

A INCONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

ANTUNES, Gabriel Lemes da Rosa¹

PERLIN, Edson²

RESUMO:

A grande gama de crimes de médio potencial ofensivo, apodera-se da maior parte do sistema de justiça, incapaz de conciliar com todas as formalidades que a persecução penal exige e o tempo necessário para dar uma resposta no prazo satisfatório ao sentimento de justiça decorrente desses crimes. Decorrente desse problema, surgem possíveis soluções para tentar cortar caminho e se chegar a uma justiça mais célere. Assim, acaba surgindo o acordo de não persecução penal, criado para uma causa nobre, porém feito de uma forma não abarcada por nosso ordenamento, motivo pelo qual, acaba se tornando inconstitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Devido Processo Legal; Justiça Consensuada; Celeridade Processual; Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP); Ação Direta de Inconstitucionalidade; Princípios.

THE UNCONSTITUTIONALITY OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

ABSTRACT:

The high range of medium offensive potential crimes, defined by the Brazilian law as those which have minimal penalty equal or inferior to one year and maximum penalty superior to two years, represents most of the Brazilian Judicial System and is incapable of reconciling all the formalities required by prosecution and the required time to give the feeling of righteousness caused by this crimes a response in the appropriate time. Due to this problem, there are many possible solutions to cut corners and get to a swift justice. The Brazilian law has come to one possible solution, which is the non-prosecution agreement, that concerns an adjustment liable of being concluded between the Public Ministry and the person in subject to investigation, accompanied by his/her lawyer, that drops proceedings, which was created for a noble cause, but it is not embraced by the Brazilian law, therefore, it is unconstitutional.

KEYWORDS: Due process; Consensual Justice; Swift Justice; *Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)*; Direct Unconstitutionality Action; Principles.

1. INTRODUÇÃO

O assunto do presente trabalho refere-se à justiça consensuada, trazendo como seu tema, por seu turno, a inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal.

É de conhecimento geral que nosso sistema judiciário precisa encontrar formas alternativas de solução de conflitos para desafogar e conseguir conceder, em um tempo razoável, a resposta ao sentimento de justiça decorrente da prática de um crime.

¹Qualificação do Autor Principal, seguido de e-mail.

²Qualificação do Orientador, seguido de e-mail.

Para tanto, vem surgindo, não só no processo penal, mas também em outros ramos do nosso direito, a grande incidência da justiça consensuada, buscando a instituição de formas de acordos para tornar mais célere o judiciário, desafogando, principalmente, os crimes de médio potencial ofensivo, que hoje detêm a maior gama de processos ativos em nosso judiciário, para só então, conseguir ser dado uma atenção maior aos crimes maior potencial ofensivo.

No processo penal, um dos primeiros institutos, considerado como um acordo, que coloca fim ao processo prematuramente, surge com a Lei 9.099/95, a chamada transação penal, a qual é considerada a semente desse modelo de justiça, aplicando-se aos crimes de menor potencial ofensivo, sendo que sua pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público, em troca do cumprimento de obrigações pelos autos.

De contraponto, temos o instituto da colaboração premiada da Lei 12.850/2013, a qual também há essa disposição do Ministério Público da pretensão punitiva em troca da colaboração do acusado, aqui até mesmo mais abrangente que o instituto anterior, mas inferindo os crimes de maior potencial ofensivo.

Desse modo, temos uma grande carência de um instituto da justiça consensuada para atender os crimes de médio potencial ofensivo, os quais mais demandam esforços do nosso judiciário. Com esse sentimento, dentre outras legislações que surgiram ao longo dos anos, recentemente surgiu o Artigo 18, da resolução 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, buscando inserir, em nosso ordenamento pátrio, o acordo de não persecução penal, visando a uma solução para a morosidade da justiça (consequentemente haveria economia de recursos públicos e mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves).

Com o advento do acordo de não persecução penal, o Ministério Público passa a poder propor, nos crimes de médio potencial ofensivo, quando não for o caso de arquivamento, que tenha pena mínima superior a quatro anos, o crime não seja cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e, por fim, que o acusado tenha confessado formal e circunstanciadamente a prática do crime, todos esses como requisitos imprescindíveis para a caracterização do acordo.

Verificados esses requisitos, o *parquet* no inquérito policial, antes mesmo de ser proposta a denúncia, não sendo o caso de aplicação da transação penal e que tenha indícios de autoria na pessoa do indiciado, poderá, através de uma manifestação, designar audiência preliminar para oferecimento do acordo. No dia da audiência, acusado e acusação frente a frente em pé de igualdade, discutiram as alternativas para estabelecerem um acordo, podendo o *parquet* impor ao

indiciado as condições, quais sejam, reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilitado de fazê-lo; renunciar voluntariamente bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumento, proveito ou produto de crime; prestar serviços a comunidade; pagar prestação pecuniária e; cumprir outras condições estipuladas pelo Ministério Público.

Restando o acordo frutífero, após passar pela homologação do juiz, o processo ficará suspenso pelo prazo determinado no acordo para o cumprimento das condições, logo após, será determinado o arquivamento do inquérito policial.

Encontra-se aí o cerne da questão, o Conselho Nacional do Ministério Público é órgão administrativo ao qual concerne o controle da atuação administrativa e financeira da instituição, conforme Artigo 130-A, da Constituição Federal. De outro lado, ante o disposto no Artigo 22, inciso I, também da Constituição Federal, compete privativamente a união legislar sobre material processual. Portanto, entende-se que, a disposição do acordo de não persecução penal por meio de uma resolução de órgão administrativo, afronta diretamente a Constituição Federal, tornando-se o referido acordo inconstitucional.

Ressalta-se que já foram inúmeras as causas discutidas no judiciário tratando acerca desse assunto, mesmo lidando com um tema recente, havendo uma desigualdade nas decisões proferidas pelos juízes. De igual modo, as opiniões doutrinárias, que serão abordadas, que ainda estão germinando sobre o assunto, estão pendentes para os dois lados.

Nesse contexto, registra-se, inclusive, que a discussão já foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5793 e nº 5790, ambas se tratando da inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, as quais estão pendentes de decisão, seguindo seus tramites legais.

Em vista dos argumentos apresentados, o tema abordado é de suma importância, não somente pela usurpação de competência privativa da União para legislar em matéria processual penal, mas também pela mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual norteia o dever de agir do Ministério Público, mas agindo contra este princípio, cria uma solução alternativa a persecução penal sem a devida competência para tanto. Ainda, em tempo, estamos diante de um acordo inconstitucional, que não tem força de lei, sendo aplicado pelo nosso judiciário, mitigando a persecução penal e ainda restringindo direitos fundamentais que o devido processo legal garante ao acusado.

Por fim, a metodologia que será utilizada, basicamente, dar-se-á com a análise teórica do instituto do acordo de não persecução penal, comparando a utilidade e sua falta de amparo legal perante nossa Lei máxima, a Constituição Federal.

2. FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1. Apresentação do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e as funções institucionais do Ministério Público

O Artigo 130-A, da Constituição Federal, introduzido pela Emenda Constitucional nº 45 de 2004, estabelece a criação do chamado Conselho Nacional do Ministério Público, formado por 14 membros nomeados pelo Presidente da República, depois de serem aprovados pelo Senado Federal e com mandato não superior a 02 anos, admitindo apenas uma recondução (LENZA, 2016).

O Ministério Público não é simplesmente um órgão acusador, evoluindo no decorrer dos anos para “[...] instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988, art. 127).

Segundo Lenza (2016, p.1089), “é da competência do Conselho o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros [...]”.

Desse modo, com a leitura assídua de todos os incisos do §2º do Artigo 130-A, da nossa Constituição Federal, temos as seguintes atribuições desse órgão administrativo, quais sejam: zelar pela autonomia funcional e administrativa, zelar pela administração pública direta e indireta, receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou Estados, rever os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União e dos Estados e elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País (BRASIL, 1988).

Elencados as hipóteses acima, no que diz respeito ao rol de funções que é instituído ao Conselho Nacional do Ministério Público, chegamos a um grande complicador, uma resolução que deveria regulamentar os chamados PICs (procedimentos investigatórios criminais), acaba-se interferindo no Código de Processo Penal uma Lei ordinária federal, no momento em que não

restringiu o chamado acordo de não persecução penal ao próprio procedimento investigatório, no qual tem a prerrogativa em suas funções (GENJURÍDICO, 2018).

Em virtude dos fatos mencionados, não se vislumbra qualquer abertura que concede ao Conselho Nacional do Ministério Público qualquer forma de inovação na maneira de regulamentação do processo penal brasileiro, pois este pertence a competência privativa da União.

2.2. Ação penal pública incondicionada

Em um primeiro momento, ressalvas precisam ser feitas para a melhor compreensão do assunto, há basicamente três espécies de ação penal em nosso ordenamento, quais sejam: a ação penal incondicionada, ação penal condicionada e a ação penal privada, sendo as duas primeiras representadas pelo membro do Ministério Público e a terceira de representação do ofendido. Segundo o Artigo 18, *caput*, da Resolução 181/2017, do CNMP, o acordo de não persecução penal engloba somente os crimes de médio potencial ofensivo (aqueles que comine pena mínima inferior a quatro anos, bem como os que não sejam cometidos com violência ou grave ameaça), ou seja, dentre essas três possibilidades de ação penal, o dito acordo do CNMP, vai embarcar os crimes que se encaixam na modalidade de ação penal incondicionada (JUS, 2016).

Segundo o ponto de vista de Junior (2016, p.180), a ação penal de natureza pública incondicionada “é a regra geral do sistema penal brasileiro, no qual os delitos são objeto de acusação pública, formulada, portanto, pelo Ministério Público (estadual ou federal, conforme seja a competência da Justiça Comum Estadual ou [Comum] Federal)”, ou seja, para oferecimento do acordo de não persecução penal, o Ministério Público só precisa verificar se o acusado se enquadra nos requisitos, pois a ação penal incondicionada é de sua competência, não dependendo de mais nada para prosperar.

Nesse mesmo sentido, Lima (2016, p. 343) afirmar que “o titular da ação penal pública incondicionada é o Ministério Público (CF, art. 129, I), e sua peça inaugural é a denúncia. É denominada de incondicionada porque a atuação do Ministério Público não depende da manifestação da vontade da vítima ou de terceiros. Isto é, verificando a presença das condições da ação e havendo justa causa para o oferecimento da denúncia, a atuação do *Parquet* prescinde do implemento de qualquer condição”.

Assim, como o *parquet* é o detentor originário da ação penal incondicionada, se está não for intentada, através da denúncia, no prazo legal, a Constituição Federal, no seu Artigo 5º, LIX, permite a aplicação da ação penal privada subsidiária da pública, cujo cabimento está condicionado à inércia do Ministério Público. Tal ação, permite ao indivíduo que teve sua esfera jurídica violada a apresentar a peça inaugural da persecução penal, já que o ente ministerial se deu por inerte (LIMA, 2016).

Ou seja, se o Ministério Público é o detentor para propor a ação penal pública incondicionada, quando o crime investigado for o de ação pública e que existirem indícios suficientes de autoria e materialidade para que o promotor esteja autorizado a oferecer a denúncia, ou dependendo do caso, promover o arquivamento. Caso permaneça inerte, transcorrendo o prazo para promover a denúncia, poderá o ofendido intentar a ação penal subsidiária da pública (GONÇALVES, 2018).

Nessa vertente, Junior (2016, p. 300) diz que “[...] a ação penal pública é de legitimidade ativa exclusiva do Ministério Público. Excepcionalmente, poderá o ofendido ou seu representante legal, em caso de inércia do MP, ajuizar a ação penal privada subsidiária.”.

Desse mesmo modo, o oferecimento do acordo de não persecução penal se dá, em regra, antes mesmo do oferecimento da denúncia e caso o indiciado aceite o acordo, a interposição da denúncia ficará suspensa até o término do prazo para cumprimento das condições. Contudo, como ficará a possibilidade da pessoa que teve seu direito violado intentar a ação penal subsidiária da pública. A questão aqui vai muito além da resolução dispor sobre matéria que não é de sua competência, ainda, acaba por violar importantes princípios basilares do devido processo legal, os quais só serão escancarados quando tais questões forem colocadas em frente ao juiz para decidir sobre o caso.

2.3. Princípio da obrigatoriedade

É indiscutível que o princípio em análise é de cunho fundamental para a manutenção do devido processo penal, visto que disciplina ao *parquet* quando dispondo de elementos mínimos para a propositura da ação penal, ou seja, com prova da materialidade e indícios de autoria, deverá promover a ação penal, sem a intervenção de critérios políticos ou de utilidade social (JUSBRASIL, 2013).

Corroborando essa afirmativa, Junior (2016, p.177) entende que “a ação penal de iniciativa pública está regida pelo princípio da obrigatoriedade, no sentido de que o Ministério Público tem o dever de oferecer a denúncia sempre que presentes as condições da ação anteriormente apontadas (prática de fato aparentemente criminoso – *fumus commissi delicti*; punibilidade concreta; justa causa)”.

Tal princípio está disciplinado no Artigo 24, *caput*, do Código de Processo Penal, o qual estabelece que “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” (BRASIL, 1941).

Desse modo, verifica-se que tal princípio vincula o próprio Ministério Público em apresentar a peça inaugural da ação penal pública, quando demonstrado minimamente a materialidade e autoria do delito, ou seja, com a apresentação do acordo de não persecução penal ao acusado, em vez de apresentar a denúncia, depois de comprovada a autoria e materialidade recaindo sobre aquele determinado indivíduo, deixa-se de seguir com o devido processo legal e faz-se tal acordo, suspenso o processo pelo chamado período de prova.

Ainda, faz-se necessário esclarecer que o princípio da obrigatoriedade não é absoluto, podendo ser mitigado em algumas situações pontuais, como esclarece Freitas (2018, p.2) “a suspensão condicional do processo constitui, portanto, mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal pública se diante de fato que, a seu ver, configure ação penal.”.

Ou seja, não que o princípio da obrigatoriedade da ação seja absoluto, pode sim haver mitigação a ele, mas não por meio de uma resolução que contém uma inconstitucionalidade formal orgânica.

2.4. Princípio da legalidade e intranscendência

O princípio da legalidade, previsto no Artigo 5º, inciso II, da Constituição Federal, preceitua que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de Lei, bem como, de outro lado, o princípio da intrancendência vem para somar, previsto no Artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal, traz a regra de que a pena não passará da pessoa do condenado (BRASIL, 1988).

Observando esse cenário, Moraes (2014, p.41) entende que “só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas, conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”.

Nesse mesmo sentido, o princípio da intrancendência entende-se que a denúncia só poderá ser oferecida contra o provável autor do fato, bem como que a sentença não passará da pessoa que foi condenada (JUSBRASIL, 2015).

Ou seja, estamos diante da chama legalidade formal correspondendo à ordem na tramitação de procedimentos previstos na Constituição Federal para que determinado projeto de Lei possa vir a fazer parte do ornamento jurídico, assim, é indispensável a regularidade do processo legislativo de produção da lei (JUSBRASIL, 2016).

Nessa seara, novamente, o acordo de não persecução penal viola diretamente tais princípios, ao aplicar um acordo que carece de força de Lei, o qual foi criado por meio de uma Resolução de um órgão administrativo, sem passar pelas regras do processo legislativo.

2.5. Princípio da divisibilidade

O princípio em análise autoriza o Ministério Público a intentar uma outra ação pelo mesmo fato em face de outro acusado, desde que já tenha uma ação penal em face determinado réu. Ainda, nesse mesmo sentido, é permitido ao ente ministerial desmembrar o processo em quantos forem os réus, não sendo necessária a persecução penal através de uma única ação (JUSBRASIL, 2015).

Para firmar esse raciocínio, segundo Rangel (2007. p.212) não se trata de aplicação da divisibilidade, pois o *Parquet* tem obrigação de denunciar, já que a responsabilidade da infração penal não fica ao talante do órgão de execução do Ministério Público. É possível, todavia, o retardo no oferecimento da denúncia, isto é, o Ministério Público poderá esperar a coleta de provas mais firmes quanto aos autores do fato criminoso.

Melhor dizendo, por tal princípio viabiliza que o Ministério Público desmembre a ação em quantos forem os réus, bem como que intente uma ação penal em face de outro réu em um processo já em curso, porém, não afasta a obrigação do *parquet* em apresentar a denúncia em face daquele acusado, quando comprovada minimamente a autoria e materialidade do delito, ou seja, com a aplicação do acordo de não persecução penal acaba por violar este princípio.

Desse mesmo modo, o Ministério Público, ao oferecer o acordo de não persecução penal ao réu, acaba por usar a prerrogativa do princípio em análise, em que pode oferecer o referido acordo a um réu e ao outro seguir com a persecução penal. Ainda, o ente ministerial pode escolher aplicar o acordo de não persecução penal, quando possível o oferecimento da suspensão condicional do processo.

2.6. Princípio da oficialidade da ação penal pública incondicionada

Estabelece o dever soberano que o Estado tem em agir e de determinar as normas de conduta delituosa, bem como com a ação penal correspondente, estando intimamente conectado aos princípios da legalidade e obrigatoriedade (JUSBRASIL, 2015).

Como muito bem explica, Junior (2016, p.176), faz menção de tal princípio com a ação penal pública incondicionada, ao dispor que “a ação penal de iniciativa pública é atribuição exclusiva do Ministério Público, nos termos do Art. 129, I, da Constituição. Significa que somente os membros do Ministério Público estadual ou federal, devidamente investidos no cargo, é que podem exercê-la através da denúncia”.

Nesse mesmo sentido, corrobora Távora e Alencar (2016, p.54) ao dispor que “Os órgãos incumbidos da persecução criminal (soma do inquérito policial e do processo), atividade eminentemente pública, são órgãos oficiais por excelência, tendo a Constituição Federal consagrado a titularidade da ação penal pública ao Ministério Público (art.129, I), e disciplinado a polícia judiciária no § 4º, do seu Art. 144”.

Ou seja, uma das funções institucionais do Ministério Público é promover, de forma privativa, a ação penal pública (BRASIL, 1988).

Em vista disso, o ente ministerial é o detentor absoluto de promover a ação penal pública, de forma privativa, e sem interferências externas, sendo assim, acaba por excepcionar tal princípio ao deixar de apresentar a denúncia para oferecer o acordo de não persecução penal.

2.7. Princípio da não autoincriminação “*nemo tenetur se detegere*”

O princípio em análise está estipulado no Artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal, o qual narra o seguinte “LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (BRASIL, 1988).

Assim, temos o direito a não autoincriminação, permitindo ao acusado quando não se conformar com a acusação, usar sua prerrogativa de ficar em silêncio, invocando seu direito de declarar-se inocente a todo momento, até que o contrário seja provado.

Outro ponto importante está nas regras para oferecimento da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos institutos estipulados pela Lei 9.099/1995, para os quais não está prevista a confissão formal como requisito dos respectivos institutos (JUSBRASIL, 2015).

De contraponto, para que o acusado seja agraciado com o acordo de não persecução penal, o mesmo precisa confessar formalmente o crime, é que determina o Artigo 18, da Resolução 183/2017, “[...] o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática [...]”.

Nesse diapasão, Pacelli (2018, p.333), entende que “a confissão do réu, que também pode ser feita fora do interrogatório, quando será tomada por termo nos autos, segundo o Art. 199 do CPP, constitui uma das modalidades de prova com maior efeito de convencimento judicial [...]”.

Dito isto, chegamos ao seguinte ponto, quando o acordo for proposto após o recebimento da denúncia e, logo em seguida, por algum motivo, o acusado vier a não o cumprir, os autos seguirão em seus anteriores termos, sendo que o acusado já confessou formalmente a prática do crime. Ou seja, é uma clara violação do princípio da não autoincriminação, pois o acusado acaba por confessar o delito para o oferecimento de um acordo que é inconstitucional em sua essência.

2.8. As alterações no Artigo 18 da resolução 183/2017

Na data de 12/12/2017, o CNMP aprovou várias modificações em seu texto, o que resultou na Resolução 183/2017, fazendo sanar várias outras irregularidades que nele continham. Com isso, levou até mesmo, a Associação dos Magistrados Brasileiros aditar a inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade reconhecer que certos pontos, que eram questionáveis, foram inicialmente sanados, bem como que a OAB seguiu o mesmo caminho e também aditou a da ADI, contudo, mesmo com as correções em seu texto, persiste a inconstitucionalidade (JUS, 2018).

Uma das principais e mais marcante mudança foi a alteração no §4º, do Artigo 18, da Resolução 183/2017, a dispor que finalizadas todas as condições impostas no acordo de não persecução penal pelo acusado, os autos deverão ser remetidos à apreciação judicial. Desse modo, sanando um dos problemas que a resolução gozava, porém, não sendo o ideal.

Continuando nesse raciocínio, cumpridas as condições do acordo de não persecução penal, o mesmo deveria ser remetido para homologação do juiz, porém, foi previsto que os autos deverão ser encaminhados para apreciação judicial (JUSBRASIL, 2017).

Consequentemente, entende-se que as alterações feitas posteriormente, nos artigos do acordo de não persecução penal, não foram o suficiente para sanar todos os seus problemas, uma vez que o vício é na forma em que foi criada, não bastando para sanar completamente os seus problemas a simples modificação dos seus artigos. Na verdade, deveriam ser feitas por meio de um projeto de Lei, igualmente como a Lei 9.099/1995, que trouxe a suspensão condicional do processo e a transação penal.

2.9. Do Artigo 18 da resolução 181/17 e sua inconstitucionalidade

Diante de tudo que já foi exposto, no que diz respeito ao Artigo 18, da resolução 183, do Conselho Nacional do Ministério Público, nada mais fez do que observar mais um meio de evitar que os processos se prolonguem por anos, travando o correr do judiciário, o que reforça o sentimento de impunidade vivido pela sociedade (JUSBRASIL, 2017).

Nesse caminho, conclui-se que “[...] nos delitos cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, é possível que haja acordo de não persecução penal, desde que obedecidos determinados requisitos previstos expressamente na mencionada resolução” (JUSBRASIL, 2017).

Portanto, cria-se, na recente Resolução, uma forma de exercer o princípio da oportunidade pelo Ministério Público, pois concede poderes ao membro do ente ministerial de deixar de seguir com o trâmite normal do processo, ou até mesmo, nem dar início ao mesmo, nos casos de crimes com pena em abstrato mínima inferior a quatro anos e que não tenham sido cometidos mediante violência ou grave ameaça, desde que aceito o acordo pelo investigado, que passaria a cumprir as condições pelo Artigo 18 da resolução, de forma cumulativa ou não, a critério do Ministério Público (GENJURÍDICO, 2018).

Contudo, não que se entenda não ser possível a adoção no direito processual brasileiro do princípio da oportunidade em hipóteses regradadas, ou que se criem formas de transação penal para crimes de médio potencial ofensivo, ou qualquer outro, pois isso é perfeitamente aceitável e até benéfico para o sistema penal, mas tal obrigatoriedade, necessita ser feita por Lei Federal, e tornar-se possível porque os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade não são de matriz constitucional, mas sim infraconstitucional, bastando uma Lei Federal para criar hipóteses de aplicação de oportunidade regradada, porém nunca por meio de uma resolução de um órgão administrativo (GENJURÍDICO, 2018).

Preliminarmente, podemos nos depreender que a Constituição Federal concede ao CNMP poderes para fazer valer um ato normativo com o mesmo caráter que possui o seu grande acordo de não persecução penal, porém, com a leitura atenta do Artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal, temos o seguinte:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe: I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências. (CNMP, 2017).

Consequentemente, chegamos a uma conclusão: o poder de controle em relação à atuação financeira e administrativa de seu órgão administrativo passa muito longe da criação de acordos processuais penais em nosso ordenamento jurídico pátrio, fazendo desses acordos uma forma autêntica de matéria processual penal, como é o caso do acordo de não persecução penal (JUS, 2018).

Reafirma o desembargador Aristides “a inserção dessa figura na ordem jurídica é matéria que depende de previsão em lei federal, pois qualquer inovação na maneira de regulamentação do processo penal brasileiro, e de suas competências privativas, dizem respeito, privativamente, à União, consorte disposto no Art. 22, inc. I, da CF” (TJ, 2018, *on-line*).

Assim sendo, por mais que possa parecer interessante ao investigado não ser processado, muitos doutrinadores sustentam que essa Resolução (183/2017 do CNMP) fere à Constituição Federal, pois o Conselho Nacional do Ministério Público legislou em matéria processual penal o que é de competência privativa da União, conforme o Artigo 122, inciso I, da Constituição federal, caracterizando-se pela doutrina, como uma inconstitucionalidade formal orgânica (JUSBRASIL, 2018).

Esclarece Lenza (2016, p.321) “a inconstitucionalidade formal orgânica decorre da inobservância da competência legislativa para a elaboração do ato.”. Ou seja, temos um órgão administrativo usurpando a competência do Poder Legislativo, criando um mecanismo para não submeter aquele acusado quando comprovada a autoria e materialidade do delito, dessa forma, afastando a incidência do devido processo legal.

Nesses termos, ainda que o acordo passe pela apreciação do Juiz, conforme a resolução 181 do CNMP traz, questiona-se sua legalidade, uma vez que o Artigo 18, §6º, inciso IV, da mesma, se o Juiz considerar incabível o acordo e remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, este poderá manter o acordo de não persecução penal, que vinculará toda a instituição (JUSBRASIL, 2018).

Em contrapartida, para uma outra parcela da doutrina, é formalmente constitucional por não dispor sobre Direito Penal e Processo Penal, matérias que demandam Lei em sentido formal, oriunda da União nos termos do Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal da República. Pelo contrário, trata-se de matéria de política criminal, o que tornaria constitucional a normatização realizada pelo CNMP (CONJUR, 2018).

Surgem desse raciocínio dois problemas. Primeiro, considerar que a decisão do investigado em não se submeter ao processo criminal e cumprir imediatamente sanção penal, trata-se apenas de uma questão de política criminal; é um argumento frágil. Se por um lado a utilização do acordo pode vir a ser, se bem aplicada, instrumento de política criminal, seu conteúdo, isto é, o objeto sobre o qual as partes combinam (acordando uma pena imediata sem a instauração de um devido processo), é evidentemente processual penal (CONJUR, 2018).

Prosseguindo nessa linha de raciocínio, o segundo problema é supor que a existência de eficácia normativa primária das resoluções do CNMP, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade, permita que o órgão regule qualquer matéria, uma vez que, inquestionavelmente, não se encontra entre as atribuições do CNMP, estampadas no Artigo 130-A, §2º, da Constituição Federal da República, de normatizar sobre política criminal (CONJUR, 2018).

Desse modo, vale ressaltar os dizeres da Constituição Federal, em seu §2º do Artigo 130-A, o qual atribui ao CNMP suas competências de atuação:

§ 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:
I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

II zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a legalidade dos atos administrativos praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

III receber e conhecer das reclamações contra membros ou órgãos do Ministério Público da União ou dos Estados, inclusive contra seus serviços auxiliares, sem prejuízo da competência disciplinar e correccional da instituição, podendo avocar processos disciplinares em curso, determinar a remoção, a disponibilidade ou a aposentadoria com subsídios ou proventos proporcionais ao tempo de serviço e aplicar outras sanções administrativas, assegurada ampla defesa;

IV rever, de ofício ou mediante provocação, os processos disciplinares de membros do Ministério Público da União ou dos Estados julgados há menos de um ano;

V elaborar relatório anual, propondo as providências que julgar necessárias sobre a situação do Ministério Público no País e as atividades do Conselho, o qual deve integrar a mensagem prevista no Art. 84, XI. (BRASIL, 1988).

Arrematando, entende-se que a inserção dessa figura na ordem jurídica é matéria que depende de previsão em Lei Federal, pois qualquer inovação na maneira de regulamentação do processo penal brasileiro e de suas competências privativas, dizem respeito, privativamente, à União, consorte disposto do Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal da República. Tal fato em nada conflita com o reconhecimento de que o CNMP é órgão administrativo ao qual incumbe o controle da atuação administrativa e financeira da instituição, podendo expedir atos regulamentares no âmbito de sua competência, conforme o Artigo 130-A, da Constituição Federal da República (TJ, 2018).

Ainda, nesse mesmo raciocínio, demonstrando a incontroversa da Resolução 181, do CNMP, foi necessária a edição de Lei pelo Congresso Nacional (Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal da República) para permitir que, por meio de decisão jurisdicional, pudesse o Poder Judiciário realizar “conciliação” para determinadas hipóteses do processo penal (Lei n 9.099/1995) e pudesse deixar de fixar uma pena, e conceder “perdão judicial” ou redução da pena para investigados que viessem a realizar colaboração premiada (Lei nº 12.850/2013). Já o CNMP entendeu que poderia sem a edição de Lei, por meio de ato normativo não apenas criar novas hipóteses de delação premiada, como, mais grave, em um primeiro momento, estabelecer que o eventual acordo sequer seria submetido ao exame do Poder Judiciário (STF JUS, 2017).

Ou seja, para outros procedimentos que existem hoje em nosso ordenamento, foram necessários todos os trâmites legais para sua implementação, caminhando contrário, visando cortar caminhos. A Resolução 181/2017, sequer virou projeto de Lei, sendo criada às escuras, para disciplinar matéria de competência privativa da União.

Além das hipóteses acima abordadas, existem outras que são diariamente desdobradas pelo poder judiciário, como a princípio, a falta de competência de um órgão administrativo, como goza o

CNMP, de legislar sobre matéria processual penal. Haja vista, que no Artigo supracitado não se acha nenhuma brecha da Constituição Federal que permita o CNMP legislar. Dessa forma, ao criar uma resolução, esta se torna inconstitucional, conforme o Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Em tempo, a discussão versada nesse projeto de pesquisa, já foi levada ao Supremo Tribunal Federal, que ainda carece de julgamento, sendo que foram propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 5790, pela Associação dos Magistrados Brasileiros e a ADI nº 5793, pela Ordem dos Advogados do Brasil), visando impugnar a Resolução 181/2017, do CNMP, no ponto que criou o instituto (GENJURIDICO, 2018).

Vale citar um trecho da Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5793, interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, a qual entende que “evidencia-se a inconstitucionalidade da Resolução por violação ao princípio da reserva legal, por extrapolação do poder constitucional regulamentar (Artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição Federal) e, por usurpação de competência privativa da União (Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal)” (STF JUS, 2017).

Vislumbra-se, diante de todo aqui exposto, que nosso judiciário precisa de caminhos mais céleres do que o da persecução penal, mas fazendo de uma forma que não viole nossa Lei máxima, sem extrapolar suas competências para tanto. Assim, não se avista outra alternativa senão a declaração da inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade pelo Superior Tribunal Federal, posteriormente fazendo um Projeto de Lei para a incorporação do acordo de não persecução penal em nosso ordenamento, somente assim, podendo ser aplicado pelo nosso Poder Judiciário sem afrontar a Constituição Federal.

2.10. Casos em que o Ministério Público pode propor o acordo de não persecução penal

Segundo a Resolução 181/2017, do CNMP, “não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa [...]” (COLCOAR REFERÊNCIA DO ARTIGO 18, R. 181/2017, CNMP).

Desse modo, com a leitura atenta da dita Resolução 181/2017, do CNMP, chegamos ao entendimento que o oferecimento do acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do investigado, mas pelo contrário, é uma faculdade do Ministério Público, ao qual incube verificar se

o investigado se encaixa nos requisitos e aplicar o tal acordo. Nesse ponto, parece que o acordo somente será utilizado de forma selecionada, elegendo os agentes infratores que serão destinatários do mesmo (JUBSRASIL, 2018).

Ou seja, além do investigado se enquadrar nos requisitos do acordo de não persecução penal, o próprio precisa passar pela seleção do Ministério Público, para só então fazer jus ao mesmo.

Podemos, ainda, citar alguns dos crimes que, possivelmente, são mais visados pelo acordo de não persecução penal, em um primeiro momento por se enquadrar nos requisitos trazidos pela Resolução e em um segundo momento; por serem os crimes que tipicamente são os mais cometidos no Brasil.

Primeiramente, podemos citar o crime de furto, ao qual consiste naquele que “Art. 155 - Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa” (BRASIL, 1940).

Em um segundo momento, podemos citar o delito de receptação, ao qual consiste em “Art. 180 - Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa” (BRASIL, 1940).

Por fim, além de vários outros, podemos citar o delito de estelionato, ao qual consiste em “Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício ardil, ou qualquer outro meio fraudulento: Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis” (BRASIL, 1940).

Nessa seara, podemos notar que tais delitos (além de vários outros constantes em nosso ordenamento), quando não praticados com o atributo de violência ou grave ameaça, enquadram-se nos requisitos que o acordo de não persecução penal estabelece, bem como depois de passar pelo poder discricionário do *parquet* em oferecer o dito acordo ao investigado ou não.

2.11. Posição da OAB em relação à resolução 183/2017

A Ordem dos Advogados do Brasil propôs, no ano de 2017, (mesmo ano da publicação da Resolução 181/2017, do CNMP), uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.793 em face da Resolução 181/2017, do CNMP, com a principal finalidade de declarar a mesma inconstitucional por ferir a regra do Artigo 22, inciso I, da Constituição Federal.

Assim, como a OAB, a Associação dos Magistrados Brasileiros também propôs uma Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº 5.790 (também no ano de 2017) com a mesma finalidade, qual seja, ver a Resolução 181/2017, do CNMP ser declarada inconstitucional.

Dito isto, a OAB, em sua petição inicial, traz os seguintes dizeres “analisando o ato normativo, verifica-se que os Arts. 1º, *caput*, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18, encontram-se eivados de inconstitucionalidade, na medida em que usurpa a competência privativa da União (Art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (Art. 130-A, §2º, I, da CF) [...]” (STF JUS, 2017).

Ou seja, além de outros artigos que a Resolução 181/2017, do CNMP elenca, há o Artigo 18, que se refere ao acordo de não persecução penal.

Reafirmando, a Associação dos Magistrados Brasileiros também rebate a mesma afirmação “impossível aceitar, assim, a validade do “acordo de não persecução penal”, porque o CNMP claramente legislou com invasão ao Art. 22, I, da CF, além de estar e submetendo os acusados a um procedimento não previsto em lei (CF, art. 5º, II)” (STF JUS, 2017).

Assim, vale a pena citar um trecho da petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade de n. 5790, da Associação dos Magistrados Brasileiros:

“Acresce que a Resolução do CNMP não se restringiu a dispor sobre tal matéria (o procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público) com vício de inconstitucionalidade formal em face dos membros do Poder Judiciário e em face da disciplina do CPP. Foi além, para, invocando motivação idônea para a eventual edição de uma lei em sentido formal e material pelo Congresso Nacional -- a saber, invocando o fato de haver um número excessivo de processos de natureza penal, desperdício de recursos, atraso na prestação jurisdicional, com prejuízo à sociedade e aos acusados – CRIAR uma modalidade de “solução alternativa” para determinados processos penais, visando a “resolução de casos menos graves”. (STF JUS, 2017).

Destarte, por muito essas duas Ações Direta de Inconstitucionalidade colaboram com o presente trabalho, pois as ações além de trazerem outras ilegalidades não abordadas aqui, trazem a inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal como um dos principais temas, isto é, o acordo de não persecução penal, ao ser criado por uma via irregular, não agradou as principais entidades do Sistema do Judiciário, gerando grandes polêmicas, sendo necessário que seja declarado inconstitucional pelo nosso Supremo Tribunal Federal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O assunto que foi discorrido no presente artigo é de suma importância e muito polêmico, aceito por alguns como uma salvação para o nosso caótico sistema judiciário e, para outros, como um ceifador de direitos que precisam ser respeitados na nossa tradicional persecução penal, respeitando todos os seus tramites legais.

Em vista disso, com o posicionamento de grandes instituições que fazem parte do nosso judiciário, como a Ordem dos Advogados do Brasil e a Associação dos Magistrados Brasileiros, as quais apresentaram perante o Supremo Tribunal Federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade de nº. 5793 e 5790, respectivamente, não se vislumbra outra alternativa se não o deferimento das referidas ações, com a consequentemente declaração de inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, em face de sua inconstitucionalidade formal orgânica.

Arrematando, após a declaração de inconstitucionalidade, o ideal para o acordo de não persecução penal ser aplicado sem qualquer interferência, seria a apresentação de um projeto de Lei, passando pelo processo legislativo, ou seja, igualmente aconteceu com a Lei 9.099/1995, a qual enxertou em nosso ordenamento jurídico a suspensão condicional do processo e a transação penal, as quais sim, são espécies da justiça consensuada.

REFERÊNCIAS

AGUIAR, L. **Princípio da legalidade.** Disponível em: <<https://leonardoaaaguiar.jusbrasil.com.br/artigos/333118862/principio-da-legalidade>> Acesso em: 30 out. 2019.

AVENA, N. **Processo penal.** 9. ed. São Paulo: Método, 2017.

BAHIA, F. **Direito constitucional.** 3. ed. Recife: Armador, 2017.

BARROS, F. D. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal.** Disponível em: <<https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/498143964/constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 04 out. 2019.

BATISTA, D. **O princípio da vedação à autoincriminação no direito brasileiro: aplicações do nemo tenetur se detegere e seus desdobramentos no exercício da jurisdição penal.** Disponível em: <<https://danimocota.jusbrasil.com.br/artigos/257734573/o-principio-da-vedacao-a>

autoincriminacao-no-direito-brasileiro-aplicacoes-do-nemo-tenetur-se-detegere-e-seus-desdobramentos-no-exercicio-da-jurisdicao-penal> Acesso em: 06 nov. 2019.

BIANCHINI, A. et al. **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 03 out. 2019.

BRASIL. **Lei n. 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em 23 de set. 2019.

BRASIL. Tribunal de justiça. **Correição parcial. Decisão do juiz a quo que deixa de homologar acordo de não persecução penal. Ausência de tumulto processual. Improcedência. Unânime**. Relator: Aristides Pedroso de Albuquerque Neto. Acórdão de 08 de novembro de 2018. Disponível em: <https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/649745616/correicao-parcial-cor-70077195188-rs/inteiro-teor-649745641?ref=juris-tabs>> Acesso em 20 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5790/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 10 out. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade nº 5793/DF – Distrito Federal. Relator: Ministro Ayres Britto**. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 29 maio 2008. Disponível em: < <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp> >. Acesso em: 10 set. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017 (completar com os dados da publicação).

CRIMINAIS, C. C. **Acordo de não persecução penal: direito subjetivo do investigado?** Disponível em: < <https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/648753056/acordo-de-nao-persecucao-penal-direito-subjetivo-do-investigado>> Acesso em: 28 out. 2019.

DUTRA, L. **Direito constitucional essencial**. 3. ed. São Paulo: Método, 2017.

GUERRA, V. R. **Princípios norteadores do Processo Penal**. Disponível em: <<https://virogue.jusbrasil.com.br/artigos/111945343/principios-norteadores-do-processo-penal>> Acesso em: 30 out. 2019.

FREITAS, J. A. **Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado?** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/69908/suspensao-condicional-do-processo-direito-subjetivo-do-acusado>> Acesso em: 06 nov. 2019.

JUNIOR, A. L. **Direito processual penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LEITE, R. V. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

LENZA, P. **Direito constitucional esquematizado**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MENDONÇA, A. B. **A colaboração premiada e a nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13)**. Revista Custos Legis. v. 4. 2013.

MORAIS, H. D. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da Justiça penal consensual?** Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>> Acesso em: 22 out. 2019.

NUNES, L. B. **A função do Ministério Público na defesa da ordem jurídica e do regime democrático da efetiva hermenêutica constitucional**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/63330/a-funcao-do-ministerio-publico-na-defesa-da-ordem-juridica-e-do-regime-democratico-diante-da-efetiva-hermeneutica-constitucional>> Acesso em: 28 out. 2019.

OLIVEIRA, Y. H. G. **Da ação penal**. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/52210/da-acao-penal>> Acesso em: 28 out. 2019.

PACELLI, E. **Curso de processo penal**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

TÁVORA, N; ALENCAR, R. R. **Curso de direito processual penal**. 11. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2016.

POLASTRI, M. **O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma Tentativa de Adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública**. Disponível em <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>> Acesso em: 06 out. 2019.

RODRIGUES, R. R. **Os princípios que regem a ação penal**. Disponível em: <<https://renato07.jusbrasil.com.br/artigos/245040816/os-principios-que-regem-a-acao-penal?ref=serp>> Acesso em: 01 nov. 2019.

TALON, E. **O acordo de não persecução penal.** Disponível em: <https://evinistalon.jusbrasil.com.br/artigos/558941463/o-acordo-de-nao-persecucao-penal>> Acesso em: 09 set. 2019.

VASCONCELLOS, V. G. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.** São Paulo: IBCCrim, 2015.

VASCONCELLOS, V. G. **Colaboração premiada no processo penal.** 1. ed. São Paulo: Revista dos tribunais Ltda, 2017.

ZIESEMER, H. R. **As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>> Acesso em: 26 out. 2019.