

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB O VIÉS CONSTITUCIONAL

Non-criminal prosecution agrément under constitucional bias

Milena Nadine Richter¹

UNIFAAHF– Luís Eduardo Magalhães/BA
milenarichter.adv@gmail.com

RESUMO: A justiça criminal prevê diretrizes relativas às penas para o transgressor da lei, com fim de promover a reinserção social do condenado e, por outro lado, representa uma resposta à sociedade. Nessa perspectiva, o papel do Estado na formação das políticas criminais é objeto de discussão no mundo acadêmico, evidenciando estratégias que abarcam alternativas de resolução de conflitos, a exemplo disso, está o acordo de não persecução penal (ANPP), criado pela Resolução nº 181/2017 do CNMP e previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal como uma novidade legislativa trazida pelo Pacote Anticrime. Assim, surge o seguinte questionamento: o acordo de não persecução penal está em conformidade com os princípios constitucionais à medida que representa uma solução alternativa à justiça punitiva? Posto isto, o presente estudo tem por escopo analisar a constitucionalidade do acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal, não só para o sistema criminal brasileiro, como também para o agente e para a vítima. Logo, por se tratar de um tema contemporâneo e levando-se em consideração que o ANPP é harmônico com os ditames da justiça criminal, a relevância do tema se dá com os benefícios da aplicação dos acordos para a sociedade relacionados à eficiência, celeridade e desburocratização, visto que representa um instrumento de combate à criminalidade de repercussão nacional e otimiza os recursos públicos. O método utilizado foi o dedutivo, procedendo-se a análise da legislação nacional pertinente e revisão bibliográfica do tema.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Constitucionalidade. Justiça consensual.

ABSTRACT: Criminal justice provides guidelines on penalties for violating the law, in order to promote the social reintegration of the convict and, on the other hand, represents a response to society. In this perspective, the role of the State in the formation of criminal policies is the subject of discussion in the academic world, showing strategies that encompass alternatives for resolving conflicts, for example, there is the non-criminal prosecution agreement (ANPP), created by Resolution nº 181/2017 of CNMP and provided for in art. 28-A of the Criminal Procedure Code as a legislative novelty brought by the Anticrime Package. Thus, the following question arises: is the non-criminal prosecution agreement in conformity with constitutional principles as it represents an alternative solution to punitive justice? That said, the present study aims to analyze the constitutionality of the non-criminal prosecution agreement as an instrument of criminal policy, not only for the brazilian criminal system, but also for the agent and the victim. Therefore, because it is a contemporary theme and taking into account that the

* **Editora Responsável:** Suellem Aparecida Urnauer. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2628458988920263>.

¹ Bacharela em Direito pela UNIFAAHF. Advogada.

ANPP is harmonious with the dictates of criminal justice, the relevance of the theme occurs with the benefits of applying agreements to society related to efficiency, speed and red tape, since it represents an instrument to fight crime with national repercussions and optimizes public resources. The deductive method was used, proceeding to the analysis of the relevant national legislation and bibliographic review of the theme.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. Constitutionality. Consensual justice.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO; 1 PRINCÍPIOS E POSTULADOS CONSTITUCIONAIS; 1.1 A visão de Robert Alexy; 1.2 A teoria hulsmaniana; 1.3 A justiça consensual; 1.4 A teoria garantista x direito penal máximo; 2 PREVISÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA; 2.1 Requisitos e restrições à celebração do acordo de não persecução penal; 2.2 O controle jurisdicional do acordo de não persecução penal; 2.3 Do não cabimento da ação penal privada subsidiária da pública; 3 ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS; 3.1 Argumentos em defesa da inconstitucionalidade; 3.2 O acordo de não persecução penal frente à conjuntura constitucional; 3.2.1 A vinculação do consenso penal à justiça; 3.2.2. O princípio da obrigatoriedade da ação; 3.3.3 O princípio da inocência e o direito subjetivo do indivíduo; CONSIDERAÇÕES FINAIS; REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUÇÃO

A justiça criminal consensual vem ganhando força no Brasil, sobretudo pelo fato de proporcionar a efetividade da justiça criminal, à medida que garante uma maior celeridade na resposta estatal aos crimes que preenchem seus requisitos, representando, assim, uma vantagem pela eficiência, celeridade e desburocratização.

Desta forma, o presente artigo busca analisar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), realçando a constitucionalidade desse, especialmente, sob a observância do princípio da inocência no momento em que o investigado confessa formalmente a prática da infração penal no acordo e a não violação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública frente a justiça restaurativa.

Nesse sentido, o presente estudo será dividido em três capítulos, sendo o primeiro destinado a análise da aplicação dos princípios e postulados constitucionais no ordenamento jurídico brasileiro, o segundo aborda os requisitos para a aplicação do acordo e o terceiro fará uma análise do acordo em relação aos princípios constitucionais da eficiência, da proporcionalidade, da celeridade e do acusatório.

A técnica utilizada para a análise da constitucionalidade do ANPP foi a pesquisa bibliográfica, pautada na investigação de livros e periódicos, assim como nos domínios da

internet, em especial os de caráter acadêmico, disponibilizados nos respectivos endereços eletrônicos.

1 PRINCÍPIOS E POSTULADOS CONSTITUCIONAIS

O presente artigo versa sobre o ANPP sob o viés constitucional.

A sistemática principiológica norteia todo o ordenamento jurídico brasileiro e, não seria diferente no processo penal, à medida em que a seara criminal preocupa-se com os bens jurídicos muito importantes, esses não tutelados por outros ramos do direito, e que atinge a liberdade individual.

A Constituição Federal de 1988 é o reflexo dos acontecimentos históricos que culminaram com a instalação do regime democrático no Brasil, no qual o seu fundamento primordial é a dignidade da pessoa humana e a efetivação dos direitos fundamentais. Dessa forma, é inegável a afirmação de que a Carta Magna é uma fonte de alto teor axiológico que busca resguardar todos os indivíduos do poder estatal.

Os direitos fundamentais da pessoa humana se tornaram um vetor hermenêutico de todo ordenamento jurídico, “condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário”. (SARMENTO, 2003, p. 16)

Nesse contexto, a Constituição, a partir da força normativa e vinculante de seus princípios e valores, implica com que os diplomas legais sejam erguidos e interpretados à luz de suas premissas, servindo, dessa forma, de parâmetro para as normas infraconstitucionais. Segundo os ensinamentos de Barroso:

A ideia de constitucionalização do Direito aqui explorada está associada a um efeito expansivo das normas constitucionais, cujo conteúdo material e axiológico se irradia, com força normativa, por todo o sistema jurídico. Os valores, os fins públicos e os comportamentos contemplados nos princípios e regras da Constituição passam a condicionar a validade e o sentido de todas as normas de Direito infraconstitucional. (BARROSO, 2015, p. 390-391).

Da mesma forma, Paolo Comanducci definiu o fenômeno da constitucionalização:

Se trata de un proceso al término del cual el derecho es ‘impregnado’, ‘saturado’ o ‘embebido’ por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la

doctrina y los comportamientos de los actores políticos. (COMANDUCCI, 2009, p. 86-87).

As normas consitutionais deixam de ser meros “princípios pragmáticos, meras directrizes dirigidas ao legislador ordinário que se podia afeiçoar a sua vontade” (FIGUEIREDO DIAS, 2004, p. 75) para concretizar os direitos fundamentais inseridos em seu bojo.

Partindo do pressuposto de que a Constituição carrega em si princípios e valores que servem de base para o ordenamento jurídico como um todo, verifica-se que o seu alto grau de abstração assegura uma maior estabilidade às relações jurídicas construídas paulatinamente.

Os princípios dependem de uma mediação concretizadora, visto que são analisados em conformidade com o caso concreto, característica esta que os diferenciam das regras que possuem uma hipótese concreta de aplicação.

Humberto Ávila defende a existência de uma terceira espécie de norma jurídica além dos princípios e regras, quais sejam: os postulados hermenêuticos e normativos.

Há os postulados meramente hermenêuticos, destinados a compreensão em geral do Direito e os postulados aplicativos, cuja função é estruturar a sua aplicação concreta. Os postulados normativos aplicativos são normas imediatamente metódicas que instituem os critérios de aplicação de outras normas situadas no plano do objeto da aplicação. Assim, qualificam-se como normas sobre a aplicação de outras normas, isto é, como metanormas. (ÁVILA, 2011, p. 134).

O autor defende que os postulados normativos subdividem-se em “inespecíficos” (ÁVILA, 2011, p. 101), que não pressupõem a existência de elementos e de critérios específicos, a exemplo disso está a ponderação, concordância prática e a proibição do excesso, e, “específicos” (ÁVILA, 2011, p. 101), que dependem de determinadas condições como a igualdade, razoabilidade e proporcionalidade.

“A ponderação de bens consiste num método destinado a atribuir pesos a elementos que se entrelaçam, sem referência a pontos de vista materiais que orientem esse sopesamento” (ÁVILA, 2011, p. 155). Na ponderação não deve haver a interferência de ponto de vistas, no entanto, há a interferência de critérios, pois é estruturada pelos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo orientada pelos princípios constitucionais.

Já a concordância prática é definida como “o dever de realização máxima de valores que se imbricam” (ÁVILA, 2011, p. 157), ou seja, por conta da existência de valores opostos, deve-se tentar harmonizá-los com o fim de protegê-los ao máximo. Cumpre ressaltar que, assim

como na ponderação, a concordância prática deve-se valer dos postulados da razoabilidade e da proporcionalidade.

Segundo o doutrinador, os postulados são metanormas que servem para estabelecer alguns critérios para aplicação de outras normas, o que os diferenciam dos princípios. Entretanto, no âmbito de aplicação prática, tal distinção não é necessária, pois existem princípios, como o da ponderação, concordância prática, razoabilidade e proporcionalidade, que detém a função orientadora de interpretação.

Uma das características das constituições modernas é seu alto grau de abstração, sobretudo a partir do momento em que incorporaram normas principiológicas, permitindo o desenvolvimento da atividade hermenêutica.

Através da atividade interpretativa da lei, é possível atingir a finalidade da norma jurídica de modo que ela corresponda à evolução da sociedade, tarefa esta desempenha pelos operadores do direito que buscam o verdadeiro espírito da lei.

1.1 A visão de Robert Alexy

Nas lições de Robert Alexy, os princípios são definidos como “mandamentos de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90) em face das possibilidades fáticas e jurídicas, de modo que nos casos de colisão haverá uma solução ponderada, de sorte, um princípio não afasta o outro no momento de sua aplicação.

Os princípios são aplicados e satisfeitos em maior grau possível ao passo que as regras determinam o que é possível no âmbito fático e jurídico. Assim, as regras serão cumpridas ou não, sendo que no caso de um conflito será utilizada uma “cláusula de exceção” ou uma delas não será aplicada.

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. [...] Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. (ALEXY, 2008, p. 92).

Os princípios estão ligados à ideia de justiça, isso significa dizer que, a sua natureza está intimamente ligada ao fato de que serve de fundamento jurídico para as normas. Assim, a justiça a ser perquirida é certificada na forma dos princípios jurídicos, de modo que sua aplicação torna-se mais flexível, não sendo excludentes, situação essa verificada com as regras.

As colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diversa. Se dois princípios colidem - o que ocorre, por exemplo, quando algo é proibido de acordo com um princípio e, de acordo com o outro, permitido-, um dos princípios terá que ceder. Isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Na verdade, o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições. (ALEXY, 2008, p. 93).

A natureza dos princípios implica a máxima da proporcionalidade, essa presente como critério de solução de eventual colisão de princípios no sistema normativo.

A máxima da proporcionalidade divide-se em três critérios, quais sejam: adequação do meio utilizado para a persecução do fim, necessidade desse meio utilizado e a aplicação estrito senso da proporcionalidade. (ALEXY, 2008, p. 116-117)

O subprincípio da adequação está relacionado à legitimidade da intervenção sobre um direito fundamental, no sentido de que seria o meio que conseguisse promover o fim almejado, não infringindo tanto o outro princípio como outros meios poderiam vir a infringir.

Em sentido oposto, se o meio escolhido não se compatibiliza com o fim exigido por um dado princípio, tal meio não deve ser utilizado, visto que frustra a tendência da máxima adequação.

Segundo Alexy, a necessidade desse meio utilizado tem a faculdade de verificar, entre as medidas cotejadas, aquela que apresenta como menos restritiva. A análise da necessidade, na medida em que possui o escopo de eleger o melhor meio para uma finalidade, está vinculada a uma questão de conveniência e oportunidade, ou seja, o meio menos gravoso. (ALEXY, 2008, p. 120)

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito se refere ao limite de satisfação das possibilidades jurídicas de um dado princípio, sendo considerado mandamento de ponderação.

Na ponderação, deve-se ter em conta a intensidade e a importância da intervenção em um direito fundamental. Através da máxima da proporcionalidade em sentido estrito, pode-se concluir que os princípios são mandamentos de otimização com relação as possibilidades jurídicas, enquanto as máximas da necessidade e da adequação estão intimamente ligadas às possibilidades fáticas. (ALEXY, 2008, p. 118)

No caso de conflito entre princípios, surge o questionamento com a finalidade de saber qual princípio deverá prevalecer. Utilizando-se da ponderação no conflito de princípios quando não for possível a aplicação simultânea dos mesmos, objetiva-se alcançar a melhor interpretação no caso concreto.

No atual Estado Democrático de Direito, a valorização dos princípios e a busca por justiça devem levar em consideração a aplicação das máximas da proporcionalidade e razoabilidade, que representam um princípio instrumental de interpretação constitucional. Através da aplicação de tais máximas é possível empregar a ponderação entre os bens jurídicos em conflito, protegendo a essência da lógica constitucional vigente.

Ademais, Alexy e Ávila entendem que a ponderação deve ser guiada pelo princípio/postulado da proporcionalidade, de modo a alcançar a decisão mais justa no conflito entre interesses constitucionais.

Nesse sentido, o ANPP será analisado sob o enfoque constitucional, partindo-se dos princípios da obrigatoriedade e da oportunidade do processo penal, destacando-se a adequação do procedimento penal à realidade nacional, especialmente por representar um instituto negocial.

1.2 A teoria hulsmaniana

O pensamento abolicionista teve como expoentes Louk Hulsman, Thomas Mathiesen e Nils Christie e propõe a abolição da justiça criminal.

A teoria hulsmaniana criticou diversos aspectos do sistema penal à época, analisando os crimes menos graves, entretanto, sob outra perspectiva, os crimes mais graves não foram abordados, ficando a cargo do sistema penal controlado pelo Estado.

De acordo com Hulsman, ao analisar os indivíduos que são encarcerados e submetidos à pena de prisão, verifica-se que são as pessoas menos favorecidas. Entretanto, o sistema penal é anterior ao cometimento do ilícito, de modo que o agente tem conhecimento da sua conduta delituosa que não se justifica pela sua marginalização social.

Os batedores de carteira, ladrõesinhos de toca-fitas ou mercadorias em lojas, estrangeiros que infringem regulamentações específicas(...)Pessoas que têm problemas com a lei e não têm ninguém a seu lado para resolver as coisas amigavelmente...os marginalizados, os “casos sociais”. O sistema penal visivelmente **cria e reforça as desigualdades sociais**. (HULSMAN, 1993, p. 75).

Malgrado reconhecido que a desigualdade respalda o sistema de justiça penal, Hulsman reconhece a necessidade da aplicação de uma pena como medida de responsabilidade pessoal, desde que haja a concordância das partes envolvidas.

A “pena”, tal como entendida em nossa civilização, parece conter dois elementos: 1º - uma relação de poder entre aquele que pune e o que é responsável, etc... e o outro aceitando que seu comportamento seja assim condenado, porque reconhece a autoridade do primeiro; 2º - em determinados casos, a condenação é reforçada por elementos de penitência e de sofrimentos impostos e aceitos em virtude daquela mesma relação de poder. Esta é a análise – e a linguagem – que estamos habituados a ouvir e que parece legitimar nosso direito de punir. Em nosso contexto cultural, a verdadeira pena pressupõe a concordância das duas partes. Daí que, não havendo uma relação entre aquele que pune e aquele que é punido, ou ausente o reconhecimento da autoridade, estaremos diante de situações em que se torna extremamente difícil falar de legitimidade da pena. (HULSMAN, 1993, p. 87).

Segundo Hulsman, a solução para a redução dos riscos à criminalidade pode ser encontrada por meio do alargamento da liberdade individual (HULSMAN, 1993, p. 108), onde as pessoas envolvidas no conflito buscam juntas a melhor solução para o caso.

A análise da pena privativa de liberdade e seus reflexos para os envolvidos na lide e para a sociedade é bem complexa. Não obstante isso, a cautelaridade do preso é a melhor opção que se tem como medida de justiça contra a prática de um grave fato ilícito. Posto isto, o combate à criminalidade deve unir as forças da participação social e do sistema criminal, justificando, assim, a intervenção do Estado.

1.3 A justiça consensual

A globalização promoveu o desenvolvimento das comunicações em massa e vem influenciando o comportamento dos indivíduos e das organizações sociais. Nesse contexto, o direito como ciência está em evolução, adaptando-se à realidade no que diz respeito às normas, interpretação e ponderação de princípios. Com enfoque no processo penal, as cobranças por celeridade e eficiência justificam a utilização da justiça consensual, pois seu principal anseio é a obtenção de uma justiça eficiente.

A nível de senso comum, o sentimento de impunidade é decorrente da duração excessiva dos processos criminais, intensificado pela ausência de recursos humanos e materiais dos órgãos de execução, o que acarreta a sensação de que o direito penal é seletivo. Em decorrência dessa crescente massificação da criminalidade, surgiu o modelo de justiça criminal consensual.

O estudo da justiça consensual no processo penal serve de estímulo ao aprofundamento das discussões sobre um sistema jurídico adaptado à realidade social e que corresponda aos anseios da sociedade, do agente e da vítima, de modo a potencializar a resolução de conflitos e garantir a convivência dos indivíduos através da comunicação.

Para Habermas, as interações comunicativas são aquelas em que:

[...] as pessoas envolvidas se põem de acordo para coordenar seus planos de ação, o acordo alcançado em cada caso medindo-se pelo reconhecimento intersubjetivo das pretensões de validade. No caso de processos de entendimento mútuo lingüísticos, os atores erguem com seus atos de fala, ao se entenderem uns com os outros sobre algo, pretensões de validade, mais precisamente, pretensões de verdade, pretensões de correção e pretensões de sinceridade, conforme se referam a algo no mundo objetivo (enquanto totalidade dos estados de coisas existentes), a algo no mundo social comum (enquanto totalidade das relações interpessoais legitimamente reguladas de um grupo social) ou a algo no mundo subjetivo próprio (enquanto totalidade das vivências a que têm acesso privilegiado). Enquanto que no agir estratégico um *atua* sobre o outro para *ensejar* a continuação desejada de uma interação, no agir comunicativo um é *motivado racionalmente* pelo outro para uma ação de adesão – e isso em virtude do efeito ilocucionário de comprometimento que a oferta de um ato de fala suscita. (HABERMAS, 1989, p. 79).

Sob uma perspectiva filosófica, destaca-se a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas que pressupõe o diálogo, a crítica e o contraste de ideias, entretanto, não significa dizer que haverá um consenso, mas se chegará a um resultado acordado entre as partes. Por exemplo, quando uma pessoa solicita o empréstimo de dinheiro a uma outra pessoa e omite a informação de que o utilizará para adquirir uma arma de fogo a ser utilizada em um assalto, quem emprestou o dinheiro passa a ser moralmente responsável, mas se houvesse uma comunicação oportuna, haveria o uso ponderado da razão.

A Teoria da Ação Comunicativa, de Jürgen Habermas (Theorie des Kommunikativen Handels), procura um conceito comunicativo de razão e um novo entendimento da sociedade, ou seja, sociedade na qual os indivíduos participam ativamente das decisões individuais e coletivas conscientemente, ensejando-lhes a responsabilidade por suas decisões. Essa teoria entende o indivíduo como ente participativo que antes de agir avalia as possíveis consequências, tendo em vista, por exemplo, as normas e sanções apresentadas pelo ordenamento jurídico do país. Não agem, portanto, mecanicamente. (SALES, 2004, p. 171).

A partir do conceito de ação comunicativa apresentado, entende-se que o direito passa a ser um meio de produção do consenso, servindo, dessa forma, como meio de validação dos valores juridicamente tutelados pelo sistema.

O pensamento de Habermas está pautado na valorização dos fatores sociais e fatores de comunicação. Assim, o ponto central é proporcionar a criação de uma situação ideal de comunicação, em que a decisão das partes envolvidas na lide seja o produto de uma discussão livre e isenta de coação.

O Estado tem o dever de garantir os direitos dos cidadãos, por outro lado também lhe é confiada a missão de promover o bem da coletividade. Assim, cabe ao ordenamento jurídico

prever respostas quantitativas e qualitativas distintas para cada crime e seus respectivos procedimentos, levando em consideração seu potencial ofensivo, a fim de propiciar uma resposta adequada à sociedade.

No âmbito das penas de menor gravidade é que está inserida a justiça criminal, visando a criação de mecanismos de negociação entre os polos da relação processual penal, acusação e defesa.

Há uma tendência de expansão dos acordos na esfera criminal, observada através da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Seguindo essa evolução da justiça consensual no Brasil, o presente trabalho analisará o ANPP frente ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e os novos contornos trazidos ao sistema jurídico pelo princípio da oportunidade.

1.4 A teoria garantista x direito penal máximo

Quando se fala em questão penal, há basicamente dois modelos de implementação da política criminal (FERNANDES, 2001, p. 10-11), quais sejam, o modelo garantista preocupado com a defesa dos interesses sociais do acusado e da vítima, amparado nas regras constitucionais asseguradoras de direitos, garantias e liberdades individuais; por outro lado, o modelo do direito penal máximo, visando a eficiência e a credibilidade das instituições públicas incubidas no tratamento penal.

Com o presente estudo, será analisada a possibilidade de equilíbrio entre os modelos acima mencionados, através da aplicação da justiça consensual e da mitigação do princípio da obrigatoriedade, de maneira que não ocorra a violação dos direitos e garantias das partes envolvidas na lide penal.

Posto isto, o presente trabalho examinará a experiência norte-americana do “plea bargaining”, instituto jurídico de origem no sistema *common law* difundido nos Estados Unidos da América como meio de solução de lides penais.

No sistema norte-americano, a negociação do *plea bargaining* é ampla, isso significa dizer que não se restringe aos crimes de menor gravidade e exige o reconhecimento de culpa pelo réu com a renúncia de alguns direitos fundamentais, peculiaridades que serão melhor abordadas em capítulo próprio.

Considerando, ainda, a adoção do sistema acusatório pelo direito penal, alguns questionamentos são levantados em relação ao Acordo de Não Persecução Penal,

especialmente, quanto ao princípio da presunção da inocência, direito subjetivo do indivíduo, justiça restaurativa e o cumprimento de cláusulas abertas no aludido acordo, que serão abordados mais profundamente neste artigo.

2 PREVISÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Como já abordado anteriormente, as práticas consensuais criminais vêm sendo incorporadas no ordenamento jurídico brasileiro, à medida que garante uma maior celeridade na resposta estatal aos crimes abrangidos pelo acordo, representando, assim, uma vantagem pela eficiência, celeridade e desburocratização. Cunha e Souza elucidam:

Sobretudo em países do Common Law, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. (CUNHA, 2018, p. 110).

A Resolução nº 181/2017 (BRASIL, online, 2020) do CNMP que inaugurou o ANPP traz, *ipsis litteris*, a seguinte redação:

[...] Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais; Considerando, por fim, a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais [...] (BRASIL, online, 2017).

O Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução nº 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução nº 183/2018 (BRASIL, online, 2018), trataou sobre a “instauração e tramitação do procedimento investigatório do Ministério Público”, e, além disso, no art. 18 também abordou o ANPP, que pode ser conceituado como:

[...] negócio jurídico de natureza extrajudicial, necessariamente homologado pelo juízo competente, celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato delituoso – devidamente assistido por seu defensor –, que confessa formal e circunstanciadamente

a prática do delito, sujeitando-se ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso do Parquet em promover o arquivamento do feito, caso a avença seja integralmente cumprida. (LIMA, 2018, p. 196).

O ANPP, nos contornos trazidos pelo CNMP e positivado posteriormente, difere muito do instituto jurídico do *plea bargainig* utilizado no modelo de justiça criminal norte-americano, pois o Ministério Público brasileiro goza de uma discricionariedade limitada pelos dispositivos legais quanto a promoção da ação penal.

O ANPP é um meio-termo entre a composição civil e transação penal da Lei 9.099/1995, porque serve ao mesmo tempo à vítima (tal como a composição civil) e ao Estado (tal como a transação penal), atendendo ao interesse jurídico do investigado. (ARAS, 2018, p. 305)

Dentre os requisitos exigidos para a concretização do ANPP está a indispensabilidade do reconhecimento da acusação, ou seja, da confissão formal da prática delitiva pelo agente, requisito esse também exigido no *plea bargainig*, não obstante o ANPP não cause as mesmas consequências do modelo estadunidense.

A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no *plea bargaining*, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração. A confissão aqui tratada é retratável e, mesmo depois de iniciada eventualmente uma ação penal, não leva, por si só, à condenação, até porque, à luz do art. 155 do CPP, colhida na fase inquisitiva. (SOUZA, 2018, p. 166).

Cumpre anotar que o ANPP possibilita que o infrator seja submetido à medidas repressivas, entretanto não é permitido a restrição da liberdade do condenado, pois não possui a natureza de pena e depende de prévia anuência do infrator. Ademais, “[...] os requisitos a serem cumpridos são individualizados em momento anterior à persecução penal, excluindo-a”. (GARCIA, online, 2017).

Em relação à natureza jurídica do ANPP, a corrente que defende a constitucionalidade do instituto, partilha do entendimento de que o ANPP não possui natureza penal ou processual penal, visto que formalização do acordo ocorre em momento anterior ao início da fase processual, bem como não permite a aplicação de sanções penais ao indiciado.

Nessa linha de raciocínio, o instituto pode ser definido como “[...] um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que consubstancia a política criminal do titular da ação penal pública, do Ministério Público”. (CABRAL, 2018, p. 36).

2.1 Requisitos e restrições à celebração do acordo de não persecução penal

O art. 28-A, *caput*, do CPP, estabelece os requisitos necessários para a propositura do ANPP, bem como prevê no § 2º do mesmo dispositivo legal as hipóteses em que será vedada a celebração do acordo. (Art. 28-A, *caput* e §2º, do CPP. BRASIL. Código de Processo Penal, online, 2020).

O ANPP poderá ser proposto quando for cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos à infração penal praticada, desde que cumulativamente o delito não tenha sido cometido no contexto de violência ou grave ameaça à pessoa.

Posto isto, é importante ressaltar que o novo instituto transcende o campo de incidência da suspensão condicional do processo, que é aplicável nos casos em que a pena mínima em abstrato cominada ao delito não ultrapasse a 01 (um) ano e da transação penal, que se destina às infrações penais de menor potencial ofensivo, com penas máximas em abstrato que não ultrapasse a 02 (dois) anos. (Art. 89 da Lei nº 9.099/95. BRASIL, online, 2020).

É oportuno, ainda, mencionar que no art. 28-A, § 1º, do CPP (Art. 28-A, §1º, do CPP. BRASIL, online, 2020), o legislador previu que as causas de aumento e de diminuição de pena aplicáveis ao caso concreto devem ser consideradas para o cálculo da pena mínima cominada ao delito abarcado pelo acordo. Nesse mesmo sentido está a Súmula 243 do STJ (Súmula nº 243 do STJ, online, 2020) que trata do benefício da suspensão condicional do processo.

Ademais, conforme anteriormente explanado, a confissão formal e circunstanciada da prática delitiva pelo acusado é requisito essencial para a celebração do ANPP pelo membro do *Parquet*, que busca:

[...] assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido. (SOUZA e DOWER, 2018, p. 165).

O ANPP somente poderá ser celebrado nos casos em que é possível a instauração do processo criminal, ou seja, se for cabível o arquivamento do inquérito policial, essa será a medida tomada.

O § 2º do dispositivo em análise, enumera as hipóteses em que será vedada a proposta de ANPP, quais sejam: a) se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; b) se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se

insignificantes as infrações penais pretéritas; c) ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo; e d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Art. 28-A, §2º, do CPP. BRASIL, online, 2020).

Nos paradigmas desenhados pela Resolução nº 183/2018, o instituto em tela não caberia quando o crime fosse hediondo ou equiparado (BRASIL. Lei dos Crimes Hediondos, online, 1990), conforme dispõe o art. 18, § 1º, inciso V. Não obstante a isso, no art. 28-A do CPP² não há proibição expressa para tais crimes, o que leva operadores do direito ao questionamento sobre a sua possibilidade. (Art. 28-A, do CPP. BRASIL, online, 2020).

A priori, ao analisar conjuntamente a Lei de Crimes Hediondos e o Código de Processo Penal, verifica-se que existe uma compatibilidade entre os dispositivos infraconstitucionais. Assim, a maioria dos crimes hediondos e equiparados, por serem praticados com violência e grave ameaça a pessoa ou por terem pena mínima superior a 4 anos, vai de encontro com os requisitos necessários à celebração do acordo.

Por outro lado, alguns crimes não esbaram nesses requisitos. A exemplo disso, tem-se o crime de “posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito”, previsto no art. 16 da Lei nº 10.826/2003 (*Lei nº 10.826/2003*. BRASIL, online, 2003), que embora seja considerado crime hediondo, possui pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e não é praticado mediante violência ou grave ameaça. E, ainda, há delitos que embora prevejam pena mínima de 04 (quatro) anos, podem restar configurados na modalidade tentada, suscitando, dessa forma, o mesmo questionamento.

Diante de tamanha controvérsia, aqueles que defendem a não possibilidade argumentarão que, na discussão legal, o membro do Ministério Público deverá justificar o não oferecimento do ANPP ao agente que praticou o crime hediondo respaldando-se na parte do *caput* do dispositivo em análise que dispõe “desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (Art. 28-A, do CPP. BRASIL, online, 2020). Por se tratar de crime de alta lesividade, o acordo mostra-se insuficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Por sua vez, aqueles que defendem a possibilidade argumentarão que o acordo será suficiente para alcançar a finalidade da pena, enaltecendo a redução de gastos e o “desafogamento” do Poder Judiciário.

O Poder Judiciário possui uma demanda considerável de processos criminais, o que resulta em uma morosidade excessiva no deslinde de ações penais e por vezes, enseja no reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva, tornando a prestação jurisdicional inócua.

Portanto, a questão se mostra ainda sem resolução e não faltarão argumentos favoráveis e contrários a possibilidade de aplicação do ANPP aos crimes hediondos.

Por último, presentes os requisitos necessários à celebração do acordo e ausentes quaisquer restrições, o investigado será submetido ao cumprimento das condições elencadas nos incisos I a V, do dispositivo legal analisado, ajustadas cumulativamente ou alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;
- V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Art. 28-A, do CPP. BRASIL, online, 2020).

O ANPP, embora seja um benefício ao infrator da lei, estipula deveres consistentes, obrigando o autor do ilícito a cumprir uma série de exigências postas pelo ordenamento jurídico.

2.2 O controle jurisdicional do acordo de não persecução penal

O texto original da Resolução nº 181/2017 do CNMP não previa prévio controle jurisdicional ao ANPP, havendo intervenção judicial apenas quando o Ministério Público procedesse à promoção pelo arquivamento, após o eventual adimplemento das condições impostas ao investigado.

Polastri aduz que seria uma espécie de “acordo realizado administrativamente, sem chancela judicial” (POLASTRI, Gen jurídico, 2018), contando somente com a participação do Ministério Público, do agente e de seu advogado. Nessa conjuntura, Renato Brasileiro de Lima adverte:

Corria-se o risco, assim, de o indivíduo cumprir todas as condições pactuadas com o Ministério Público, mas não receber, ao final, o que lhe fora prometido como prêmio legal, a saber, o arquivamento do procedimento investigatório. Afinal, como o magistrado não participara da homologação do acordo, não estava vinculado ao quanto pactuado entre o investigado e o Ministério Público. (LIMA, 2018, p. 205)

Assim, a necessidade de homologação judicial pode-se dizer que é um dos pontos mais importantes trazidos pela Resolução nº 183/2018 do CNMP, que alterou a redação dos §4º, 5º e 6º, do artigo 18, da Resolução nº 181/2017, os quais passaram a disciplinar a atuação dos magistrados antes da implementação do acordo e que está previsto no art. 28-A do CPP. (Art. 28-A, do CPP. BRASIL, online, 2020)

No momento da apreciação judicial, o magistrado poderá adotar duas posturas: a) considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficiente, ou, b) considerar incabível o acordo, bem como inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições celebradas, conforme § 4º e § 5º, do dispositivo legal analisado. (Art. 28-A, do CPP. BRASIL, online, 2020)

Na primeira alternativa, o magistrado devolverá os autos ao Ministério Público para implementação do acordo, ao qual incumbirá “[...] tão somente examinar se, no respectivo mês em que deveria o investigado comprovar o cumprimento parcial ou integral do acordo, houve ou não essa comprovação”. (CABRAL, 2018, p. 44) Na segunda alternativa, não ocorrerá a homologação judicial e o ANPP deverá ser reformulado.

Posto isto, “depois da fase de homologação, será iniciada a fase de cumprimento do acordo e – uma vez cumprido – voltarão os autos ao juiz para apreciar a promoção de arquivamento realizada pelo Membro do Ministério Público”. (CABRAL, 2018, p. 43).

2.3 Do não cabimento da ação penal privada subsidiária da pública

A ação penal privada subsidiária da pública será possível nos casos em que o Ministério Público não ofereça a ação penal pública condicionada ou incondicionada dentro do prazo legal, conforme artigo 29 do CPP (Art. 29 do CPP. BRASIL, online, 2020) e e art. 5º, inciso LIX, da CRFB/1988. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020).

A celebração do ANPP obsta a possibilidade da vítima ajuizar a ação penal privada subsidiária da pública caso o Ministério Público não ofereça denúncia no prazo legal, malgrado a confissão da prática delitiva pelo investigado configure prova da materialidade do delito a fim

de robustecer a ação que seria promovida pelo ofendido. Entendimenro este defendido por Emerson Garcia:

De acordo com a lei processual, que ignora a existência desse tipo de ajuste, ou o expediente deveria ser arquivado ou o caso levado a juízo. Assim, como justificar a “suspensão” de qualquer juízo valorativo, pelo Ministério Público, até que o investigado cumpra o acordo? Dever-se-á interpretar o lapso temporal para o cumprimento do acordo como correlato a uma investigação já finalizada? (GARCIA, Conamp, online, 2017).

Partindo-se de outro ponto de vista, tem-se:

Como de trivial sabença, o que justifica a eventual propositura da ação subsidiária da pública é a inércia do Ministério Público e não simplesmente o não oferecimento da denúncia. Em outras palavras, para que tenha cabimento o ajuizamento da ação subsidiária é necessário que se caracterize a omissão do Ministério Público, pela ausência de qualquer manifestação dentro do prazo previsto na lei para o oferecimento da denúncia. (SOUZA, 2018, p. 143).

Levando em consideração que não configura omissão ministerial a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, tem-se não caracterizada a inércia como condição plausível de justificativa para respaldar a atuação do ofendido em substituição ao Ministério Público.

3 ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL FRENTE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

3.1 Argumentos em defesa da inconstitucionalidade

Tramitam duas ações diretas de inconstitucionalidade, propostas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB (ADI nº 5793) e pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB (ADI nº 5790), contra as disposições da Resolução nº 181/2017 do CNMP que abarcam o ANPP.

Entrementes, ainda pendentes de julgamento, embora os autores das ações tenham se manifestado pelo reconhecimento da perda superveniente do objeto com a posterior edição do art. 28-A do CPP. (Art. 28-A, §1º, do CPP. BRASIL, online, 2020) Assim, estudiosos do tema discorrem suas teses acerca da constitucionalidade ou não do instituto.

A ADI nº 5790 proposta pela Associação dos Magistrados do Brasil, em 06 de outubro de 2017, contra a Resolução nº 181/2017, tem como principal argumento a usurpação de

competência regulamentar e a violação de direitos e garantias individuais. (Documento eletrônico n. 1 (p. 1-4). ADI 5790, online, 2017)

Em sentido similar, a ADI nº 5793 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, em 13 de outubro de 2017, contra a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, se manifestou pelas razões a seguir acostadas:

Analisando o ato normativo, verifica-se que os arts. 1º, caput, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18 se encontram eivados de inconstitucionalidade, na medida em 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); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF). (Documento eletrônico n. 1 (p. 5). ADI 5793. Petição inicial, online, 2017).

Em primeiro lugar, como principal argumento pela defesa da inconstitucionalidade do ANPP está a ausência de previsão legal, visto que o instituto em estudo foi introduzido no ordenamento jurídico através da Resolução nº 181/2017 editada pelo CNMP, uma norma de natureza administrativa, o que representa uma afronta à competência privativa da União para legislar sobre direito processual e direito penal (artigo 22, inciso I, da CRFB/1988) e competência dos Estados e do Distrito Federal para legislar sobre procedimento em matéria processual (artigo 24, inciso XI, da CRFB/1988). (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020)

Nesse sentido, na ADI nº 2970 (BRASIL. Supremo Tribunal Federal, online, 2006), o STF reconheceu que o poder de expedição de normas processuais em regimentos internos dos tribunais estava limitado à reserva da lei federal, consoante art. 22, inciso I, da CRFB/1988.(BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020)

Logo, levando em consideração que a Resolução nº 181/2017 possui caráter processual por abordar o exercício da ação penal e o CNMP não possui legitimidade para legislar em matéria processual ou procedimental penal, haveria vícios na origem que afetam a constitucionalidade do acordo.

Ainda, a resolução que abarca o ANPP ao prever expressamente, em seu art. 18, incisos II a IV, a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito e que a pena de prestação pecuniária será estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, disciplina o *ius*

puniendi. Assim, levando em consideração que o direito de estabelecer penas é matéria de direito penal, apenas a União detêm a competência para legislar sobre a matéria.

O direito de punir pertence ao Estado e não ao Ministério Público, ou ao CNMP. Assim, só e somente o Estado brasileiro pode dizer, por meio de sua expressão democrática, materializada no Parlamento, em quais casos o Ministério Público pode, ou não, abrir mão da ação penal, sua primeira função institucional (Art. 129, I da Constituição). Não cabe à criatura, no caso, o Ministério Público, retirar de seu criador, o Estado, a prerrogativa de politicamente decidir os rumos do direito penal. Pode o Ministério Público lidar e interpretar o direito penal posto pelo Estado, mas não inovar criando figuras processuais e penais que não existem. (ZIESEMER, online, 2017).

Em segundo lugar, argumenta-se pela violação ao princípio da indisponibilidade da ação penal e do devido processo legal. A regra no processo penal é a instauração da ação penal pública e em situações excepcionais, desde que autorizadas em lei, verifica-se a possibilidade do não oferecimento da ação penal pelo Ministério Público, conforme disposto no art. 129, inciso I, da CRFB/1988. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020) Tal vício decorreria diretamente do vício formal, considerando que uma resolução não pode relativizar princípios constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Inexiste a homologação judicial e o acordo será feito sem o devido processo legal e de forma administrativa, de modo que **será imposta, aplicada e cumprida uma pena restritiva de direitos sem que seja pelo exercício de jurisdição, em clara ofensa ao brocardo basilar constitucional e processual penal do *nulla poena sine iudicio***. (POLASTRI, Gen jurídico, 2018).

Verifica-se que os institutos que se apresentam como uma alternativa à instauração de um processo penal e a persecução criminal mediante os métodos clássicos, como a transação penal e a colaboração premiada, decorreram do devido processo legislativo; em homenagem ao Estado Democrático de Direito, aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório.

Em terceiro lugar, em relação à capacidade legiferante do CNMP, destaca-se a Resolução nº 213 do CNJ que disciplina a audiência de custódia, entretando não confere legitimidade de cunho processual penal ao CNMP, evidenciando-se desta forma a sua natureza administrativa, prevista no art. 130-A, § 2º, inciso I, da CRFB/1988. (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020).

Primeiro, porque a audiência de custódia não dita o destino da ação penal. Sua realização ou não, quando muito, interferirá em um momento da análise da prisão provisória havida, mas, em hipótese alguma, a persecução penal será extinta,

modificada ou desconstituída por causa de sua ausência. E, principalmente, porque sua não ocorrência sequer interfere na validade da prisão que a originara. Segundo, porque, naquele julgamento, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que a medida decorre do artigo 9, nº 3, do Pacto dos Direitos Civis e Políticos, e do artigo 7, nº 5, da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, que, uma vez já internalizados no Brasil, possuem hierarquia legal. Noutros termos, não foi a Resolução do Conselho Nacional de Justiça que inovou; ela apenas regulou algo que a lei determina. Evidencia-se, portanto, que não existe possibilidade do Conselho Nacional de Justiça legislar além dos limites estabelecidos na Constituição Federal, o que, *mutatis mutandis*, deve ser aplicado ao Conselho Nacional do Ministério Público. (ANDRADE, 2017, p. 251-252).

Na mesma linha de raciocínio, Renato Brasileiro Lima traz argumentos pela inconstitucionalidade:

Também não se pode admitir o uso da analogia com a Resolução n. 213 do CNJ, responsável pela implantação da audiência de custódia, com fundamento para legitimar o poder legiferante do CNMP. Como decidiu o próprio Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI n. 5.240/SP (Rel. Min. Luiz Fux, j. 20/08/2015), referida resolução seria incompatível com os princípios da legalidade e da reserva de lei federal matéria processual penal [...] pelo fato de simplesmente regulamentar o que já estaria previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 7º, §5º), dotada de status normativo supralegal, e do próprio CPP, cujo art. 656 prevê a possibilidade de apresentação do paciente preso em dia e hora a ser designada pela autoridade judiciária. Tal raciocínio não seria válido para o acordo de não persecução penal, porquanto, nesse caso, não haveria previsão convencional nem tampouco infraconstitucional explícita. Enfim, pelo menos enquanto o acordo de não-persecução penal não for objeto de lei em sentido formal, não se pode admitir sua celebração com base em mera Resolução do CNMP. (LIMA, 2018, p. 199-200).

Neste sentido, afasta-se o argumento da existência do caráter normativo primário da resolução do CNMP, visto que a Resolução nº 123/2015 julgada constitucional pelo STF possui caráter extraprocessual e não aplica penas, se distanciando da resolução que prevê o ANPP.

Em quarto lugar, está a problemática quanto a aceitação do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, no que pertine a indistinção entre órgão acusador, decisório e fiscalizador da execução do acordo o qual ele é parte.

Posto isto, insta pontuar que a Câmara dos Deputados, o Senado Federal e a Advocacia-Geral da União manifestaram-se pela declaração de inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP. (BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público, online, 2018)

Frente a esses apontamentos, convida-se o leitor para uma breve e impactante reflexão. Esse acúmulo de prerrogativas por parte do ministério público, através do ANPP, viola o princípio da impessoalidade, mitiga a imparcialidade necessária às etapas de atribuição de pena,

e confunde as bases do sistema de jurisdição penal brasileira – o CNMP, então, criou um microssistema inquisitório para os crimes de pequeno e médio grau de ofensividade?

Entende-se que não, pois a celebração da avença é precedida da observância de diversos requisitos expressamente previstos e detalhados na legislação, de modo que a possibilidade de uma solução consensual alcança os objetivos que se buscaria alcançar com o processo judicial. Cumpre ressaltar que o direito de punir do Estado é assegurado por meio do ANPP e verifica-se a restauração de sentimento de efetivação de justiça social.

São vários os argumentos pela inconstitucionalidade do ANPP, com destaque para o fato de que atenta contra o sistema jurídico penal e processual penal e desestabiliza o estado democrático de direito.

3.2 O acordo de não persecução penal frente à conjuntura constitucional

A partir da análise da conformidade constitucional de um instituto jurídico é possível atestar a preservação dos interesses persecutórios do Estado e defensivos do sujeito passivo da persecução penal. A esse filtro constitucional é dedicado este subcapítulo.

3.2.1 A vinculação do consenso penal à justiça

Malgrado apontados os argumentos pela inconstitucionalidade do ANPP, deve-se destacar que a atuação ministerial na fase investigatória tem natureza administrativa/pré-processual. Assim, não há violação do art. 22, inciso I, da CRFB/1988 (Art. 22, inciso I, da CRFB. BRASIL. Constituição Federal, online, 2020), visto que o ANPP não diz respeito propriamente ao direito processual penal e sim, matéria de política criminal.

Assim, considerando-se que o acordo de não persecução é extrajudicial (não envolve o exercício da jurisdição penal), vez que realizado no âmbito de um procedimento administrativo investigatório, sem o prévio exercício de uma pretensão punitiva, é dizer, sem o prévio oferecimento de denúncia ou queixa, não há o menor sentido em atribuir-se à regulamentação desse acordo a natureza de norma processual. (CABRAL, 2018, p. 33).

Como argumento em defesa da tese de que o ANPP não aplica pena no caso de seu descumprimento, está no desdobramento lógico com o oferecimento da denúncia, instrução criminal e só então, sentença judicial atribuindo a pena ao condenado.

3.2.2 O princípio da obrigatoriedade da ação

A Constituição Federal consagrou o modelo acusatório de processo penal, conclusão que se extrai da leitura do art. 129, inciso I, da CRFB/1988 (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020) que confere ao Ministério Público a titularidade da ação penal pública e para procedimento acessórios.

[...] um magistrado imparcial, encarnando a atividade jurisdicional, aplica as normas do direito objetivo, dando a cada um o que é seu. Quem representa no processo o interesse punitivo do Estado é o Ministério Público, 'la partie poursuivante', como se diz no Direito francês. Titular do *jus actionis* e do *jus puniendi*, o Ministério Público é parte em sentido formal, como sujeito da relação processual que com a ação se instaura, e em sentido material, porquanto representa o Estado na relação jurídico-substantiva entre este e o réu, contida no direito subjetivo. (MARQUES, 1997, p. 252).

Em reforço a esse argumento, o art. 3º-A do CPP (incluído pela Lei nº 13.964/2019), trouxe de forma expressa a adoção do sistema acusatório, afastando, em tese, a adoção de medidas de ofício pelo magistrado previstas no art. 156 do CPP. (Arts. 3º-A e 156, ambos do CPP. BRASIL. Código de Processo Penal, online, 2020)

O princípio da obrigatoriedade não está expressamente consagrado em nosso ordenamento, sua aplicabilidade é extraída da leitura do art. 24 do CPP.(Art. 24 do CPP. BRASIL. Código de Processo Penal, online, 2020)

Távora e Alencar esclarecem que, segundo esse princípio:

[...] estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público está obrigado a patrocinar a persecução criminal, ofertando denúncia para que o processo seja iniciado. Não cabe ao Ministério Público juízo de conveniência ou oportunidade. (TÁVORA e ALENCAR, 2017, p. 260).

Em outras palavras, diante da prática de uma infração penal, o Ministério Público, ao verificar a presença das condições da ação e da justa causa para deflagração da ação penal, deve oferecer a denúncia.

E o que acontece quando o Ministério Público decide não agir? Considerando o preceito que determina a inércia do Judiciário, corolário do modelo acusatório e da imparcialidade dos magistrados judiciais, o juiz não procede de ofício (Ne procedat iudex ex officio). Logo, sem denúncia do Ministério Público não se instaura a relação jurídica processual e não se apresenta a pretensão punitiva, em ação penal pública. (ARAS, Vladimir, 2018, p. 250).

Importante pontuar que a obrigatoriedade extraída da leitura do artigo 24 do CPP (Art. 24 do CPP. BRASIL. Código de Processo Penal, online, 2020) não diz respeito ao Ministério Público estar sempre compelido a pugnar pela condenação do acusado. Assim, caso conclua pelo ausência do conjunto probatório apto à condenação, o órgão ministerial deve postular a absolvição do réu.

Logo, diante da presença de um conjunto probatório capaz de autorizar um juízo de certeza no sentido da culpabilidade do acusado, deve o *Parquet* pugnar por sua condenação. No entanto, como parte imparcial e fiscal da lei que é, caso o órgão ministerial entenda que não há provas suficientes para um decreto condenatório, deve pugnar pela absolvição do acusado, em fiel observância à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência – *in dubio pro reo*. (LIMA, 2018, p. 155).

Como desdobramento da obrigatoriedade, vislumbra-se no artigo 42 do CPP (BRASIL. Código de Processo Penal, online, 2020) o princípio da indisponibilidade, o qual significa, de acordo com Badaró “[...] que, uma vez proposta a ação penal de iniciativa pública, que é obrigatória, o Ministério Público não poderá dispor da pretensão formulada”. (BADARÓ, 2015, p. 183)

Dessarte, a distinção entre os dois princípios (obrigatoriedade e disponibilidade) reside no momento processual de incidência: a obrigatoriedade é aplicável em momento anterior à propositura da demanda judicial, enquanto a indisponibilidade rege a atuação do Ministério Público após a promoção da ação penal pública.

Os princípios acusatório e da inércia jurisdicional têm relações com o princípio do contraditório, que se consubstancia no brocardo *audiatur et altera pars*, segundo o qual a parte contrária deve ser sempre ouvida.

O princípio tem merecido críticas, e não é de agora, pois não se coaduna com a ideia de direito penal como *ultima ratio*. No moderno processo penal, tem maior aceitação o princípio da oportunidade da ação penal pública, que confere um maior campo de discricionariedade ao Ministério Público.[...] O princípio da oportunidade está necessariamente ligado à ideia de intervenção mínima. Permitindo-se ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer a denúncia ou não, facilita-se a intervenção penal mínima, sem abandonar-se o dever de defesa da sociedade. (ARAS, 2018, p. 260).

Nesse sentido, José Frederico Marques ensina:

Dois são os princípios políticos que informam [...] a atividade persecutória do Ministério Público: o princípio da legalidade [...] e o princípio da oportunidade [...]. Pelo princípio da legalidade, obrigatória é a propositura da ação penal pelo Ministério

Público, tão só ele tenha notícia do crime e não existam obstáculos que o impeçam de atuar. De acordo com o princípio da oportunidade, o citado órgão estatal tem a faculdade, e não o dever ou a obrigação jurídica de propor a ação penal, quando cometido um fato delituoso. Essa faculdade se exerce com base em estimativa discricionária da utilidade sob o ponto de vista do interesse público, da promoção da ação penal. (MARQUES, 1997, p. 308-309).

Felício menciona o entendimento de Álvaro Jardim, crítico do ANPP, "o princípio da oportunidade expõe o Ministério Público a pressões indesejáveis ou pelo menos, a suspeitas sobre a lisura de seu comportamento ativo ou omissivo". (FELÍCIO. Revista Jus Navigandi, online, 2011)

O exercício da ação penal está relacionado ao princípio constitucional da eficiência das instituições públicas, considerando os instrumentos de que as instituições dispõem para consecução das suas finalidades. Para defender essa tese, Gazoto faz as seguintes ponderações:

- 1) A ação penal pública é instrumento destinado à obtenção de um interesse público específico: a persecução penal de condutas criminais seriamente indesejáveis.
- 2) O interesse de persecução penal não é o fim maior do Estado e por isso, sempre que colidir com outros interesses de maior relevância, deve ser a eles submetido.
- 3) Sendo mero instrumento e não finalidade em si, a ação penal pública somente pode ser movida se, razoavelmente, houver probabilidade de produzir os efeitos desejados.
- 4) A atividade ministerial de persecução penal deve ser considerada, em sentido amplo, como objetivo global e não particularizado em caso isolado.
- 5) Por isso, o Ministério Público, como instituição política promotora da persecução penal, deve organizar-se para bem ferir as suas forças e, assim, atingir o interesse público de sua alçada.
- 6) Em sendo a atividade de persecução penal eminentemente administrativa, fatos concretos, como excesso de demanda da atividade judiciária, devem ser considerados na avaliação do interesse da utilidade da promoção da ação penal pública. (GAZOTO, 2003, p.94).

Ademais, “a obrigatoriedade não pode ser vista como se fosse uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade”. (CABRAL, 2018, p. 40)

Luís Flávio Gomes adverte que se “nada for feito, a morosidade vai continuar. Com isso, a Justiça perde a sua justificação teleológica, que é a confiança da população. Pior é sua contribuição para a impunidade, no campo criminal”. (GOMES, Revista Jus Navigandi, online, 2011)

Não é por outro motivo que outros países e inclusive o Brasil têm buscado medidas alternativas à persecução penal pelas vias processuais, pois as instituições evidentemente não têm forças e mecanismos suficientes para lidar com todas as demandas propostas, o que enseja

um descrédito da população quanto aos órgãos oficiais estatais, levando, em alguns casos, até mesmo a vingança privada.

3.2.3 *O princípio da inocência e o direito subjetivo do indivíduo*

O princípio do estado de inocência ou da não culpabilidade parte da ideia de que todos são inocentes, enquanto não se declarar sua culpabilidade por sentença condenatória transitada em julgado, instituto previsto no art. 5º, inciso LVII, da CFRF/88. Segundo Nucci:

As pessoas nascem inocentes, sendo esse o seu estado natural, razão pela qual, para quebrar tal regra, torna-se indispensável que o Estado-acusação evidencie, com palavras suficientes, ao Estado-juiz, a culpa do réu. (NUCCI. 2010, p. 81).

Interessante pontuar que outros acordos criminais, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, dispostos nos arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95, não dispõem sobre a exigência de confissão por parte do acusado.

No ANPP há previsão do reconhecimento da procedência da acusação, ou seja, exige-se a confissão formal da prática delitiva pelo infrator, bem como a indicação de eventuais provas de seu cometimento, e aqui se fala em imposição de condições a um inocente. Cumpre anotar que a escolha pela confissão não viola a garantia constitucional de permanecer em silêncio prevista no art. 5º, inciso LXIII, da CRFB/1988 (BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, online, 2020), quiçá o princípio da inocência.

O direito de escolher entre exercer seu direito ao silêncio ou confessar detalhadamente o crime, encontra amparo na doutrina que admite que os direitos fundamentais, embora inalienáveis, sejam restringidos em prol de uma finalidade acolhida ou tolerada pela ordem constitucional, como ocorre em hipóteses de contratos privados envolvendo direitos da personalidade. (SOUZA e DOWER, 2018, p. 142).

A renúncia a um direito fundamental representa a autonomia da vontade do titular, ou seja, “a capacidade de autodeterminação do indivíduo, de decidir os rumos da própria vida e de desenvolver livremente a sua personalidade. Significa o poder de fazer valorações morais e escolhas existenciais sem imposições externas indevidas”. (BARROSO, 2015, p. 287)

As cláusulas abertas a serem fixadas no ANPP são consequências da consensualidade, não sendo possível o Ministério Público impor quaisquer das condições ao investigado, salvo

se esse por livre manifestação de sua vontade consentir com as previsões devidamente assistido por advogado.

A autonomia da vontade é um princípio enaltecido no âmbito de aplicação da justiça consensual. Posto isto, a confissão realizada para fins de celebração do acordo não deve ser admitida como elemento de prova processual, na medida em que essa é realizada sem a presença da autoridade judicial.

A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no plea bargaining, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração. A confissão aqui tratada é retratável e, mesmo depois de iniciada eventualmente uma ação penal, não leva, por si só, à condenação, até porque, à luz do art. 155 do CPP, foi colhida na fase inquisitiva. De outro lado, cumprido o acordo, a confissão exaure-se em si mesma, visto que o procedimento será arquivado. (SOUZA, Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 74, online, 2019).

No processo penal, o acusado é sujeito de direitos e não mero objeto da persecução criminal. Desso modo, o acordo respeita a autonomia da vontade do preso e a ampla defesa, garantida pela indispensabilidade da defesa técnica. Além disso, por servir apenas para a apuração dos elementos indiciários e não utilizada com a finalidade de ensejar em julgamento antecipado da lide, é que não se verifica violação ao princípio da presunção de inocência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A formalização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) representa a prática da justiça restaurativa, no que diz respeito ao consenso, à consideração dos interesses do acusado e da vítima e à resolução extrajudicial do conflito.

O ANPP é um instituto que mitiga o princípio da ação penal pública e aplicado a crimes não abarcados pelos institutos consensuais até então existentes no ordenamento jurídico brasileiro, perfeitamente possível de ser aplicado com base no art. 28-A, do CPP³, voltando a política-pública para o enfrentamento da criminalidade de forma mais célere e assegurando a proteção jurídica.

O objetivo a ser perquirido com o oferecimento do ANPP é que o Ministério Público realize opções político criminais no sentido de priorizar os casos mais graves, dando resolução

³ Art. 28-A do CPP. BRASIL. *Código de Processo Penal*, op. cit.

mais célere para os casos que podem ser submetidos ao ANPP. Por último, visto que o ANPP é um instrumento de combate à criminalidade, cabe ao Ministério Público a avaliação para quais crimes o acordo é suficiente a fim de reparar a conduta do agente e para aqueles que se mostra insuficiente o caminho é a propositura da ação penal.

Conclui-se pela constitucionalidade do ANPP pelos seguintes motivos: o princípio da obrigatoriedade não impõe ao Ministério Público submeter todos os casos criminais ao crivo do Poder Judiciário; produz benefícios diretos ao investigado, cabendo a ele exercer a sua autonomia de vontade e trata-se de justiça restaurativa ao prever a reparação da vítima.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12ª edição. São Paulo: Malheiros. 2011.

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, n. 37, p. 239-262, dez. 2017.

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

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>.

BRASIL. Lei dos Crimes Hediondo. Brasil. *Lei nº 8.072/1990*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm>.

BRASIL. *Lei nº 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>.

BRASIL. *Lei nº 10.826/2003*. BRASIL. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.826.htm>.

BRASIL. *Resolução nº 183/2018*. Disponível em:
<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2970*, Brasília, 20 de abril de 2006. Disponível em:
<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266970>>.

COMANDUCCI, Paolo. *Constitucionalización y neoconstitucionalismo*. In: Positivismo Jurídico y neoconstitucionalismo. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.

CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 2ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2018.

Documento eletrônico n. 1 (p. 1-4). ADI 5790. Petição inicial. Disponível em:
<redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>.

Documento eletrônico n. 1 (p. 5). ADI 5793. Petição inicial. Disponível em:
<redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>.

FELÍCIO, Carlos Eduardo. *Princípio da obrigatoriedade da ação penal pública*. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2987, 5 set. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19923>>.

FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GARCIA, Emerson. *O Acordo de Não-Persecução Penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões*. Conamp, 2017. Disponível em:<
<https://www.conamp.org.br/pt/item/1772-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-passivel-de-ser-celebrado-pelo-ministerio-publico-breves-reflexoes.html>>.

GAZOTO, Luís Wanderley. *O Princípio da Não-obrigatoriedade da Ação Penal Pública*. Barueri: Manole, 2003.

GOMES, Luiz Flávio. *Mais juízes, mais servidores e mais morosidade!* Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 3038, 26 out. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/20313>>.

HABERMAS, Jürgen. *Consciência moral e agir comunicativo*. Tradução de Guido Antônio de Almeida. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1989.

HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: O sistema penal em questão*. Tradução de Maria Lúcia Karam. 1ª Edição. Rio de Janeiro: Luam. 1993.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 6ª edição revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodvim, 2018.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Volume I. Campinas: Bookeseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. 6ª edição revista, ampliada e atualizada. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2010.

POLASTRI, Marcellus. *O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública*. Gen jurídico, 2018. 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/> > .

SALES, Lilia Maia de Moraes. *Justiça e mediação de conflitos*. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2004.

SARMENTO, Daniel. *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*. In SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SOUZA, Renne de Ó. *A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança jurídica*. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 74, 2019. Disponível em: < www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+Ó+Souza.pdf > .

Súmula nº 243 do STJ. Disponível em:

<[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub)>

.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. *Curso de Direito Processual Penal*. 12ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Juspodvim, 2017.

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA, Jádel. *A desconformidade constitucional do chamado “acordo de não-persecução penal” e o efeito bumerangue*. Disponível em: [https://meusitejuridico.editorajuspodvim.com.br/2017/10/10/desconformidade-constitucional-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue/#:~:text=O%20direito%20de%20punir%20pertence,sua%20primeira%20fun%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20\(Art.](https://meusitejuridico.editorajuspodvim.com.br/2017/10/10/desconformidade-constitucional-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-o-efeito-bumerangue/#:~:text=O%20direito%20de%20punir%20pertence,sua%20primeira%20fun%C3%A7%C3%A3o%20institucional%20(Art.)