, art. 22, I , uma vez que não trata “do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulam os atos destinados a realizar a causa final da jurisdição” (F-DI 2. 0 , já que disciplina questões prévias ao processo penal e externas ao exercício da jurisdição; d) a nova normativa propõe regulamentar e aplicar diretamente dispositivos constitucionais relacionados a atuação do Ministério Público, inserindo-se, pois, no âmbito da competência normativa do CNMP (CF, art. 130-A, § 2º e seus incisos I e II); e) o Supremo já reconheceu a constitucionalidade formal de atos normativos em condições muito semelhantes (v.g. F - DI 5104 MC , permitindo, inclusive, a regulamentação, por resolução do CNJ, de prazos e condições para a apresentação de presos audiência de custódia (F-ADPF 347 MC) (2017, *online*).

Apesar desse forte embasamento, ainda há alguns membros do Ministério Público que preferem não adotar as medidas previstas na resolução. Diante disso, pode o causídico da parte requerer, se presentes os requisitos estipulados pelo artigo 18, em juízo, a aplicação de tal norma? Pode-se dizer que sim, pois se a resolução é uma norma de caráter normativo primário e tem força de lei, é um direito do autor do delito requerê-lo em juízo, ainda mais considerando que é muito mais benéfico e que o autor já não será beneficiado pelos institutos da transação e da suspensão condicional do processo (SILVA, 2019).

Nota-se que a aplicação do acordo não persecutório se mostra eficaz, especialmente por : a) contribuir para que o Poder Judiciário não acumule tantos processos; b) visar a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, medidas não objetivadas em sede de condenação em processo criminal; c) não contribuir para a superlotação dos estabelecimentos carcerários de presos provisórios; e d) ser aplicável apenas aos crimes de médio potencial ofensivo, porque a transação penal e a suspensão condicional do processo já são aplicáveis aos crimes de menor potencial ofensivo (SILVA, 2019).

O acordo corrobora para a efetivação dos princípios da eficiência e da celeridade, previstos na Carta Republicana de 1988, ainda mais considerando que a

busca por um rito célere e eficaz que alcance a justiça almejada pela sociedade está cada vez mais difícil. Assim, a adoção de um modelo mais negocial e flexível vem ganhando espaço no ordenamento brasileiro, justamente por esse motivo, é mais rápido e eficaz (SILVA, 2019).

Em síntese, esses são os principais argumentos trazidos pela doutrina brasileira que defendem a constitucionalidade do acordo. É certo que o clamor social pela justiça é crescente e legítimo, tendo em vista a morosidade para a resolução e punição de inúmeros casos criminais que ocorrem no Brasil. Nessa possível omissão do Poder Legislativo, diante do caos vivenciado pelos brasileiros, o CNMP colocou em vigor uma norma necessária, que contribuirá para a solução de boa parte dos crimes ocorridos, em prol da celeridade e eficiência da justiça nacional (SILVA, 2019).

Além disso, no final do ano de 2019, o acordo de não persecução penal foi trazido ao Código Penal, pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, instituindo o art. 28-A, superando-se, assim, os questionamentos quanto à índole constitucional do instituto criado por resolução do CNMP (CNMP, 2020).

3.2 Principais diferenças trazidas com o art. 28-A, do Código de Processo Penal

Após a inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal, algumas mudanças foram trazidas no que se refere ao que inicialmente foi instituído pela Resolução nº 181/2017 do CNMP.

Dentre as diferenças trazidas, verifica-se que a nova redação do artigo 28-A não prevê a celebração do ANPP na mesma oportunidade da audiência de custódia; o que não significa que seja vedada.

Nesse sentido, o CNMP recomendou cautela na apresentação de proposta em audiência de custódia, tendo em vista as limitações formais e materiais que poderão objetar a efetivação do acordo não persecutório. Isso porque a Resolução 181 do CNMP prevê expressamente a possibilidade de realização na audiência de custódia (art. 18, §7º). No entanto, é inadequada a realização do ANPP

nas audiências de custódia realizadas no plantão forense, em obediência ao princípio do juiz natural e do promotor natural (CNMP, 2020).

O artigo 28-A, também, não traz a vedação do acordo em casos nos quais o dano causado seja superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, diferentemente da Resolução nº 181, a qual trazia esta limitação.

Não há mais, também, vedação expressa de acordo para crimes hediondos ou equiparados. Entretanto, o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), órgão do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos, pelo enunciado nº 31, ao analisar os impedimentos ao acordo assentou o seguinte:

Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes hediondos e equiparados, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Verifica-se que a Resolução 181/2017 se referia às hipóteses do art. 76, § 2º, da Lei n. 9.099/95, ao passo que o art. 28-A do CPP VEDOU expressamente (inciso II) o acordo caso o acusado seja reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Sobre as “infrações insignificantes”, o GNCCRIM, por meio do enunciado nº 30, pretendeu indicar um critério objetivo para determina-las ao proclamar aquelas compreendidas no conceito de menor potencial ofensivo (art. 61, da Lei nº 9.099/95).

Observa-se que os incisos III e IV do referido artigo estabelecem como condição do acordo a prestação de serviço ou o pagamento de prestação pecuniária a entidades públicas em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do na forma do art. 46 do Código Penal, enquanto a Resolução trazia que o local seria indicado pelo Ministério Público. Outra vedação trazida pelo art. 28-A (inciso III, §2º) foi a impossibilidade de celebração do ANPP ao agente que já tenha sido

beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo não persecutório, transação penal ou suspensão condicional do processo, ao passo que a Resolução nº 181 se referia apenas à transação penal.

De acordo com o §3º, o acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

O artigo 28-A, ainda, dispôs (§4º), como condição para a homologação do acordo, a necessidade da realização de audiência, na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade e legalidade, com a oitiva do investigado na presença do seu defensor.

Os §§5º e 6º, por sua vez, acrescentaram que se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor e, na possibilidade de ser homologado, o magistrado devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

O juiz poderá, em caso de não atendimento aos requisitos para efetivação do acordo, recusar homologação à proposta, ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5 (§7º). Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao *parquet* para a análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (§8º), sendo a vítima intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento (§9º).

A Resolução nº 181/2017 do CNMP determinou, em seu art. 18, §9º, que descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. Por sua vez, o §10, do art. 28-A do CPP, estipula que, nessa situação, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia. Em caso de recusa, por parte do Ministério Público, para propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a

órgão superior, na forma do art. 28 do CPP (§14º).

Há vários questionamentos, ainda, quanto à aplicação do ANPP, dentre estes, sobre a possibilidade de ser aplicado em crimes praticados antes da Lei nº 13.964/19. Sobre esse tema, há pelo menos, três posicionamentos divergentes consistentes no não cabimento, no cabimento, desde que que a persecução penal já tenha sido deflagrada (com o oferecimento de denúncia), e no cabimento, desde que não ofertada a exordial acusatória (CNMP, 2020).

Diante disso, a Procuradoria-Geral de Justiça/CAOCriminal se manifestou afirmando que as normas regentes do ANPP possuem natureza mista por serem compostas de caráter material (penal) e formal (processual penal), não incidindo o art. 2º do CPP (*tempus regit actum*) e, sim, os princípios de aplicação da lei penal no tempo, sendo proibida a retroatividade da lei, exceto se mais benéfica. Assim, como a lei criou uma causa extintiva de punibilidade, é mais benéfica ao acusado, devendo retroagir (CNMP, 2020).

Deste modo, cumpridas as condições objetivas e subjetivas do instituto, pode haver proposta de ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, até antes da sentença, mediante provocação da defesa (v. art. 1º, §2º Orientação n.01/2020 - PGJ/CAO-CRIM).

Cumprido destacar que o GNCCRIM aprovou o Enunciado nº 29, por meio do qual limita a incidência do instituto até o oferecimento da denúncia: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” – (Enunciado 29, *online*).

Pode-se dizer que o ANPP, na área ministerial, tem semelhança com o termo de ajustamento de conduta (TAC), mas, na área criminal, é um meio pelo qual o Ministério Público e a pessoa investigada acordam o não exercício da ação penal em troca da aceitação pelo investigado, assistido por seu defensor, de obrigações de fazer, não fazer ou dar (ARAS, 2020).

Conforme entendimento pacificado do STF e STJ, assim como os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, o ANPP

consiste em um poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do acusado (CNMP, 2020).

No que tange à sua obrigatoriedade, é importante destacar o voto do Ministro do STF, Ayres Britto, em julgado referente à suspensão condicional do processo, *in verbis*:

[...] não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o *sursis* processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela (HC 84.342/RJ, 1ª Turma).

A esse respeito, os autores Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dover, ensinam que enxergar o ANPP como obrigatoriedade seria o mesmo que “estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas” (2017, p. 123).

Portanto, diante de todo o exposto, verifica-se que o acordo de não persecução penal é uma inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro com a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela resolução nº 183/2018, recentemente trazido ao Código Penal, em seu artigo 28-A e uma de suas principais consequências é deixar a justiça criminal mais célere, contribuindo para a diminuição do número de processos não solucionados no Poder Judiciário, além da taxa de encarceramento (SOUSA, 2019).

CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou um estudo prático sobre a busca do ordenamento jurídico brasileiro pela melhor solução dos casos criminais, sendo criados institutos para a aplicação da justiça penal consensual, no caso, o acordo de não persecução penal.

O legislador, ao incluir no Código de Processo Penal a possibilidade de o Órgão Ministerial deixar de promover a exordial acusatória, desde que o investigado assumira as condições legais, as quais, caso integralmente cumpridas, acarretam a extinção da punibilidade do agente, inaugurou, no sistema criminal brasileiro, a solução consensual do caso penal para infrações de médio potencial ofensivo, o que representa um momento paradigmático para a justiça criminal e o Ministério Público.

O acordo é de extrema importância para a efetivação dos princípios da eficiência e da celeridade, previstos na Constituição Federal de 1988, ainda mais considerando que a busca por um rito que seja, simultaneamente, célere, eficaz e que alcance a justiça está cada vez mais difícil. Deste modo, a adoção de um modelo mais negocial e flexível vem ganhando seu espaço no ordenamento jurídico.

Portanto, o acordo de não persecução penal não deve ser visualizado como um “substituto” ao sistema acusatório, mas sim, como seu aliado, em consonância com um sistema garantista penal e processual no Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

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

ARAS, Vladimir. **O novo modelo de arquivamento de inqueritos e o princípio da oportunidade da ação**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-12/vladimir-aras-modelo-arquivamento-inqueritos>. Acesso em 05 de junho de 2020.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **“Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal”**. In Acordo de não persecução penal/coordenadores Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral – 2ed. – Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181/2017**. Brasil. Disponível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>. Acesso em 28 de setembro 2019.

BRASIL. **DECRETO-LEI Nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Brasil. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 23 de setembro de 2019.

BRASIL. **LEI Nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em 15 de setembro de 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP**. Consultor Jurídico – CONJUR. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>. Acesso em 13 de setembro de 2019.

CNMP. **Manual de atuação e orientação funcional - acordo de não persecução penal (anpp)**. Disponível em: [https://www.google.com/search?q=MANUAL+DE+ATUA%C3%87%C3%83O+E+ORIENTA%C3%87%C3%83O+FUNCIONAL+-+ACORDO+DE+N%C3%83O+PERSECU%C3%87%C3%83O+PENAL+\(ANPP\)&oq=MANUAL+DE+ATUA%C3%87%C3%83O+E+ORIENTA%C3%87%C3%83O+FUNCIONAL+-+ACORDO+DE+N%C3%83O+PERSECU%C3%87%C3%83O+PENAL+\(ANPP\)&aqs=chrome..69i57.959j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=MANUAL+DE+ATUA%C3%87%C3%83O+E+ORIENTA%C3%87%C3%83O+FUNCIONAL+-+ACORDO+DE+N%C3%83O+PERSECU%C3%87%C3%83O+PENAL+(ANPP)&oq=MANUAL+DE+ATUA%C3%87%C3%83O+E+ORIENTA%C3%87%C3%83O+FUNCIONAL+-+ACORDO+DE+N%C3%83O+PERSECU%C3%87%C3%83O+PENAL+(ANPP)&aqs=chrome..69i57.959j0j7&sourceid=chrome&ie=UTF-8). Acesso em 04 de junho de 2020.

CONSERVA, Mário Cesar da Silva. **O acordo de não persecução penal e sua incompatibilidade com o ordenamento jurídico brasileiro: reflexos da resolução 181.2017 do conselho nacional do ministério público**. Revista Eletrônica OAB/RJ, Rio de Janeiro, V. 30, N. 1, Jul./Dez. 2019. Disponível em <http://revistaeletronica.oabRJ.org.br/wp-content/uploads/2019/07/Artigo-de-M%C3%A1rio-Cesar-da-Silva-Conserva.pdf>. Acesso em 15 de setembro de 2019.

DINIZ, Maria Helena. **Compêndio de introdução à ciência do direito**. 8ª ed. São Paulo:

SARAIVA, 1995.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. 2ª ed. rev. e atua., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p.206.

GNCCRIM. **Enunciado nº 29**. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em 08 de maio de 2020.

GNCCRIM. **Enunciado nº 31**. Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM). Disponível em http://www.criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em 08 de maio de 2020.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

HERTEL, Jaqueline Coutinho Saiter. **A Emenda Constitucional nº 45 e a Reforma do Judiciário**. Revista Jus Navigandi. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/7465>. Acesso em 08 jun. 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LARENZ, Karl. **Derecho Justo**. Fundamentos de Ética Jurídica. Madrid: Civitas; 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**– 4. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. V.I. Campinas: Bookseller, 1997.

MELO, André Luís Alves de. **A Inconstitucionalidade da obrigatoriedade da ação penal pública: Releitura dos artigos 24 e 28 do Código de Processo Penal e art. 100, §1º, do Código Penal em Face da Não Recepção pela Constituição de 1988**. Tese (Doutorado em Direito Constitucional) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo. 2015.

MINISTÉRIO PÚBLICO. **Orientação Conjunta - Acordo de Não Persecução Penal**. Disponível em: <http://www.mpgp.mp.br/portal/noticia/orientacao-conjunta-acordo-de-nao-persecucao-penal#.XuK2UUVKjIU>. Acesso em 02 de junho de 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código penal interpretado**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. 2016. São Paulo: Atlas, 2017.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal: comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal** – 13ª ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 18ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de Processo Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro: 2009.

PEREIRA, Samuya Saady Morhy. **O Ministério Público e lei maria da penha**. Leis e Letras: Fortaleza, 2011.

RUFINO, Emanuel dos Santos Costa. **Introdução dos mecanismos de consenso na justiça criminal brasileira: o acordo de não persecução penal (resolução 181/183 do cnmp)**. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/browse?type=author&value=Rufino%2C+Emanuel+dos+Santos+Costa>. Acesso em 02 de junho de 2020.

SILVA, Oscar José de Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Volume III J-P, 11ª ed. Rio de Janeiro: FORENSE, 1991.

SILVÉRIO JÚNIOR, João Porto. **Opinio Delicti**. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

SOUSA, Victor Hugo Carneiro de. **Acordo de não persecução e ação penal pública: direito penal mínimo, máximo e a solução de casos criminais**. Disponível em: <http://repositorio.aee.edu.br/bitstream/aee/8572/1/MONOGRAFIA-%20FINAL-29%2C.pdf>. Acesso em 02 de junho de 2020.

SOUZA, Renee do Ó. CUNHA, Rogerio Sanches. **A legalidade do acordo e de não persecução: uma opção legítima de política criminal**. Disponível em <<https://s3.meusitejuridico.com.br/2018/10/f257da7dlegalidade-do-acordo-de-nao-persecucao.pdf>>. Acesso em 10 de setembro 2019.

SOUZA, Renee do Ó. DOVER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. Salvador, Juspodvum, 2017.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Penal e Processual Penal**. HC 9843/MT DJ 17.04.2000. Relator: Ministro Fernando Gonçalves - DF 21 mar. 2000. 6ª Turma. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/358735/habeas-corpushc-9843-mt-1999-0053837-4/inteiro-teor-100250785?ref=juris-tabs>>. Acesso em 16 de setembro de 2019.

TOURINHO FILHO, Fernando Costa. **Manual de processo penal**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 2.970**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 14 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **ADI 5790**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: www.stf.jus.br. Acesso em 14 de setembro de 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Súmula Vinculante nº 35**, Tese de Repercussão Geral definida no Tema 238, aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa

do STF, realizada em 09 de dezembro de 2015. Disponível em www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953. Acesso em 10 de maio de 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 13 ed. São Paulo. 2010.