



PEDRO HIGOR FAUSTINO MOURA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O AVANÇO DA JUSTIÇA
CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL BRASILEIRA**

BRASÍLIA
2019

Pedro Higor Faustino Moura

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O AVANÇO DA JUSTIÇA
CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL BRASILEIRA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora, Doutora e Mestre em Direito Raquel Tiveron.

BRASÍLIA

2019

PEDRO HIGOR FAUSTINO MOURA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O AVANÇO DA JUSTIÇA
CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL BRASILEIRA**

Artigo científico apresentado como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais - FAJS do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Orientadora: Professora, Doutora e Mestre em Direito Raquel Tiveron.

Aprovado em: __/__/__

BANCA EXAMINADORA:

Professora Orientadora

Professor(a) Avaliador(a)

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: O AVANÇO DA JUSTIÇA CONSENSUAL NA ESFERA CRIMINAL BRASILEIRA

Pedro Higor Faustino Moura¹

Resumo: O acordo de não persecução penal (ANPP) descreve a tentativa de fazer avançar a solução alternativa aplicada aos conflitos processuais penais no Brasil. O presente artigo tem o escopo de analisar a possibilidade de mitigação do princípio da obrigatoriedade que rege o Ministério Público nos casos de ação penal pública em face do princípio da oportunidade que tem ganhado espaço em discussões importantes. O acordo proposto pelo CNMP visa também dar maior participação às vítimas, resguardando a reparação de seus prejuízos decorrentes de infrações na medida do possível. Ademais, buscar-se-á a análise do acordo nos níveis de constitucionalidade, aplicabilidade e a comparação à ordenamentos jurídicos estrangeiros em situações parecidas. O ANPP veio como proposta para enxugar a excessiva demanda de ações penais no Brasil, trazendo modernidade na forma de pensar o direito processual no país.

Palavras-chaves: Acordo de não persecução penal. Obrigatoriedade. Sistema penal.

Sumário: Introdução. 1 – Conceito de acordo de não persecução penal. 1.1 - Vantagens. 1.2 – Desvantagens. 2 – Do princípio da obrigatoriedade. – Da constitucionalidade. 4 – Direito comparado. 4.1 – Alemanha. 4.2 Estados Unidos. Considerações finais. Referências. Anexos

¹ Estudante do 10º semestre do curso de bacharelado em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UniCeub.

Introdução

O Brasil hoje ocupa a 3ª posição de maior população carcerária do mundo, conforme o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen, e, na contramão do que tem ocorrido nos demais países, por aqui a política em favor do aumento de cárceres e de prisioneiros continua crescendo. Assim, enquanto as nações desenvolvidas estão buscando meios alternativos de solução de conflitos por entender que o modelo antigo é insustentável, por aqui ainda existe muito atraso na forma de pensar o sistema penal.

É impossível a máquina do Poder judiciário sustentar sozinho tamanha demanda com efetividade, celeridade e economia de recursos.

A pesquisa do Infopen também esclarece que apenas nove delitos fazem-se responsáveis por mais de 90% de todos os presos no país, conquanto existam mais de mil crimes tipificados no Brasil.

Mesmo assim, o órgão acusador, quando a ação penal é pública e incondicionada precisa oferecer denúncia ainda que saiba que é provável a ocorrência de extinção de punibilidade, pela prescrição, etc. Assim, o Poder judiciário é provocado inúmeras vezes sem que possa de fato resolver a lide. A demanda do lado do órgão acusador é grande, porque precisa oferecer denúncia em razão do princípio da obrigatoriedade e, dessa forma, crimes que de fato causam impacto na sociedade não recebem a devida atenção e cuidado por falta de estrutura, tempo e capacidade de trabalho dos promotores. Dessa forma, é que o modelo antigo é ineficaz, moroso e de elevado custo.

Assim há de se repensar a forma com que o Judiciário vem lidando com a solução de conflitos. Na seara cível e trabalhista é certo que vem sendo incentivada as formas alternativas de solução litigiosa: mediação, conciliação e arbitragem. Porém também é preciso inovar na seara do sistema penal para que a máquina pública não

sirva de impedimento de aplicação da lei por sua morosidade, falta de recursos, dentre outros problemas.

Insta ressaltar também que o nosso Código de Processo Penal, promulgado em 1941, foi pensado para uma sociedade antiga e por demais burocrática. Assim, o modelo atual não comporta a demanda e rapidez que o mundo vem aprendendo a lidar com os desafios atuais, afinal o modelo antigo é incompatível com as necessidades que temos.

Já existem outras tentativas de amenizar o problema, como a resolução 288/2019 do CNJ no qual é estabelecido a adoção de uma política de carceragem residual, buscando a promoção de medidas alternativas de pena, com enfoque restaurativo, em substituição à privativa de liberdade (CNJ, 2019). Ocorre porém que enquanto o ANPP trabalha com a tentativa de evitar processo penal o CNJ buscou estabelecendo essa política de aplicação alternativa de pena amenizar o sofrimento e garantir a dignidade para quem já está sofrendo como réu na persecução criminal.

O acordo de não persecução penal nesse sentido busca o avanço da justiça consensual na seara do sistema penal brasileiro. Por meio dele, o órgão acusador poderá negociar diretamente com o ofendido com benefícios mútuos, o investigado, cumprindo algumas condições, deixa de ser denunciado pelo Ministério Público. Estas condições são vantajosas para (1) o investigado que não sofrerá com a persecução penal se cumprir devidamente com o acordado e assim não sofrerá com condenação privativa de liberdade, para (2) o ofendido que poderá ser ressarcido proporcionalmente ao dano sofrido na medida do possível, para (3) o órgão acusador que poderá acordar uma penalidade proporcional à ofensa praticada de modo mais célere e eficiente, e para (4) o próprio Poder judiciário que terá reduzido número de denúncias para julgar.

A questão que fica é se esse instituto é realmente vantajoso, se o modo que foi instituído é o meio adequado e se de fato pode ser aplicado em nosso sistema penal.

No Brasil, o processo penal se submete ao sistema acusatório, no qual o órgão que oferece Denúncia da infração é necessariamente diferente daquele que julga a causa. O sistema acusatório é mais garantista e busca o cuidado com os direitos fundamentais. Assim, no Brasil é que o Ministério Público possui a competência privativa nos casos de ação penal pública. Tendo o *Parquet* essa função privativa, será que não é razoável exercer também um juízo de oportunidade na hora de ajuizar uma ação penal?

O presente trabalho tem a proposta de discorrer a respeito do instituto inaugurado no Brasil pela resolução 181/2017 do CNMP: o acordo de não persecução penal (ANPP). A inovação em questão é a proposta de solução do Conselho Nacional do Ministério Público para resolver com maior efetividade a solução judicial e extrajudicial de crimes no Brasil.

Deste modo é que este trabalho se dedicará a analisar as nuances do instituto proposto pela resolução, suas vantagens e desvantagens, sua constitucionalidade e, fazendo também, uso do direito comparado, afinal observar a experiência de outras culturas em situações parecidas é um bom meio de creditar importância e eficiência de qualquer instituto jurídico.

A inovação do CNMP vem sendo amplamente debatida desde sua fundação, em 2017. Vários professores, promotores, juízes e advogados discorreram a respeito com diversas posições divergentes. O debate, no entanto, não ficou só na academia e foi parar no STF que ainda tem que decidir sobre sua constitucionalidade. Assim, também será feito neste trabalho o uso dos pensamentos dos seguintes mestres: Francisco Dirceu Barros, Rodrigo Leite Ferreira Cabral, Hermes Duarte Moraes, dentre outros.

O propósito aqui é defender a necessidade urgente que o sistema penal brasileiro possui quanto à sua modernização.

A metodologia utilizada será a análise teórica do ANPP, sua aplicabilidade no Brasil e também com o exemplo da experiência que nações estrangeiras possuem com institutos parecidos.

1 Conceito de acordo de não persecução penal

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi instituído no Brasil com a resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP. O instituto nada mais é do que o avanço lógico da justiça consensual como solução de problemas criminais no Brasil. É por meio dele que o *Parquet* têm a possibilidade de resolver, sem processo penal, a prática de delitos de médio potencial ofensivo, trazendo celeridade e economia de recursos com a não utilização de toda a máquina do Poder Judiciário.

O instituto não deve ser tratado como matéria de Direito Penal ou de Direito Processual Penal, privativas da União, mas sim como matéria de política criminal, já que apresente alternativa ao modo como se era resolvido, quase que exclusivamente, a prática de infrações penais no país.

Ocorre que, cumulado com o instituto da Transação penal da Lei 9.099/2015, o ANPP veio para ajudar a enxugar os números alarmantes de processos penais existentes no país com o escopo de permitir que o membro do ministério público possa se dedicar a causas efetivamente graves, crimes que de fato merecem mais atenção do órgão acusador como estupros, homicídios, latrocínios, etc.

A intenção do ANPP é de tornar o sistema penal brasileiro mais inteligente, célere e efetivo. Ele intenciona que o órgão acusador e o poder judiciário possam responder a crimes mais graves com cuidado e cautela necessários, em detrimento de crimes menos ofensivos (de pequena e média complexidade) que podem ser resolvidos, até mais eficientemente, por meio de um acordo.

Insta destacar que a chegada do ANPP ao país é resultado não só de anseios internos, como também externos, nas palavras do Prof. Hermes Duarte

Como esse fenômeno da expansão dos espaços de consenso na Justiça criminal é de ordem mundial, não uma exclusividade brasileira, é relevante observar que a Corte Europeia de Direitos Humanos, em 2014, no caso *Togonidze v. Georgia*, já teve oportunidade de manifestar que acordos criminais, similares ao ANPP, não ofendem ao contraditório e ao devido processo legal. E nos EUA, a Suprema Corte reconheceu, no caso *Brady v. USA*, em 1970, a constitucionalidade do *plea bargaining* quando o tribunal estipulou algumas condições para que o acordo seja válido. (MORAIS, 2018).

O Acordo de Não persecução penal funciona não sendo caso de arquivamento, assim o Ministério Público poderá propor diretamente ao investigado o ANPP sempre que a pena mínima do delito seja inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça, se o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática do delito e mediante algumas circunstâncias: reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo, renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, dentre outras.

A resolução também traz hipóteses em que o ANPP não será admitido: quando for cabível a transação penal, o dano causado for superior a vinte salários mínimos, o acusado para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal, o delito for hediondo ou equiparado e quando a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

A confissão do investigado e as tentativas do acordo devem ser registradas por meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, além do mais, o investigado sempre deve ser acompanhado de seu defensor.

Após a formalização do acordo nos autos com a devida qualificação do investigado e com as condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas de cumprimento, será este firmado pelo Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Após a realização do acordo e a comunicação à vítima por meio idôneo, os autos serão submetidos à apreciação por juiz competente que pode considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolvendo os autos ao Ministério Público para a implementação do ANPP, ou ainda, o juiz pode considerar incabível ou inadequadas e insuficientes as condições, assim o órgão julgador deve fazer remessa dos autos ao chefe do Ministério Público, o Procurador Geral ou órgão superior interno responsável por apreciação de ANPP que poderá oferecer denúncia ou designar outro membro para o fazer se concordar com o juiz, devolve ao membro do Ministério Público se concordar com este, ou ainda reformula o ANPP para apreciação do investigado ou mantém o acordo que vinculará toda a instituição.

1.1 Vantagens

A proposta do ANPP traz a aplicação de diversos princípios importantes como o da (1) economia, já que o processo penal sequer terá que ser instaurado para que a prática da infração penal seja efetivamente resolvida; da (2) proporcionalidade já que o Parquet poderá definir a pena restritiva de direito adequada ao caso concreto; da (3) celeridade, pois a rapidez em contraste com a duração do processo penal é incontestável, afinal o acordo é feito antes que o Ministério Público denuncie o indiciado.

Nas palavras do Prof. Rodrigo Leite:

“A Resolução 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, artigo 37, caput); da proporcionalidade (CF, artigo 5º, LIV); da celeridade (CF, artigo 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI e VI). Nesse sentido, Barja de Quiroga afirma que o “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do

processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância, que impedem que o sistema penal se ocupe de assuntos mais graves; em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista de pena” Barja de Quiroga. Tratado de Derecho Penal, Tomo I, p. 470). (CABRAL, 2017).

O ANPP também não apresenta qualquer desvantagem ao indiciado, afinal a proposta do órgão acusador é a de solicitar o arquivamento do inquérito, ou seja, sem denúncia, sem acusação. A ideia do instituto é justamente essa: cooperar para que menos processos de delitos de menor potencial e de médio potencial ofensivo sejam julgados com a movimentação de todo o aparato da máquina do Poder Judiciário.

Há quem diga que um inocente aceitaria o acordo por medo de ser julgado condenado judicialmente, mas esse argumento favorece ainda mais o ANPP, afinal se antes o indiciado não tinha escolha nenhuma e faria parte do processo penal como réu, agora ele pode até decidir se cumpre algumas medidas restritivas de direitos ao invés de correr o risco de ser julgado condenado e sofrer pena restritiva de liberdade.

Mas e quanto ao ofendido? Será que a vítima não fica ainda mais prejudicada com tal instituto? É certo que não, afinal o indiciado confesso que aceita o acordo terá de se submeter a diversas medidas, ou seja, não sairá de fato impune.

É interessante notar que o ANPP coloca o ofendido em importância muito maior do que a de costume no sistema penal nacional, afinal uma das condições que o indiciado precisa se submeter é a que se encontra no inciso I do artigo 18, da Resolução 181/17 do CNMP, “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo”.

Sendo assim, o ofendido não é ignorado, porque o instituto busca solucionar o prejuízo sofrido se ainda for possível.

É inegável também que a proposta do CNMP, no artigo 18, da resolução 181/17 é de permitir que o *Parquet* realize um juízo de valor, dentro dos limites

estabelecidos, dos casos que devem ir a juízo e dos casos que podem ser resolvidas por meio da justiça consensual.

O ponto é: se para tudo na vida deve-se analisar o binômio custo-benefício, por quê o trabalho do órgão acusador seria diferente? Esse debate é importante, pois cada vez mais é percebido que o poder judiciário não tem estrutura suficiente para assumir a solução de todo processo criminal que é instaurado.

O número excessivo de processos, a falta de juízes para dar seguimento, dar uma solução a lide apresentada faz com que, cada vez mais, infratores fiquem impunes, afinal não existia muitas alternativas para a resolução de problemas criminais. Daí a necessidade da justiça consensual como colaboradora, tanto do Ministério Público quanto do Poder Judiciário como um todo para (1) enxugar a excessiva demanda e (2) efetivamente fazer aplicar a lei penal no país.

Como bem apontam os dados levantados pelo CNJ e bem explanados pelo jornalista Alvaro Bodas:

A Justiça brasileira tarda, e tarda muito. Por aqui, entre o início de uma ação e a sentença podem se passar anos, ou mesmo décadas. Pior, o crime pode prescrever. Números do CNJ (Conselho Nacional de Justiça) confirmam a percepção generalizada de que o nosso Judiciário anda a passos de tartaruga. De 2009 a 2016, o número de processos sem sentença, conhecido como de taxa de congestionamento, cresceu mais de 30% e chegou a 73% em 2016. Isso significa que apenas 27% de todos os processos que tramitaram nesse período foram solucionados, acumulando quase 80 milhões de casos pendentes. Temos o 30º Judiciário mais lento entre 133 países, segundo o Banco Mundial. (BODAS, 2017)

Sendo assim, é justamente essa a proposta do Acordo de Não Persecução Penal: auxiliar o sistema penal brasileiro em efetivamente dar solução na maioria absoluta de infrações penais, permitindo que o órgão acusador decida, dentro dos limites estabelecidos e baseados na gravidade da ofensa praticada: se de menor potencial ofensivo - a transação penal, se de médio potencial ofensivo – o acordo de não persecução penal e se de maior potencial ofensivo - processo penal.

Deste modo, o ministério público, detentor do direito de denunciar nos casos de ação penal pública poderá trazer maior garantia de que efetivamente os praticantes de crimes maiores, crimes mais graves sofrerão a devida punição por atentar contra a lei penal. .

Nessa lógica, os delitos que se enquadram nos requisitos do ANPP também não serão abandonados, pelo contrário, receberão atenção suficiente para garantir que a vítima seja indenizada, na medida do possível, por seu dano sofrido, além do indiciado se submeter a outras penas não restritivas de liberdade.

1.2 Desvantagens

Diante de tantos benefícios trazidos pelo instituto ao indiciado, ao ofendido e principalmente ao sistema penal nacional, a única desvantagem que fica é a da ausência de proposição legislativa quanto ao acordo.

O ANPP, apesar de estar sendo tratado apenas como política criminal, também envolve, pelo menos em algum nível, o processo penal. Como bem colocou o professor e promotor de justiça Hermes Duarte Morais:

Exsurtem desse raciocínio dois problemas. Primeiro, considerar que a decisão do investigado em não se submeter ao processo criminal e cumprir imediatamente sanção penal trate-se apenas de uma questão de política criminal é uma argumento frágil. Se por um lado a utilização do acordo pode vir a ser, se bem utilizado, instrumento de política criminal, seu conteúdo, isto é, o objeto sobre o qual as partes transacionam (pena imediata sem processo), é evidentemente processual penal. Outro equívoco 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 12[4], permita que o órgão regulamente qualquer matéria uma vez que, inquestionavelmente, não se encontra entre as atribuições do CNMP estampadas no artigo 130-A, parágrafo 2º, da CF/88 normatizar sobre política criminal. (MORAIS, 2018)

Com a ausência de lei para instituir o referido acordo, o ANPP pode sofrer por carecer de segurança normativa e, inclusive, foram propostas duas ações de inconstitucionalidade que serão discutidas a posteriori: (1) a ADI 5.793 que foi

proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil e (2) a ADI 5.790 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB).

2 Do princípio da obrigatoriedade

Inicialmente os indivíduos resolviam os problemas que surgiam no leito da sociedade por meio da violência e da vingança privada. Assim a lei do mais forte prevalecia. Com o surgimento do Estado houve, por ele, a assunção de responsabilidade de resolver, por estar acima dos indivíduos, as infrações penais. Assim o poder-dever de punir não mais pertencia à vítima ou seus familiares, mas sim o Estado, detentor do *jus puniendi*.

Nesse contexto que surge o princípio da obrigatoriedade da ação penal. Nas palavras do professor Afrânio Silva Jardim:

Assim, o Estado, por meio do Ministério Público, é quem tem a responsabilidade, o dever de instigar, por meio da Denúncia, o poder judiciário no julgamento dos casos de ação penal pública, cuja importância supera as partes envolvidas e abrange toda a sociedade. Deste modo, é que o órgão acusador não pode deixar, quando presente os elementos da justa causa, de agir em prol de uma resposta do órgão julgador.

Como bem explanou os professores Fernando Capez e Rodrigo Colnago:

“Identificada a hipótese de atuação, não pode o Ministério Público recusar-se a dar início à ação penal. Há, quanto à propositura desta, dois sistemas diametralmente opostos: o da legalidade (ou obrigatoriedade), segundo o qual o titular da ação está obrigado a propô-la sempre que presentes os requisitos necessários, e o da oportunidade, que confere a quem cabe promovê-la certa parcela de liberdade para apreciar a oportunidade e a conveniência de fazê-lo. No Brasil, quanto à ação penal pública, vigora o princípio da legalidade, ou obrigatoriedade, impondo ao órgão do Ministério Público, dada a natureza indisponível do objeto da relação jurídica material, a sua propositura, sempre que a hipótese preencher os requisitos mínimos exigidos. Não cabe a ele adotar critérios de política ou de utilidade social. Devendo denunciar e deixando de fazê-lo, o

promotor poderá estar cometendo crime de prevaricação”. (CAPEZ, 2017).

Cabe ressaltar que assim como os demais princípios não são absolutos e podem ser mitigados, o princípio da obrigatoriedade vêm sofrendo limitações ao longo dos anos, limitações decorrentes do avanço na forma de pensar do sistema penal nacional e internacional, como por exemplo, o instituto da transação penal, usado em crimes de menor relevância, é um acordo feito entre o *Parquet* e o agente do crime no qual possibilita a proposição de aplicação de pena não privativa de liberdade.

A Transação Penal, instituída em lei, é considerada como um marco no ordenamento nacional da justiça consensual. Pode-se dizer que o ANPP é o avanço dessa modalidade no país, pois sem dúvidas é também uma forma de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Insta ainda dizer que a obrigatoriedade da proposição da ação penal vem sendo repensada, afinal o propósito de sua existência é fazer com que o Estado não negligencie a tutela penal dos bens jurídicos dos indivíduos e da sociedade como um todo e o ANPP claramente é pensado nesse sentido, pois aqui, o Ministério Público não fica inerte, ou seja, ele é agente atuante na solução do conflito, porém por meio alternativo ao processo penal nos casos de delitos que se encaixem em seus pressupostos.

Ademais, como bem aponta o prof. Hermes Duarte, não há qualquer ofensa à Constituição Federal, pois diferente do que ocorre com a lei máxima Italiana em seu artigo 112 que de fato obriga o Ministério Público a exercer a ação penal, aqui não houve previsão expressa nesse sentido nem mesmo no Código de Processo Penal, assim é que é possível institutos que mitiguem a obrigatoriedade da ação penal pública, como já o fez a Lei 9.099/95 e a Lei 12.850/13 (DUARTE, 2018).

Assim é que é possível a aplicação dos institutos da transação penal, da delação premiada e agora do acordo de não persecução penal, proposto pelo CNMP,

nas infrações que cumpram os requisitos, como formas de solução extraprocessual de conflitos penais.

Com a mitigação do princípio da obrigação é que ganha espaço o princípio da oportunidade da ação penal ao membro do Ministério Público, que poderá, baseado em critérios de economia processual, celeridade e efetividade da aplicação da lei penal decidir assim quais casos devem ir a juízo e quais podem ser resolvidos por meio de formas alternativas.

3 Constitucionalidade

Como a proposição do ANPP foi feita por meio de uma resolução não foram poucas as críticas feitas à essa inovação, afinal não há dúvidas de que o instrumento mais recomendável para instituir o acordo seria a via legislativa.

Nesse sentido é que o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil, ingressou com a ação direta de inconstitucionalidade 5.793 perante o STF. A ação questiona toda a resolução do CNMP e, dentre os diversos pontos abordados, destaca-se a crítica quanto ao alcance das resoluções:

As resoluções, ainda que editadas no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, não se confundem com leis em sentido formal, pois não podem modificar o ordenamento jurídico, devendo apenas se restringir a interpretá-lo com finalidade executório-administrativa (Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 2017)

Segundo análise do Conselho Federal da OAB, a resolução extrapolou sua competência regulamentar, afinal trouxe inovação ao ordenamento jurídico a respeito de matéria penal e processual penal, privativas da União.

Essa observação, apesar de relevante, deve ser vista com cautela, pois não é de hoje que resoluções inovam no ordenamento jurídico brasileiro, afinal as audiências de custódias foram instituídas por meio da resolução 2013/2015 do CNJ

Ademais, fizeram críticas especificamente quanto ao ANPP e o princípio da indisponibilidade da ação penal:

Nos termos delimitados, cabe ao Ministério Público avaliar a admissibilidade de celebração de acordo com o fito de impedir a instauração de persecução penal nos casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que o agente confesse a prática do crime e se submeta às restrições/sanções impostas pelo órgão.

Trata-se de regramento que viola o princípio da indisponibilidade da ação penal, previsto no art. 129, I, da Constituição Federal, que assevera a competência privativa do MP para a instauração de ação penal pública. Em se tratando de mandamento constitucional, apenas situações excepcionais podem justificar o não oferecimento da ação penal

Ocorre no entanto que a a obrigatoriedade e a indisponibilidade da ação penal pública vem sendo mitigada como consequência da existência da transação penal e da delação premiada. Assim, a ocorrência do ANPP seria apenas mais um caso nesse sentido.

O Conselho da OAB ainda criticou o fato de que o ANPP não exige homologação judicial do acordo celebrado argumentando assim que o acordo não traz segurança, “Nesses termos, é essencial a apreciação do acordo pelo juiz, o qual irá aferir quanto ao preenchimento dos requisitos entabulados, impedindo que o ofensor cumpra um acordo que não terá eficácia jurídica em razão de vícios insanáveis”.

Cumpre Salientar que a resolução 181/2017 do CNMP não impede a posterior análise em juízo da questão, visto que o ANPP propõe um arquivamento que só pode ser feito por um juiz competente. Assim, o Poder Judiciário deve avaliar o acordo adequadamente e se discordar do arquivamento do feito, poderá enviar os autos para o chefe do Ministério Público, o PGJ que decidirá a questão, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal.

Uma outra ação de inconstitucionalidade foi feita pela Associação dos Magistrados Brasileiros, ADI 5.790, afirmando que o Ministério Público estaria usurpando a competência do Poder Judiciário ao dar tamanho poder, o de perdoar os investigados que se adequem nos pressupostos e exigências do ANPP.

No entanto, o órgão acusador é quem tem privativamente a legitimidade constitucional para seguir com ações penais públicas e, se este pode usufruir do princípio da oportunidade como critério para ingressar em juízo, não há que dizer que há usurpação das competências do poder judiciário. De fato a questão é complexa, mas o ANPP, como já dito anteriormente, não exclui a participação dos juízes, afinal são eles que podem arquivar o processo, e se discordarem por entender haver justa causa para ação penal que enviem para o PGJ nos moldes do CPP, desta forma, o *Parquet* usurpa a competência do órgão julgador.

As ADIS 5.793 (Conselho Federal da OAB) e 5.790 (Ordem dos Magistrados do Brasil) estão sob relatoria do ministro Ricardo Lewandowski desde 2017 e ainda estão em fase de julgamento.

Ainda em defesa da constitucionalidade do acordo de não persecução penal é importante ressaltar que a instituição do ANPP veio como proposta de política criminal que segue a tendência mundial que demonstra resultados positivos na diminuição dos processos criminais.

Com as críticas levantadas, o CNMP se dispôs a editar uma nova resolução, a 183/2018 para que a essência da anterior perdurasse, mas que houvesse algum aperfeiçoamento a fim de equilibrar a situação

O §4º definiu que o acordo deverá obrigatoriamente passar por apreciação judicial antes de ser considerado válido. Se observar que o acordo é cabível, então o juiz encaminha os autos do acordo de volta para o Ministério Público para que possa ser aplicado. Se houver discordância com os termos do acordo o juiz deve encaminhar

os autos para apreciação ao procurador geral ou órgão superior que deverá apreciar a demanda.

O 9§ ainda traz a segurança de que caso o acordo não seja devidamente cumprido pelo investigado o órgão acusador poderá ainda oferecer denúncia.

Insta dizer que apesar da alteração realizadas tanto o Conselho Federal da OAB quanto a AMB continuam tentando invalidar a resolução.

4. Direito comparado

A tendência mundial de encontrar formas lícita de solução de conflitos alternativa ao processo no poder judiciário é relevante para este trabalho. Nesse sentido é que a mediação, conciliação e a arbitragem ganharam grande destaque no processo civil brasileiro, no entanto, o tempo tem mostrado que não só a área cível precisa de aprimoramento, mas também a seara do sistema penal. Assim é que faz-se necessário trazer experiências de acordos penais em outros ordenamentos jurídicos.

4.1 Alemanha

Neste país germânico também chegou-se à conclusão da necessidade de implantação do princípio da oportunidade no sistema penal. Na Alemanha houve a implantação de um procedimento informado de acordo penal, ainda que não houvesse previsão legal a respeito, experiência muito parecida com a nossa, diga-se de passagem.

O ordenamento jurídico alemão viu que a implantação de formas alternativas de solução de conflitos poderiam ocorrer além da esfera trabalhista e esfera cível. Perceberam que o direito penal poderia perfeitamente usufruir de avanços na justiça consensual. Daí, mesmo inicialmente sem lei específica foi que começaram a usar de acordos pré-processuais. Assim é que foram criadas duas formas de se posicionar

quanto aos acordos: *absprachen* usado por quem defende a realização do negócio jurídico e o *vergleiches* por quem se posicionava contrário ao acordo (AMBIASI, Vinicius Wildner, 2018).

Insta ressaltar que os acordos na seara penal alemã funcionaram durante muito tempo informalmente, sendo usado na prática mesmo que sem fundamentação legal. Foi em meados de 2009 que o código de processo penal alemão – o *Strafprozeßordnung* – sofreu alterações no sentido de definir o procedimento do acordo.

Os acordos penais alemães se baseavam na confiança apenas, assim não havia formalidades processuais: o acusado formaliza uma confissão e o órgão acusador deixava de oferecer Denúncia.

Por lá, a acusação e o magistrado devem concordar com os termos do acordo, sendo feito sob a coordenação do juiz, e aqui existe uma diferença entre o ANPP brasileiro, onde ocorre negociação inter partes – acusação e indiciado, mas assim como a proposta do ANPP exigia-se a confissão do investigado, a desistência de interposição de recurso ou até mesmo a produção de determinada prova. Assim é que LISBOA, 2018 diz que o mecanismo de solução consensual na esfera criminal é responsável por 18% dos casos em cortes locais e 23% em tribunais distritais alemães.

4.2 Estados Unidos

Por fim é imprescindível comentar sobre o Estados Unidos, referência no mundo sobre solução consensual de conflitos.

O sistema penal norte-americano é o que mais contem presos no mundo, no entanto, por lá existe um imenso exemplo do avanço da justiça consensual.

Insta ressaltar que o Estados Unidos seguem a lógica do sistema do *common law*, ou seja, quando o acusado se declara culpado ele é imediatamente culpado. Essa

confissão em países de *civil law* como o Brasil é apenas um meio de prova. O sistema americano permite, no entanto, que o investigado negocie com a acusação por benefícios em troca da confissão.

Por lá mais de 90% de todos os casos criminais são solucionados por meio de acordo entre a acusação e o investigado. A justiça negociada está centrada sobre a *plea bargain* que consiste num procedimento negocial em que o réu admite-se culpado para receber em contrapartida benefícios por parte do Estado.(BARROS, 2017)

A incrível porcentagem dos acordos no sistema penal estadunidense demonstra a força que possui a cultura consensual de solução de conflitos penais existente por lá.

A solução da lide penal funciona por meio de uma ‘barganha’ entre a acusação e o réu que deve ser representado por um advogado. Resumidamente o réu acaba por confessar a culpa se beneficiando em razão da confissão espontânea de benefícios como uma pena menor do que se fosse julgado sem acordo nenhum. Assim, o sucesso da acusação e da defesa depende do poder de barganha que cada um possui.

Existem diversas espécies de *plea bargain*: (1) O *charge bargain* que ocorre quando o promotor substitui uma acusação mais grave por uma mais leve, como a substituição do crime de roubo por crime de furto, por exemplo; (2) o *count bargaining* que ocorre quando a promotoria resolve diminuir a quantidade de acusações; o (3) o *fact bargaining* que funciona com a alteração dos fatos descritos na acusação para o benefício do réu; e o (4) o *sentence bargaining*, espécie de acordo em que a acusação se compromete a recomendar uma sentença mais leve para o acusado (MELO, João Ozorio de, 2019).

O réu, por sua vez, concorda em abrir mão de direitos constitucionais e infraconstitucionais. Assim é que deve o juiz informar ao acusado sobre os direitos renunciados e se certificar de que o réu tem conhecimento das possíveis sentenças aplicadas se for a julgamento. Assim é que , em regra, o réu perde o direito de recorrer

contra sentença condenatória, já que renunciou seus direitos constitucionais. Feito os termos do acordo, este deve passar pelo juiz que deve, para evitar um julgamento, concordar que o tratado entre as partes é do interesse da Justiça.

Considerações Finais

Considerando tudo o que foi exposto, o sistema penal pátrio, suas dificuldades, o contexto em que foi criado o Código de Processo Penal e o enorme desafio que se vê diante de todos os olhos é que é imprescindível uma mudança do cenário da política criminal brasileira.

Muitas mudanças tem ocorrido, porque claramente é necessário fazer algo e é por isso que o CNJ buscou estabelecer uma política de promoção de dignidade e de medidas alternativas à pena de prisão carcerária, afinal o modelo atual claramente não está funcionando.

O Acordo de não persecução penal é mais uma tentativa de mudança que vem para somar, afinal o ANPP se mostra necessário para enxugar os números alarmantes que o poder judiciário precisa enfrentar todos os dias. É assim que se faz necessário uma alternativa tão diferente ao que se vê cotidianamente.

Se o instituto proposto for efetivamente aplicado é possível experimentar grandes alterações na realidade brasileira a nível de segurança, afinal é clara a falha de se combater violência com prisões apenas, é necessário mais do que uma política repressiva para mudar a realidade.

A falha do poder judiciário e do Ministério Público de faticamente cumprir com zelo suas funções ocorre, infelizmente, devido a falta de estrutura. Os números são alarmantes, é insustentável continuar a usar um modelo antigo em um mundo tão novo, assim é que importantes a procura por alternativas boas. Por isso é que nações desenvolvidas estão investindo e aperfeiçoando as formas de solução conflituosa, fazendo evoluir assim o sistema penal e a segurança pública.

Felizmente, o Brasil tem mostrado também preocupação nesse sentido, apesar de tudo, e está atrás do mesmo objetivo, de modo que o ANPP é um importante avanço que deve ser considerado pelo poder público. Claro, existem críticas e questionamentos que precisam ser respondidos como a incompetência do CNMP para regulamentar matérias de competências privativa da união, pois é certo que a via mais adequada para causar tamanho impacto no sistema penal nacional é através do Poder Judiciário, mas sem dúvidas é um bom projeto que deve ser levado em consideração por nossas autoridades no âmbito do Legislativo, do Judiciário e do Executivo também.

Referências

ARAÚJO, Mateus Lisboa de; **Acordo de não persecução penal e mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal: novos paradigmas para a solução de casos criminais no Brasil**, Repositório da UFPE, Recife, 2018. Disponível em: <https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27817/1/Projeto%20de%20Monografia%20-%20MATEUS%20LISBOA%20DE%20ARAÚJO%20-%20M3%20M4.pdf>

BARROS, Francisco Dirceu, **90% a 97% de todos os casos criminais nos estados Unidos são submetidos a acordo (plea bargain) e não vão a julgamento**, 2017. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/60933/90-a-97-de-todos-os-casos-criminais-nos-estados-unidos-sao-submetidos-a-acordo-plea-bargaining-e-nao-va-a-julgamento>

BODAS, Alvaro. **Por que a justiça brasileira é lenta**, 2017. Disponível: <https://exame.abril.com.br/brasil/por-que-a-justica-brasileira-e-lenta/>

Brasil. Conselho Nacional de Justiça. **Resolução 188/2019**, 2019.

Brasil. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução 181 CNMP, 2017, atualizada pela resolução 183/2018**

Brasil. Ministério da Justiça. **Levantamento nacional de informações penitenciárias: INFOPEN Atualização – Junho de 2016/ organização Thandara Santos; colaboração, Marlene Inês da Rosa... [et al.] – Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública. Departamento Penitenciário Nacional. 2017.**

CABRAL, Rodrigo Leite, **O acordo de não-persecução penal criado pela nova resolução do CNMP**, 2017. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 24ª edição. São Paulo, Editora Saraiva, 2017.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil. **ADI 5.793**, 2017.

Itália. **Constituzione Della Repubblica Italiana**, art. 112, 1947.

MELO, João Ozorio de. **Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA**, 2019. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>

MORAIS, Hermes Duarte. **Acordo de não persecução penal: um atalho para o triunfo da justiça penal consensual?**, 2018. Disponível: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>

ZAMBIASI, Vinícius Wildner. Acordos sobre a sentença e a ampliação da justiça penal de consenso em Portugal. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 20, n. 31, p. 88, jan/jun.

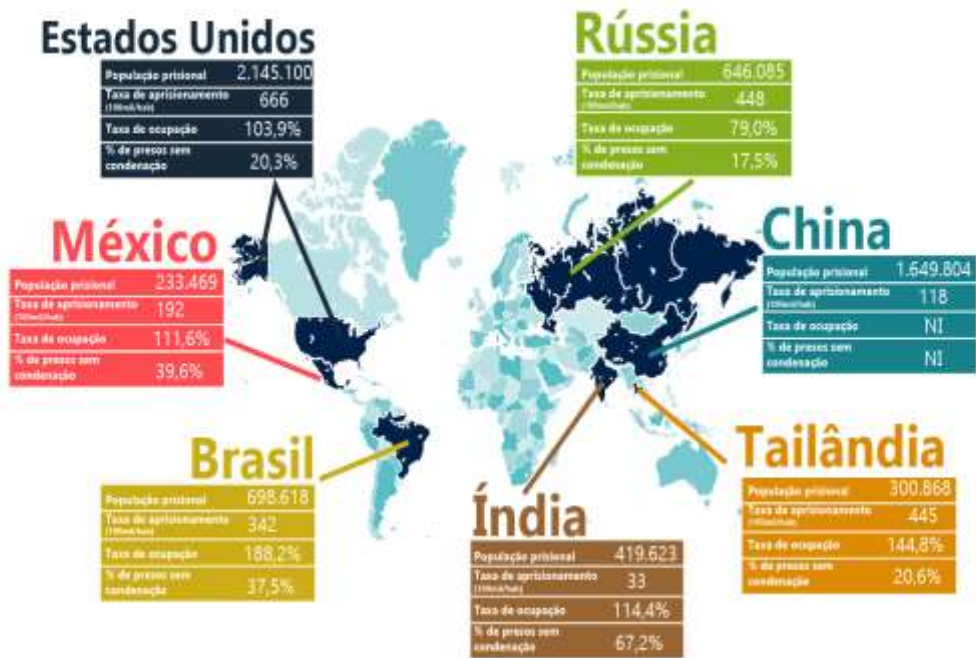
Disponível: <http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index>>;
Acessado em: 27/04/2018

ANEXO A – POPULAÇÃO CARCEÁRIA NO BRASIL



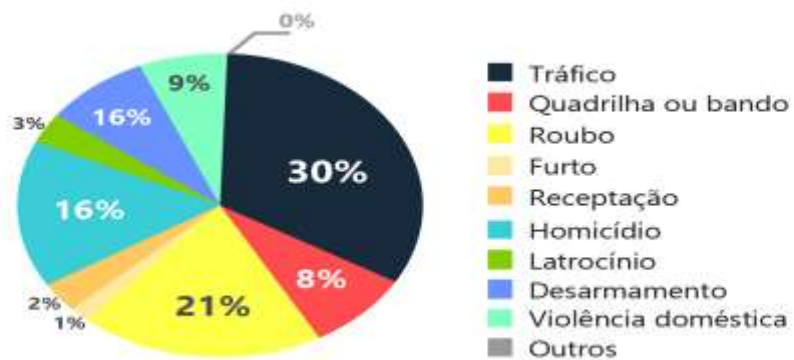
Extraído do Relatório Infopen e 2016.

ANEXO B – ANÁLISE COMPARADA



Fonte: Infopen 2016.

ANEXO C – DISTRIBUIÇÃO DE CRIMES NO SISTEMA FEDERAL



Extraído do Relatório Infopen e 2016.