

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO AMAZONAS – UEA**  
**ESCOLA SUPERIOR DE CIÊNCIAS SOCIAIS – ESO**  
**PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO EM SEGURANÇA PÚBLICA, CIDADANIA**  
**E DIREITOS HUMANOS**

**BRUNA MELLO DE MIRANDA FERNANDES**

**PACTO À FÓRCEPS:** a instituição do acordo de não persecução penal por meio de ato normativo infralegal (Resolução nº 181/2017 do CNMP)

Manaus/AM,  
2019

BRUNA MELLO DE MIRANDA FERNANDES

**PACTO À FÓRCEPS:** a instituição do acordo de não persecução penal por meio de ato normativo infralegal (Resolução nº 181/2017 do CNMP)

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública no Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (Mestrado Profissional) da Universidade Estadual do Amazonas – UEA

Linha de Pesquisa “Sociedade, Estado, Cultura e Segurança Pública”

Orientadora: Profa. Dra. Maria Nazareth da Penha Vasques Mota

Manaus/AM,  
2019

BRUNA MELLO DE MIRANDA FERNANDES

**PACTO À FÓRCEPS:** a instituição do acordo de não persecução penal por meio de ato normativo infralegal (Resolução nº 181/2017 do CNMP)

Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Segurança Pública no Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos (Mestrado Profissional) da Universidade Estadual do Amazonas – UEA

Linha de Pesquisa “Sociedade, Estado, Cultura e Segurança Pública”

Data de Avaliação: \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_

BANCA EXAMINADORA:

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Maria Nazareth da Penha Vasques Mota (Orientadora) – UEA

---

Prof. Dr. Dorli João Carlos Marques – UEA

---

Prof<sup>a</sup> Dra. Patrícia Fortes Attademo Ferreira – UEA

Para Bernardo, que, tal qual o fenômeno dromológico, já acelerou nossas vidas, encurtou as distâncias, estreitou as conexões, e mudou nossos planos, mas que não virá à força.

## **AGRADECIMENTOS**

Ao meu esposo, que me impulsiona e sempre colabora para a concretização dos meus planos. Obrigada, ainda, pela sugestão da temática que despertou intenso interesse acadêmico.

À orientadora Nazareth, que me acolheu como orientanda e tanto cuidou para que puséssemos termo ao presente trabalho a tempo da chegada de Bernardo. Sem tamanho empenho e empatia jamais concluiria a pesquisa em espaço temporal exíguo. Também foi de grande valia o acesso ao seu acervo particular, do qual extraí boa parte da bibliografia.

Ao professor Dorli, sempre tão disponível e solícito, meus sinceros agradecimentos pelos ensinamentos e pela valiosa contribuição com sugestões e apontamentos.

À professora Patrícia, que prontamente aceitou compor a Banca de Defesa, mesmo na iminência de sua ocorrência, minha eterna gratidão.

Por fim, a todos os responsáveis pelo êxito do programa de Mestrado, em razão da atenção e presteza que dedicaram durante todo o curso, ainda quando diante de desafios e imprevistos.

## RESUMO

FERNANDES, Bruna Mello de Miranda. **PACTO À FÓRCEPS**: a instituição do acordo de não persecução penal por meio de ato normativo infralegal (Resolução nº 181/2017 do CNMP), 2019. Orientador: Maria Nazareth da Penha Vasques Mota. 140 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Estadual do Amazonas – UEA. Escola Superior de Ciências Sociais – ESO. Programa de Pós-Graduação em Segurança Pública, Cidadania e Direitos Humanos. Manaus-AM, 2019.

**Resumo:** A presente pesquisa se refere ao instituto do acordo de não persecução-penal, inovação normativa introduzida por meio da Resolução nº 181/2017 do CNMP, e à análise de sua (in)constitucionalidade. Trata-se de estudo voltado a verificar acerca da (im)prescindibilidade de lei em sentido estrito para a introdução de mecanismos de consensualismo penal em sistemas jurídicos de *civil law*, como é o caso brasileiro. Para tanto, o trabalho considera o fenômeno dromológico; a demanda por abreviação dos processos criminais; o modelo de justiça criminal brasileiro; e a pré-existência de experiências similares em contextos jurídicos paralelos. Finda-se por tecer impressões preliminares (ou imprecisões preambulares) sobre o novel instituto, perpassando sobre o conceito de justiça, a fim de se proceder à apreciação dos dispositivos regulamentares do acordo e ao teor das duas ações diretas de inconstitucionalidade que já desafiou perante o STF.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução-penal. Consensualismo penal. Legalidade estrita. *Civil law*.

## ABSTRACT

FERNANDES, Bruna Mello de Miranda. **FORCEPS PACT**: the institution of the non-prosecution agreement through an infralegal normative act (CNMP Resolution nº 181/2017), 2019. Advisor: Maria Nazareth da Penha Vasques Mota. 140 p. Dissertation (Master). State University of Amazonas – UEA. Higher School of Social Sciences – ESO. Postgraduate Program in public Security, Citizenship and Human Rights. Manaus-AM, 2019.

**Abstract:** This research refers to the institute of the non-prosecution agreement, normative innovation introduced by CNMP Resolution nº 181/2017, and the analysis of its (in)constitutionality. This is a study aimed at verifying the necessity of law in the strict sense for the introduction of mechanisms of criminal consensualism in civil law legal systems, as is the case of Brazil. Therefore, the study considers the dromological phenomenon. The demand for abbreviation of criminal proceedings; the Brazilian criminal justice model; and the pre-existence of similar experiences in parallel legal contexts. Finally, we make preliminar impressions (or preambular inaccuracies) about the institute, going through the concept of justice, in order to proceed with the appraisal of the regulatory provisions of the agreement and the content of the two unconstitutional court proceedings that it has already challenged.

**Keywords:** Non-prosecution agreement. Criminal consensualism. Strict legality. Civil law system.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>I – O MODELO POLARIZADO DE JUSTIÇA CRIMINAL E A ACELERAÇÃO DA CRONOLOGIA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO.....</b>	<b>6</b>
1.1 Justiça Criminal distópica e Segurança Pública hipertrófica.....	14
1.1.1 As distorções na prevenção e na resposta criminal.....	18
1.1.2 Justiça Criminal distópica ou despótica?.....	19
1.1.3 Segurança Pública hipertrófica ou autotrófica?.....	20
1.2 A providência pela qual não se pôde esperar: o Projeto de Lei de rito sumaríssimo no novo CPP (PLS nº 513/2013) .....	21
<b>II – APRENDENDO COM O PASSADO: PAÍSES ANTECESSORES E INSTITUTOS ANTECEDENTES.....</b>	<b>25</b>
2.1 Consenso: de alternativa à instância judicial à ferramenta jurisdicional.....	25
2.2 Justiça Penal Consensual.....	28
2.3 Espécies precedentes no Brasil: desistência voluntária; arrependimento eficaz; arrependimento posterior; e circunstância atenuante da confissão.....	31
2.3.1 Transação Penal.....	37
2.3.2 Suspensão Condicional do Processo.....	41
2.3.3 Colaboração Premiada.....	44
2.4 Os casos alemão ( <i>Absprachen</i> ) e português (acordo negociado de sentença) .....	49
<b>III – IMPRESSÕES PRELIMINARES OU IMPRECISÕES PREAMBULARES?.....</b>	<b>54</b>
3.1 Imprecisão terminológica: acordo de não <i>denúnciação penal</i> .....	54
3.2 Imprecisão formal: poder <i>regulamentativo</i> .....	63
3.3 Imprecisão teórica: <i>injustiça</i> penal consensual.....	72
<b>IV – ENFIM, SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....</b>	<b>80</b>
4.1 O contexto de edição da Resolução nº 181/2017 do CNMP.....	109
4.2 ADI nº 5790 e ADI nº 5793.....	115
4.2.1 A ADI nº 5790.....	117
4.2.2 A ADI nº 5793.....	122
<b>CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>125</b>
<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>129</b>

## INTRODUÇÃO

O objeto de estudo da presente dissertação é o acordo de não persecução penal, instituído por meio do artigo 18 da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e a principal hipótese de pesquisa é justamente a de que este instrumento não poderia ter sido introduzido no ordenamento jurídico nacional via ato normativo infralegal.

Eis o porquê, então, da expressão “pacto à fórceps”, que intitula a pesquisa: o instituto padece de contradição desde a origem. Muito embora seu conteúdo encontre fundamento no consensualismo e no movimento de expansão do Direito Penal, pois se refere a um ajuste entre as partes (pacto), estabeleceu-se impositivamente, de maneira totalmente alheia à negociação característica do devido processo legislativo (à fórceps).

Quanto ao mérito inovativo do acordo de não persecução penal, este segue a tendência de maior flexibilização do processo penal inaugurada pela Justiça Penal Consensual, a qual por certo designa recorte epistemológico bem delineado, em especial nos países de tradição jurídica de *civil law*, como é o caso brasileiro. Já tivemos por absolutamente inconcebível a mera cogitação de ajustes entre acusação e defesa em matéria penal, pois a nossa herança do legalismo jurídico tende a engessar iniciativas dessa estirpe. Contudo, hoje a hipótese tem se tornado tema corriqueiro nas academias, na legislação e na doutrina jurídica.

A inversão paradigmática no contexto jurídico romano-germânico (*civil law*) se orienta pela constatação de frequente estancamento do fluxo processual penal, seja por que motivo for (sobrecarga das instituições imbuídas da persecução, abuso dos recursos processuais, observância inexorável das garantias, aumento da criminalidade, superlotação das prisões, déficit orçamentário, insuficiência de recursos humanos, tecnologia indisponível ou inacessível, etc.), o que resulta em prescrição, em arquivamento de procedimentos investigativos por ausência de provas, em demora excessiva na apuração, em condenações internacionais do Brasil, em prisões preventivas para a eternidade, isso quando não se incorre na tão insigne impunidade. Daí porque ANDRADE (2018, p. 23) aponta para uma virada na forma de se promover a justiça penal, mesmo nos países orientados pela tradição do Direito Romano:

O consenso na esfera criminal, pautado na simplificação procedimental, na autonomia do indivíduo e no acordo de vontades, *rompeu com o modelo clássico de processo,*

baseado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de confrontação inexorável entre as partes, permitindo a aplicação da lei penal de modo mais célere e satisfatório. (Grifo nosso)

Por óbvio que a tendência de introdução de espaços de consenso no âmbito penal soa, à primeira vista, façanha absolutamente infactível. A uma, em razão do caráter aflitivo e involuntário da pena criminal; a duas, porque via de regra a tutela penal diz respeito a bens jurídicos indisponíveis; a três, pois o litígio penal, por sua natureza, é sempre campo mais sensível e menos propício ao ajuste, interdita a “justiça com as próprias mãos”. E essas questões são potencializadas quando tomamos em conta o poder-dever de punir Estatal e a vedação da autotutela em matéria penal. Para JESUS (2011, p. 49):

(...) o Direito Penal tem na sanção o seu meio de ação. Com a abolição da vingança privada, só o Estado tem o direito de aplicar sanções. Só o Estado é o titular do *jus puniendi*, que é o Direito Penal subjetivo. Mesmo nos casos de legítima defesa e de ação penal privada, o exercício desses direitos não é transferido ao particular, pois o Estado conserva o monopólio do direito de punir.

Assim, se por um lado o extenso rol de garantias penais com *status* constitucional configura nominada conquista do Estado Democrático de Direito, limitando o poder punitivo, por outro lado traduz algum entrave à aplicação tempestiva e eficaz da lei penal. Apõe-se, então, um verdadeiro desafio persecutório, de proporções consideráveis. Isso porque demanda-se, a um só passo, a conjugação de repressão com proteção.

O malabarismo jurídico que se reclama para alcançar um meio-termo na tensão entre garantismo penal e a “garantia de pena” não é de todo exercício simplório. É exatamente sobre essa problemática que pretendemos nos debruçar no decorrer da pesquisa, combinando uma análise teórica acerca do consenso penal com uma abordagem pragmática sobre o acordo de não persecução penal, para além de perquirir acerca do (des)acerto na escolha da via institutiva do novel mecanismo de negociação.

Para tanto, resenhamos quatro capítulos, dos quais dedicamos o primeiro – O MODELO POLARIZADO DE JUSTIÇA CRIMINAL E A ACELERAÇÃO DA CRONOLOGIA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO – à contextualização das recentes mudanças no sistema de justiça criminal brasileiro ao fenômeno dromológico e às suas consequências jurídicas na sociedade de risco.

Afinal, a abreviação ou a omissão do processo penal correm sério risco de provocarem um definhamento das garantias, e há de se ter máxima cautela na adoção de

medidas que tendam para esse termo. Por isso, põe-se o sistema de justiça penal em busca da sincronização entre cronologia jurídica e dimensão temporal: eis o que se aborda nesse capítulo inaugural, perpassando-se tópicos sobre distorções funcionais e mutações esquemáticas no modelo brasileiro de *civil law*. Tratamos também da transição entre uma Justiça Criminal distópica para uma Justiça Criminal despótica, e de uma Segurança Pública hipertrófica para uma Segurança Pública autotrófica.

Ademais, procedemos ainda à análise da proposta de ritmo sumaríssimo constante do novo Código de Processo Penal – CPP (PLS nº 513/2013), indubitavelmente precursor de um espaço para o consenso no processo penal, mas cujo natural período de maturação legislativa foi atropelado pela iniciativa açodada do CNMP.

O segundo capítulo – APRENDENDO COM O PASSADO: PAÍSES ANTECESSORES E INSTITUTOS ANTECEDENTES – explicita o gradual processo introdutório de mecanismos de consenso no nosso ordenamento jurídico, desde a sua manifestação extraprocessual, na qualidade de alternativas à instância judicial, até a sua estabilização como verdadeiras ferramentas jurisdicionais. Procedemos à exemplificação de instrumentos consensuais constantes da legislação privada e ao relato do percurso evolutivo em direção à negociação na seara pública, mormente a penal.

Julgamos igualmente de extremo relevo o estudo de experiências similares em contextos jurídicos paralelos, de modo que selecionamos os mais representativos para efeito comparativo, como é o caso de Portugal e da Alemanha, ambos de tradição romano-germânica. As duas experiências estrangeiras com modelos similares de negociação são: a alemã com o *Absprachen*, e a portuguesa com o *acordo negociado de sentença*.

Assim, o capítulo se incumbe do relato desses emblemáticos ensaios consensuais em países de juridicidade análoga, registrando seus desfechos e bosquejando um panorama futuro em termos de consequências para o Brasil. De resto, realizamos ligeiro sobrevoo sobre institutos brasileiros de raiz teórica comum, quais sejam: transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada, cada qual em subtítulo próprio, confrontando-os com o acordo de não persecução penal.

Já o terceiro capítulo - IMPRESSÕES PRELIMINARES OU IMPRECIÇÕES PREAMBULARES? – ensaia a tessitura de um complexo retificatório, sem pretensão de esgotamento crítico, até mesmo porque a relativa novidade do acordo de não persecução penal demarca mandatória cautela nesse ponto. Identificamos, de plano, as primeiras imprecisões do instituto, apontando nossas percepções sobre terminologia, forma e sustentáculo teórico, organizadas em três subtítulos.

Apesar de a denominação do subtítulo inaugural – Imprecisão terminológica: acordo de não *denúncia penal* – fazer alusão à terminologia do instituto, inclusive com sugestão de nomenclatura mais adequada, a discussão suplanta um mero imbróglio sobre a inexactidão da expressão, para alcançar as razões teleológicas do equívoco. Traça-se a definição de persecução penal, com a correspondente distinção minudenciada entre o momento investigativo e o acusatório. O segundo subtítulo – Imprecisão formal: poder *regulamentativo* ocupa-se da (in)adequação do ato normativo que estabeleceu o acordo de não persecução penal. Discorre-se sobre o procedimento e sobre espécie e fonte normativas, especulando-se quanto à eventual correção das escolhas sobre a regulamentação. Nesse ponto, tratamos ainda dos limites da competência regulamentatória do CNMP, do princípio da separação dos poderes e da relevância do devido processo legislativo no Estado Democrático de Direito. Em terceiro lugar, o último subtítulo do terceiro capítulo – Imprecisão teórica: *injustiça* penal consensual – se refere mais ao teor do acordo em si, abstendo-se de uma pormenorização técnico-jurídica (a qual faremos apenas no quarto capítulo). Pretende-se, na realidade, um breve estudo da ideia de justiça, e das bases conceituais para a adoção de uma teoria da Justiça Penal Consensual.

Finalmente, o quarto e derradeiro capítulo – ENFIM, SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – volta-se inteiramente à apreciação dos dispositivos regulamentares da tratativa, um a um, sob a perspectiva da (in)constitucionalidade tanto formal quanto material do novo instrumento de consenso, além de relatar o teor das duas ações diretas de inconstitucionalidade pendentes de julgamento no STF, as ADIs nº 5790 e nº 5793.

Por certo que o arranjo esquemático do presente trabalho não reclama para si aspirações teóricas saturantes das possíveis abordagens do acordo de não persecução penal, ainda mais quando se toma em conta a fartura doutrinária em termos jurídicos, econômicos, e até psicanalíticos aplicáveis ao estudo. O intento é, em síntese, introduzir a temática moderna à discussão acadêmica, expondo-a a amplas e variadas perspectivas, de forma abrangente, sem

olvidar do panorama de ilegalidade e de violações que se inaugurou a partir da instituição do acordo em comento.

Pois bem. Apesar de medida pontualíssima e ainda limitada, a negociação criminal em sentido amplo é uma realidade no Brasil. A legislação pátria não é farta, mas certamente dispõe de bons exemplos desse influxo negocial. Desde já, adiantamos que a principal diferença entre os já consagrados mecanismos legais e o acordo de não persecução penal é justamente que este último, além de não constar de expressa previsão legislativa, revela-se *contra legem*, na medida em que ignora garantias penais de toda sorte. E é justo das fragilidades do arquétipo de uma negociação penal esboçado na Resolução nº 181/2017 que trataremos.

Conjectura-se, por conseguinte, acerca da juridicidade em sentido amplo: (i) legitimidade, (in)efetividade, (i)legalidade e até (in)constitucionalidade dessa modalidade de tratativa enquanto meio de solução consensual de conflitos na seara criminal. Superado o introito, prossigamos à pesquisa.

## I – O MODELO POLARIZADO DE JUSTIÇA CRIMINAL E A ACELERAÇÃO DA CRONOLOGIA JURÍDICA NA SOCIEDADE DE RISCO

A sociedade moderna está inserida numa conjuntura de aceleração cronológica que interfere diretamente no modelo de Justiça Criminal adotado. As respostas – inclusive as penais – devem ser rápidas e eficientes. Segundo LOPES JÚNIOR (2006, p. 26-36), o ritmo hiperacelerado da sociedade, fenômeno explicado pela Dromologia<sup>1</sup>, nos compele a um atropelo das garantias (processuais) penais, primando pela urgência na resposta punitiva. Nas palavras do autor, de convicção teórica puramente garantista, leia-se sobre o binômio tempo-direito:

A urgência – ou o Estado correndo atrás – deixa de ser uma categoria extraordinária para generalizar-se, com uma tendência de alimentar-se de si mesmo, como se de alguma forma uma das suas intervenções pedisse a seguinte. Ao não tratar do problema com a devida maturidade e profundidade, não há resultados duráveis.

[...]

Nesse cenário, juízes são pressionados para decidirem “rápido” e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais “acelerados”, esquecendo-se que o **tempo do direito** sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal. Tampouco acelerar a ponto de atropelar direitos e garantias do acusado. Em última análise, o processo nasce para demorar (racionalmente, é claro), como garantia contra julgamentos imediatos, precipitados e no calor da emoção. (p. 29. Grifos no original)

O tempo do direito há de acompanhar o ritmo da realidade. Mas isso não pode servir de subterfúgio para o movimento supressivo de direitos, ou de consunção das normas pelos fatos. O conceito de **sociedade de risco** (BECK, 2011), de que trataremos alhures, expõe perfeitamente o cenário no bojo do qual se tem redesenhado o atual sistema processual penal, e no qual se pensou o acordo de não persecução penal.

A Justiça Criminal tende a assumir uma lógica polarizada ou consensual. A opção pelo sistema polarizado significa que acusação e defesa ocuparão polos extremados de contornos bem traçados, num raciocínio de posições antagônicas e contrapostas. O sistema consensual, por sua vez, introduz o diálogo como ferramenta de negociação, em que todas as partes possuem ao menos algum interesse em comum – de encerrar a contenda, que seja – e empenham-se em firmar um acordo, esquivando-se da litigância. Recentemente, estamos

---

<sup>1</sup> Termo cunhado pelo filósofo francês Paul Virilio (1932-2018) a partir do radical *dromos* (corrida) para designar a ciência que estuda os impactos da velocidade e da aceleração na sociedade.

descobrimos que esses modelos não precisam necessariamente ser autoexcludentes. Há entre eles intersecções.

No Brasil, o ordenamento jurídico adota o modelo polarizado. Toda a organização da nossa Justiça Criminal leva-nos a essa conclusão, pois é estabelecida uma disputa binária que somente se dá por encerrada mediante a sucumbência, parcial ou total, de uma ou de ambas as partes. É a inteligência da prejudicialidade, e não da integração. Se um perde, o outro está inexoravelmente fadado a vencer, e vice-versa. Ocorre que o itinerário até a sentença é mensurado e tachado de (in)eficiente a depender de critérios não somente teleológicos, mas principalmente cronológicos e espaciais, o que cria campo propício para a abertura de espaços para abrigar o consenso.

Mas a concepção de tudo ou nada ainda é tão fortemente enraizada no nosso sistema que o processo penal admite que a defesa avente, subsidiariamente, teses completamente contraditórias entre si. O réu pode, na mesma peça processual, se dizer totalmente inocente pelas mais diferentes razões; admitir-se culpado; alegar atipicidade; alguma causa de exclusão de ilicitude; de culpabilidade; ou mesmo de extinção de punibilidade. O discurso soaria incoerente e até mesmo lunático, não fosse o fato de estar em jogo a liberdade e, mais que isso, o tempo do suposto criminoso.

As categorias **tempo** e **espaço** sempre foram determinantes no estabelecimento da ordem. O arranjo da regularidade – antes ainda: da normalidade – pressupõe que estejamos situados tanto temporal quanto espacialmente, bem como que saibamos dizer **quando** estamos e **aonde** estamos. Assim, ao despertar de um longo coma, o sujeito deve resposta àquelas duas perguntas sobre orientação espaço-temporal que compõem o protocolo médico, podendo até mesmo antecederem a indagação mais óbvia, qual seja: “quem é você?” ou “qual o seu nome?”. Mais ainda, para definirmos a nossa própria identidade, passamos necessariamente pela concepção espaço-tempo.

Nesse sentido, a denominada **escala de coma de Glasgow**, amplamente adotada pelos neurocirurgiões, indica como um dos fatores para aferição do nível de consciência do paciente com lesão aguda por trauma a capacidade de fornecer resposta verbal adequada acerca de seu nome, local e data (SETTERVALL; SOUSA, 2012). A mais ligeira confusão mental representa algum entorpecimento no funcionamento neurológico.

Logo, a localização segundo esses dois critérios fundamentais – tempo e espaço – nos orienta, e nos valida enquanto componentes de um corpo social. O que nos atesta enquanto cidadãos é a emissão documentação oficial, sem a qual somos tidos por párias. Os elementos essenciais de um documento de identificação abrangem informações precisas acerca do tempo, como as datas de nascimento e de expedição, e do espaço, como os locais de nascimento e de expedição. Mais que constituírem meros registros, esses dados atinem ao pertencimento cultural e ao momento político e social em que estamos inseridos.

Ocorre que a temporalidade não mais conecta apenas linearmente, e os espaços sofreram um radical encurtamento, de modo que vivemos na época da telepresença e da onipresença; da virtualidade e da simultaneidade. As ocorrências estão imbricadas, e tudo está interligado. A par das especulações financeiras, uma simples declaração infelizmente de um personagem proeminente na política tem o poder de derrubar a bolsa de valores, de elevar a cotação de determinada moeda, de interferir no turismo internacional, de reduzir as importações, de incentivar um certo nicho comercial em detrimento de outro, ou de instaurar a crise e declarar a guerra. É a era da ubiquidade e das dimensões (no plural).

Certamente as mudanças tecnológicas conduziram a uma reorganização do mundo, com implicações na velocidade para a realização de tarefas, no acesso à informação, na disseminação de doenças, no compartilhamento de recursos, na distribuição de bens, na conexão entre os mercados, na relação entre países e entre pessoas, e até na qualidade e na técnica dos serviços. Mas a principal alteração diz respeito à *psiqué* humana, dado o advento de um (contraditório) sentimento coletivo de solidão, de manifestações de ansiedade, e da demanda por aceleração nos resultados de tudo aquilo em que empregamos energia ou empenhamos tempo.

A mobilidade característica da globalização, ao revés de favorecer exclusivamente o deslocamento, viabilizou o **descolamento**, destacando e ressignificando os símbolos e os sistemas. Estar dentro ou fora é uma questão de ponto de vista. Na singular descrição de GIDDENS (1991, p. 18-19):

Por que a separação entre tempo e espaço é tão crucial para o extremo dinamismo da sociedade? Em primeiro lugar, ela é a condição principal do **processo de desencaixe** que passo a analisar de maneira breve. A separação entre tempo e espaço e sua formação em dimensões padronizadas, “vazias”, penetram as conexões entre a atividade social e seus “encaixes” nas particularidades dos contextos de presença. **As instituições desencaixadas dilatam amplamente o escopo do distanciamento tempo-espaço e, para ter este efeito, depende, de coordenação através do tempo**

**e do espaço. Este fenômeno serve para abrir múltiplas possibilidades de mudança liberando das restrições dos hábitos e das práticas locais. [...]** (Grifos nossos).

O mundo articulou-se em rede, de modo que cada ação tem reações recíprocas e tece conexões interdependentes de tal complexidade que perdemos a oportunidade de um mínimo controle sobre as consequências da menor das condutas. Os feitos atravessam o globo num ritmo inimaginável, e desencadeiam outros. Dá-se uma corrida de mapeamento global, não somente a nível territorial, mas de todas as coisas e seres. A informação ganha ares de suprapoder, promovendo a busca pelo esgotamento do conhecimento, como se isso fosse factível.

Mas o que isso tem a ver com Justiça Criminal? Pois bem. A aceleração do ritmo social desencadeou uma tendência de transição entre o modelo polarizado e o modelo consensual nos países de *civil law*. É fácil compreender o porquê: um sistema pautado pela lei é dotado de amarras muito bem atadas, que tendem a engessar qualquer processo decisório (no âmbito legislativo, judiciário ou executivo), e retardam a obtenção de resultados práticos.

Daí que a pretendida normalidade, ditada pelas categorias tempo e espaço, adquiriu novos parâmetros. A justiça convola-se inadvertidamente em **injustiça**, em razão simplesmente da velocidade com que produz efeitos. Então, o pragmatismo jurídico – de que trataremos mais adiante – passa a fazer sentido mediante a intensa demanda por respostas rápidas, pois é prospectivo, mira no futuro e consegue solucionar os casos a partir de elementos fáticos. Supera-se a noção de precedentes jurisdicionais, de legislação, porque esses são institutos que nos forçam a olhar para o passado, a nos pautar pela experiência, e pelo que já foi e não é mais.

Porque no modelo brasileiro não se poderia conceber um processo decisório à revelia da lei, aceleraram-se os procedimentos de normatização, gerando um inflacionamento legislativo. Novos diplomas esparsos são editados num ritmo extremamente ligeiro de proposição, discussão e aprovação nunca antes presenciado, quiçá imaginado. Cria-se um ordenamento marginal, fora dos códigos, tido por excepcional e especialíssimo, além de mais gravoso, quando em realidade sua incidência é mais recorrente que a da legislação ordinária.

Medidas drásticas também são sugeridas por Adam Benforado (2015). [...] Em outra proposta ousada, o pesquisador norte-americano sugere a abolição da *plea bargain*, mecanismo de transação penal que induz a assunção de culpa e confere um poder imenso à acusação, que está sujeita ao viés de confirmação forense. Esse instituto, muitas vezes festejado por profissionais de persecução penal, é um dos principais responsáveis pelo superencarceramento nos Estados Unidos: estima-se que 90% dos casos na esfera criminal naquele país sequer chega a ser julgada, sendo as penas de

prisão determinadas via plea bargain, estratégia que é contestável do ponto de vista da justiça do procedimento e dos direitos ao contraditório e à ampla defesa. Neste momento, uma proposta desse tipo possivelmente seria entendida no Brasil como uma forma sub-reptícia de oposição à Operação Lava-Jato, tendo em vista que o instituto da colaboração premiada, instituído em agosto de 2013 pela Lei n. 12.850, viabilizou e se tornou inerente à própria lógica das estratégias atuais de combate à corrupção. De toda forma, **o problema talvez não esteja na existência de um sistema de delação, mas em uma utilização indiscriminada que converta em regra uma medida excepcional.** (HORTA; COSTA, 2017. p.27. Grifos no original.)

O fenômeno que ora descrevemos também é notado por CHOUKR (2002, p. 64-65) e apresentado como a adoção de uma **cultura emergencial**:

Há de ser considerado como relevante ponto de investigação porque a influência emergencial é degenerante da normalidade, e não esta construtiva em relação àquela. [...] No campo jurídico, como influência de um comportamento sobre o outro, é inegável a pressão exercida pelos meios de comunicação, geradores que são de situações-limite, onde a resposta padrão passa pelas características da celeridade, supressão de direitos fundamentais e pela retórica autoritária do **algo precisa ser feito**. [...] Resta, pois, indagar o que resta da promessa redentora do discurso da emergência. Deve-se olhar o fundo da caixa de Pandora. (Grifos no original)

Em verdade, entendemos que mais que uma degeneração da normalidade, há uma subversão da ideia de normalidade. Quando o padrão normativo é o da emergência, essa se posiciona como centro do ordenamento, e não o inverso. Se é normal a aceleração social, então também normal que o direito se apresse em querer acompanhá-la.

É lição de ROUSSEAU (1983, p. 233):

**A inflexibilidade das leis, que as impede de ajustar-se às circunstâncias, pode, em certos casos, torná-las desastrosas e fazê-las provocar, num momento de crise, a ruína do Estado. A ordem e a lentidão das formas que elas impõem exigem um espaço de tempo que as vezes as circunstâncias recusam.** Podem apresentar-se mil casos para os quais o legislador não tomou qualquer providência, e uma parte altamente necessária da previsão é ser consciente de que nem tudo pode ser previsto. (Grifos nossos)

A nosso ver, não vivemos mais no futuro: vivemos para ontem, estamos sempre atrasados. O CNMP, no entanto, inaugurou um patamar inteiramente novo de aceleração da cronologia jurídica, porque desconsiderou o modelo de *civil law*, e levou o consequencialismo às últimas consequências, desapegando-se por completo dos princípios fundantes do sistema processual penal brasileiro.

Dentre os “considerandos” da Resolução nº 181/2017 do CNMP constam as mais diversas justificativas para a ousada manobra normativa, mas saltam aos olhos aquelas atinentes à sobrecarga de trabalho, ao acúmulo de processos criminais, à superlotação das prisões, à

necessidade de maior celeridade, agilização e economicidade, tudo indicativo da cultura da emergência descrita por CHOUKR (2002). Repare-se no teor das disposições regulamentativas:

Considerando a necessidade de permanente aprimoramento das investigações criminais levadas a cabo pelo Ministério Público, especialmente na necessidade de **modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade** e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa;

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, [...]** (Grifos nossos)

Ademais, o desprestígio conferido a casos “menos graves” no texto supratranscrito subestima a necessidade de intervenção penal justamente nessas hipóteses, até mesmo com escopo preventivo especial. É preciso, no entanto, esclarecer que não somos, de modo algum, avessos às soluções alternativas ou aos mecanismos de negociação. Afinal, justiça que tarda, ao contrário do que enuncia o ditado, é sim justiça que falha. A intervenção penal pode prescindir do processo, e pode inclusive dispensar o cumprimento de pena. O que não se pode admitir sob nenhuma circunstância é o vilipêndio de direitos processuais e penais fundamentais, instituídos com razão de ser e ao custo histórico de muitas lutas sociais.

Estamos a migrar, então, de um modelo polarizado para um modelo, senão consensual, ao menos *consensualizado*. A ironia é que isso tem se dado numa cadência de instantaneidade cada vez maior, até que instituições como o Ministério Público vejam-se autorizadas a fazê-lo de forma – paradoxalmente – impositiva.

Eis que, no âmbito penal, a nível mundial, tem lugar um movimento nitidamente expansionista, no sentido de pôr-se o Direito para o além-fronteiras territoriais e temporais. Não se pode confundir o fenômeno, no entanto, com a normatização jurídica supranacional, fundada na soberania, na coercibilidade e na responsabilidade internacional, ou com a estipulação de costumes, negócios ou compromissos entre Estados-nações (Direito Internacional Público).

Em verdade, cuidamos aqui de outra questão: da autoinfluência que ordenamentos jurídicos distintos exercem um noutro, e vice-versa. É signo da pós-modernidade que a tradicional oponibilidade entre os sistemas de *civil law* e de *common law* fragilizou-se, e que ambos os modelos encontram pontos de tangência e de intersecção com mais frequência. SUXBERGER e GOMES FILHO (2016, p. 377) assim explicam a expansão direito penal:

Isso acontece em razão do **rompimento das fronteiras** econômicas, culturais e políticas no contexto da globalização. Some-se a isso o **desenvolvimento tecnológico e industrial**, que trouxe novas relações de produção, comunicação e convivência na sociedade pós-moderna. Também, o **aumento da violência** e o **surgimento de novos riscos**, com novas formas de lesão aos bens jurídicos individuais e coletivos contribuem para indicar a insuficiência, na perspectiva da Política Criminal que inspira a maioria dos Estados de Direito, das respostas cíveis e administrativas. (Grifos nossos)

E isso se refere, em primeira instância, àquilo BECK (2011) traduz na expressão **sociedade de risco**, ou, nos dizeres de GIDDENS (1991), o correspondente às **consequências da modernidade**. Cada qual a seu modo, os autores abordam a globalização enquanto fenômeno contínuo incidente na ordem econômica, política e social que desencadeia um compartilhamento do que se toma por ameaça, pouco importando as classes sociais, os estamentos. Reivindica espaço um processo de universalização do perigo, de distribuição de males na sociedade.

Noutros termos, o coletivo passa a socializar o temor pelos mesmos riscos, e partilha de sensações e medidas preventivas comuns. Segundo BECK (2011, p. 57), “a sociedade de risco dispõe, nessa medida, de novas fontes de conflito e de consenso”. Trata-se, portanto, de gradação do perigo que se sobrepõe às diferenças entre os indivíduos, superando-as para direcionar as preocupações mundiais ao patamar da ressignificação do global. Veja-se:

A linha de base para a análise tem que ser a **inevitabilidade** de viver com perigos que estão **longe** do controle não apenas por parte de indivíduos, mas também de grandes organizações, incluindo os estados; e que são de **alta intensidade** e contem ameaça de vida para milhões de seres humanos e potencialmente para toda a humanidade. O fato de que eles não são riscos que alguém **escolhe** correr, e de que não há, nos termos de Beck, “outros” que poderiam ser responsabilizados, atacados e inculcados, reforça o sentido de agouro tantas vezes notado como uma característica da época atual. (GIDDENS, 1991, p. 101. Grifos no original)

Assim, a usual concepção de **inimigo** adquire novos contornos, e é substituída por um mal intangível, de difícil controle e mensuração. Isso é facilmente constatável na inversão da tutela penal, que antes voltava-se exclusivamente para a proteção de bens jurídicos individuais, e passa a se ocupar também de bens jurídicos coletivos e difusos, garantindo os

direitos metaindividuais. Hoje a sociedade continua a temer pela própria vida, liberdade e propriedade, mas considera ainda mais prioritários seus receios quanto à estabilidade econômica, à preservação ambiental, aos riscos nucleares e atômicos. Trata-se da espiritualização do direito penal, movimento de liquefação/dinamização/desmaterialização do bem jurídico tutelado.

Para nós, a expressão **sociedade de risco**, nesse contexto, assume mais outra significação. Além de a compreendermos no sentido originário como uma sociedade catastrófica, em que o estado de exceção ameaça converter-se em normalidade (BECK, 2016, p. 28), conferimos também um sentido conotativo, de que há um risco sobreposto e agregado a este: o de que a própria sociedade constitui o risco que tanto teme.

Não só a sociedade convive com a iminência de muitos perigos como também dela própria deriva a condição de ameaça, como característica que lhe é inerente. A tentativa de ordenação social pressupõe que, sem ela, não haja organização, a qual somente seria possível por intermédio do regramento jurídico. Mas essa ordem social sempre está por um fio, veja-se:

O homem é um ser naturalmente premido entre duas forças antagônicas: a **tradição**, que o amarra ao passado, e a **revolução**, que o liberta para o futuro. Esse *devenir* compõe sua natureza metafísica, estimulada por um condicionamento histórico-cultural mais ou menos injusto. Na vida social, estão sempre presentes alguma contestação da ordem estabelecida e alguma proposta de transformá-la. (MENDONÇA, 2002, p.80. Grifos no original.)

O Direito Penal costumava voltar-se ao passado, incidindo sobre condutas já consumadas ou ao menos tentadas em algum momento superado temporalmente. Tanto é assim que interdita está a punição da mera cogitação, pois esta não extrapolou o âmbito do pensamento para materializar-se de alguma forma.

Mas essa lógica punitiva não consegue vingar na sociedade pós-moderna. Hoje há condutas típicas que incluem a cogitação, tendo o *iter criminis* sofrido radical encurtamento. Surgem, assim, os delitos intencionais, denominados **crimes de resultado cortado** ou **crimes de consumação antecipada**. Bom exemplo da antecipação incriminatória para inclusão de atos anteriores à execução é o novo tipo penal do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260/2016, certamente inspirado pelo direito penal do autor e conseqüente do **Direito Penal do Inimigo**. Essa linha teórica, encabeçada por JAKOBS (2007, p. 49) encara a persecução penal como um combate às ameaças à segurança social:

[...] a função manifesta da pena no Direito Penal do cidadão é a contradição, e no Direito Penal do inimigo é a **eliminação de um perigo**. Os correspondentes tipos ideais praticamente nunca aparecerão em uma configuração pura. Ambos os tipos podem ser legítimos. [...]. Quem por princípio se conduz de modo desviado, não oferece garantia de um comportamento pessoal. Por isso, **não pode ser tratado como cidadão, mas deve ser combatido como inimigo**. Esta guerra tem lugar com um legítimo direito dos cidadãos, em seu direito à segurança; mas diferentemente da pena, não é Direito também a respeito daquele que é apenado; ao contrário, **o inimigo é excluído**” (Grifos nossos)

O rol de bens jurídicos tutelados torna-se muito mais abrangente, porque precisa incluir o temor das situações iminentes. Sobre essa antecipação da esfera de proteção jurídico-penal, leia-se o comentário de MASSON (2017, p. 115):

Dessa forma, trata-se de um Direito Penal prospectivo, com visão para o futuro, encontrando amparo no positivismo criminológico de Cesare Lombroso, Enrico Ferri e Rafael Garofalo, que clamava por um sistema penal em consonância com a real necessidade de defesa social, mormente quando estava assombrado por criminosos revestidos de indissociáveis aspectos endógenos. Deve ainda o Direito Penal do Inimigo antecipar a esfera de proteção da norma jurídica, adiantando a tutela penal para atingir inclusive atos preparatórios, sem redução quantitativa da punição. Ora, se o inimigo é um ser manifestamente voltado para os crimes e se a sua condição pessoal revela a ilicitude de sua atuação, não se pode esperar que ele pratique infrações penais para, posteriormente, cobrar-se repressão pelo Estado, como se dá com cidadãos comuns. Ao contrário, para manutenção da ordem deve ser combatida a sua periculosidade, impondo-se uma medida de segurança com a mera demonstração da futura e eventual prática de um crime.

Alguns desenlaces foram traçados para esse cenário de descompasso entre persecução penal e aperfeiçoamento criminoso, tal como o do **Direito Penal de terceira velocidade**, que coincide, em certa medida, com o **Direito Penal do Inimigo**, já que prega a flexibilização de garantias constitucionais a pretexto de assegurar o controle social. Poderíamos falar num sopesamento de princípios em que prepondera a segurança pública.

Nota-se, portanto, que a situação se torna mais complexa quando acrescentamos às duas categorias supra indicadas de tempo e espaço, também o **direito**. Curioso é reparar que, a pretexto de projetar-nos para o futuro, retrocedamos ao passado em termos de garantias penais.

### **1.1 Justiça Criminal distópica e Segurança Pública hipetrófica**

Já assentamos que o modelo de Justiça Criminal brasileiro é eminentemente polarizado, mas que tem introduzido cada vez mais fragmentos de consenso. E isso se dá principalmente porque quem conduz a atividade persecutória é o Ministério Público, *dominus litis*:

O desafio na persecução penal é a busca do equilíbrio entre o interesse social da responsabilização pela prática de um crime (prevenção e repressão) e a proteção dos direitos do acusado. E, tendo em vista que é ao Ministério Público que cabe, *com exclusividade*, o ajuizamento da ação penal pública, **a ele também é conferida a possibilidade de contribuir para o aperfeiçoamento dos procedimentos criminais a fim de que sejam dotados de maior participação democrática e garantias** (SIQUEIRA, p. 87. Grifos nossos)

Caso fôssemos instados a bosquejar uma silhueta institucional do Ministério Público no exercício da função criminal, seria genuíno que procedêssemos à associação mental do promotor de justiça ou do procurador da república a um personagem contendedor, de atitude enfaticamente contraditória e pouco predisposta à transação. O rascunho, embora grosseiro, condiz perfeitamente com a expectativa social que depositamos nos membros ministeriais a fim de que rivalizem para atingirem seu mister funcional.

Essa lógica se funda naquilo que GEERTZ (2006, p. 261) denomina **sensibilidade jurídica**, tendo a nossa as bases culturais nitidamente ocidentais. Noutros termos, a influência do modelo de *civil law* no nosso ordenamento jurídico fez fincar as raízes do direito brasileiro numa mentalidade fortemente voltada para a litigância. E, conforme vimos, a consequência de se ter como parâmetro o dissenso é atingirmos um sistema processual dotado de proporções agigantadas.

Mais especificamente quanto ao processo penal, temos que “diversamente do sistema inquisitorial, o **sistema acusatório** caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem **através do confronto** a solução justa do caso penal.” (LIMA, 2015, p. 40. Grifos nossos). Logo, apõem-se em sentidos diametralmente opostos os sujeitos de acusação e de defesa, uns contra os outros e vice-versa.

O processo (em especial o penal) é, por excelência, o arquétipo do conflito, no qual há, desde o princípio, certo desequilíbrio em desfavor do acusado. Por certo que há alguma ritualização que oficializa, concatena e de certo modo até civiliza a relação jurídica estabelecida desde antes da deflagração do processo. Contudo, a par do regramento procedimental, tudo o que se passa (ou deveria se passar) nos prazos pré-estabelecidos, na ordem cronologicamente ajustada, nas formas determinadas, perante as autoridades investidas de poder estatal, nada mais significa senão uma luta travada sob os insígnias e atentos olhos do Estado-juiz. É uma disputa lícita, com resultados legitimados pela fé pública.

Se o processo se originou a partir da prática de um desvio tachado como criminoso, a (pretensa) solução se encontra estritamente regulamentada, e dela não se pode desviar. Corrige-se a transgressão por meio da atenta observância da norma. Não é escusado agir violentamente porque se sofreu a violência. E é acertado falarmos em algum desequilíbrio, em favor do Estado, para que este esteja munido de vantagens com relação ao acusado. Vide, nesse sentido, o *status* inquisitorial tido por justificado do inquérito policial.

Sequer é possível dizermos que a contenda é finda por meio do processo. Em verdade, seria mais adequado afirmar que o processo é que é a contenda. No âmbito penal, qualquer tentativa de solução extrajudicial está, *a priori*, interditada, pois a vedação da autotutela é expressão máxima da supressão da realização da “justiça com as próprias mãos”. Assim, as pretensas resoluções promovidas à margem do direito também se submetem a ele.

A disputa judicial é, portanto, postura inconscientemente incentivada, eis que supostamente representa profissionalismo e proceder elogiável. A atuação do Ministério Público torna-se ainda mais evidente quando em se tratando da performance técnico-criminal. Isso porque a segurança pública é interesse social de primeira ordem, e a persecução penal é uma das incumbências do Ministério Público. Conta-se, então, com a proatividade ministerial no sentido de combater a criminalidade, evitar a impunidade e zelar pela execução das penas.

Portanto, o *Parquet* personifica a acusação, o que eivaria de incompatibilidade qualquer outra atividade que venha a anular esse perfil de imputação.

Pelo sistema acusatório, acolhido de forma explícita pela Constituição Federal de 1988 (CF, art. 129, inciso I), que tornou privativa do Ministério Público a propositura da ação penal pública, a relação processual somente tem início mediante a provocação de pessoa encarregada de deduzir a pretensão punitiva (*ne processat iudex ex officio*), e, conquanto não retire do juiz o poder de gerenciar o processo mediante o exercício do poder de impulso processual, impede que o magistrado tome iniciativas que não se alinham com a equidistância que ele deve tomar quanto ao interesse das partes. Deve o magistrado, portanto, abster-se de promover atos de ofício na faz e investigatória, atribuição esta que deve ficar a cargo das autoridades policiais e do Ministério Público. (LIMA, 2015, p. 40)

Numa análise topográfica do texto constitucional, não é tarefa árdua notar que a primitiva função institucional do Ministério Público listada na Constituição é justamente aquela atinente ao processo criminal. Leia-se: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei; [...]”. Ou seja, a atividade mais fundamentalmente associada ao Ministério Público é a acusatória.

Em oposição ao perfil ministerial demandista, muito tem se falado acerca do Ministério Público denominado “resolutista” ou “resolutivo”, consistente na atuação pautada por nova dinâmica, que prima pela efetividade e pelas soluções preferencialmente extrajudiciais. Essa reengenharia é tendência pertinente mais às finalidades institucionais que à estruturação dos órgãos (cultura organizacional).

Objetivando um alinhamento institucional nesse sentido, foi editada a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Veja-se a concepção de atuar resolutivamente constante do próprio texto recomendativo:

Art. 1º [...] §1º Para os fins desta recomendação, **entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível** por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações. (Grifo nosso)

Noutros termos: a mudança não implica necessariamente numa reorganização do Ministério Público, mas toma por ponto de partida obrigatório a resolução do mérito das demandas, estudando a fundo suas causas para não se restringir meramente aos sintomas da questão litigiosa. Não basta pôr fim ao processo, é preciso apor igual termo à contenda. É possível inclusive encerrar o caso sem sequer iniciar qualquer ação judicial.

Mas a bissecção teórica em modelos inquisitorial e acusatório, ao revés de viabilizar uma distinção estanque, ocasionou um espelhamento mútuo em que as características de um sistema refletem na imagem do seguinte. Ocorre que verificamos a gradativa mitigação dessa **sensibilidade jurídica** essencialmente combativa por meio da introdução de instrumentos processuais de justiça negocial. Nesse sentido, leia-se:

O negócio penal processual pode ser conceituado, de forma ampla, como um acordo entre acusação e defesa, com concessões mútuas de direitos penais e processuais, possibilitando uma solução antecipada para o conflito. [...], o negócio processual penal está presente tanto nas soluções despenalizadoras (transação e suspensão condicional do processo), como na colaboração, quando o investigado ou o acusado ou o sentenciado confessa e aponta outros fatos e autores, recebendo uma pena menor (barganha), evitando, em tese, o caminho longo do processo criminal. (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016. p. 384)

Muito embora hoje já se note forte tendência de incorporação de mecanismos mais consentâneos com o sistema de *common law*, dada a inspiração numa ideia de consenso, nossa práxis e nosso pensar ainda são tipicamente de *civil law*, o que traduz uma força de resistência em oposição à negociação de conflitos criminais. Vejam-se algumas das críticas da doutrina:

Assim, importante apontar que parte-se da hipótese de que a barganha e os mecanismos negociais em sentido amplo acarretam inevitáveis violações a premissas fundamentais do processo penal democrático – necessariamente concebido como instrumento de limitação do poder punitivo estatal – ao inviabilizar o exercício da defesa, distorcer os papéis dos atores no campo jurídico-penal, aumentar exponencialmente a possibilidade de condenações de inocentes, acarretar punições ilegítimas pelo exercício do direito ao processo, desvirtuar a presunção de inocência e o contraditório, dentre outras críticas patentes. Ademais, suas justificações apresentam questionável legitimidade ao fundamentar uma suposta necessidade sistêmica das negociações entre acusação e defesa, a qual oculta uma instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo em um cenário de expansão do direito penal, em que a realização da barganha seria supostamente limitada e legitimada por requisitos de admissibilidade ilusoriamente construídos, mas invariavelmente inoperantes na prática transacional. (VASCONCELLOS, 2014, p. 12-13)

Daí nosso modelo de Justiça Criminal transmuta-se num sistema absolutamente deslocado quando da tentativa de inclusão de ferramentas negociais que lhe são ontologicamente estranhas. A pretensão do momento é reduzir a intervenção judicial e aumentar a apuração extrajudicial, porque assim supostamente prega a lógica da eficiência retributiva. Logo, dá-se a patologização da persecução penal, mediante o bosquejo de uma Justiça Criminal **distópica** e de uma Segurança Pública **hipetrófica**.

### 1.1.1 As distorções na prevenção e na resposta criminal

No Brasil, muito embora se pretenda uma solução única para a questão da segurança pública, apartam-se as abordagens dadas ao problema. A começar pelas carreiras, que no intuito de obterem autonomia institucional, poder e até prestígio, demarcam seus extremos com absoluta precisão. Mas há, por óbvio, nuances de diversas ordens nessa providência seccionante. Tal qual relata LIMA, K. (2009, p. 28), os profissionais de justiça criminal não se confundem (nem querem ser confundidos) com os profissionais de segurança pública, e vice-versa. Veja-se:

Aqui, várias diferenças, a começar pelo contraste de sua bipartição, pois, oficial e legalmente, os profissionais de **justiça criminal** (promotores, juízes) não o são de **segurança pública** (policiais, agentes penitenciários, guardas municipais, bombeiros, etc) e vice-versa, ao contrário daqueles que trabalham no *criminal justice system*, categoria que se refere ao conjunto das instituições: polícia, *district attorneys*, juízes, advogados, agentes penitenciários e agentes encarregados de fiscalizar os

prisioneiros que se acham em livramento condicional ou os acusados que têm seu julgamento suspenso. (Grifos nossos)

O distanciamento (calculado) entre essas funções implica nas consequências (não tão adequadamente tramadas) que descrevemos na sequência.

### 1.1.2 Justiça Criminal distópica ou despótica?

Em geral, os **profissionais de justiça criminal** consideram-se num patamar de superposição acadêmica e de superioridade intelectual, reivindicando para si próprios as honrarias típicas de agentes dignitários, bem como usufruindo de certas prerrogativas próprias de autoridades. A demanda por uma postura imparcial tanto por parte dos magistrados quanto por parte dos promotores e procuradores de justiça na qualidade de fiscais da lei subverte-se numa distinção **despótica**.

Sabe-se que o ingresso na magistratura ou na promotoria é precedido de árduo processo seletivo, composto de numerosas fases, de gradativa dificuldade. Demanda intenso e longo preparo acadêmico, leitura e apreensão de doutrinas, jurisprudências, legislações, e exige o desenvolvimento de raciocínio jurídico e de interlocução. Não bastasse, ainda requer resultado satisfatório em exame psicotécnico, ausência de antecedentes criminais e lisura na vida pública (a famigerada “reputação ilibada”). Cumprir tantos requisitos certamente é tarefa para a qual poucos se propõem, e a seletividade é o intuito mais que evidente.

A escolha não se resume somente à capacidade intelectual, mas persiste no pós-assunção da função pública, eis que exige a manutenção de postura ilibada durante todo o exercício do cargo. Exige-se dos magistrados, principalmente quando atuantes na seara criminal, em situação ainda mais peculiar que a dos promotores ou procuradores, que adotem uma posição de distanciamento generalizado, tanto na vida profissional quanto pessoal.<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> O Estatuto da Magistratura (Lei Complementar nº 35/1979) assim prevê: “Art. 35 - São deveres do magistrado: [...] VIII - manter conduta irrepreensível na vida **pública** e **particular**.” (Grifos nossos), enquanto a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei nº 8.265/1993) dispõe o seguinte: “Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: I - manter ilibada conduta **pública** e **particular**;” (Grifos nossos).

Predomina, aqui, a forma de produção da verdade que LIMA, K. (2009, p. 29) batiza “lógica adversária”, própria da seara científica. Há novas dimensões sociais bem apartadas: a dos leigos e a dos técnicos.

Essa categorização origina uma autopercepção fundada basicamente no patamar **distópico**, completamente desquitado da efetividade e da realidade, o que tende a ceder espaço para as críticas dos consequencialistas. Mais ainda, esse modo de ser, ao mesmo tempo imposto e condenado à Justiça Criminal, resulta numa atitude **despótica**, porque a ideia de superioridade intelectual situa os juristas num plano de compreensão totalmente inacessível às pessoas comuns, facultando-os que decidam como bem entenderem, sem consultar a sociedade.

A motivação de seus atos, porque eminentemente jurídica, afigura-se sofismática e dá azo a iniciativas como a do CNMP, ainda que sob o aparente e declarado intuito de celeridade e de consenso.

### **1.1.3 Segurança Pública hipetrófica ou autotrófica?**

Já os **profissionais da segurança pública**, de regra entendem-se munidos de uma capacidade de execução acompanhada da sensação de isolamento, destacados que estão dos sistemas ordinários da justiça, vistos por eles como morosos e ineficientes. Daí que a atuação conjunta dos policiais em geral e dos agentes penitenciários transmuda-se em corporativismo, na pior acepção da palavra.

Essa categorização, por sua vez, inicialmente resulta numa atividade **hipertrófica**, que se visualizando maior e mais potente, se impõe à revelia e a par dos meios regulares. Não é por acaso que a incidência de violação de garantias na ânsia pela realização da persecução penal investigativa infelizmente é de alguma ocorrência nos inquéritos policiais. Isso acontece em certa medida pelas próprias características do procedimento, sigiloso e inquisitorial, mas também devido à identidade institucional da polícia como uma força de proporções agigantadas, superpotente e eficiente, dispensada da legalidade.

Ao menor deslize essa autopercepção se convalesce numa postura **autotrófica**, como a segurança pública bastasse a si própria, dispensando qualquer iniciativa ministerial ou qualquer determinação judicial. O raciocínio constitui-se basicamente da eliminação da segunda parte do jargão popular “a polícia prende; o juiz solta”.

Eis os riscos da desvalorização do Poder Judiciário, ao menos no modelo brasileiro tal qual conhecemos, enquanto mantenedor dos direitos fundamentais. Em verdade, é preciso lembrar que, salvo nos casos de flagrante delito, quem determina a prisão é exclusivamente o magistrado, não a polícia, e que muitas vezes a soltura do investigado é não somente necessária como também se dá em razão de alguma ilegalidade perpetrada na fase investigativa.

## **1.2 A providência pela qual não se pôde esperar: o Projeto de Lei de rito sumaríssimo no novo CPP (PLS nº 513/2013)**

Ao contrário do que possa parecer, a preocupação com o sopesamento entre retribuição penal e proteção de direitos não é exigência recente. Patente que o Código Penal vigente foi instituído por Decreto-lei (e recepcionado com *status* de lei pela Constituição de 1988) datado de 1940, bem como que entrou em vigor no ano subsequente. Tratam-se, assim, de disposições normativas que sobre-existem há certo lapso temporal, mas que desde sua elaboração afiguram-se antiquadas. Veja-se na respectiva Exposição de Motivos:

Lei nº 7.209/84: 5. Apesar desses inegáveis aperfeiçoamentos, **a legislação penal continua inadequada às exigências da sociedade brasileira**. A pressão dos índices de criminalidade e suas novas espécies, à constância da medida repressiva como resposta básica ao delito, a rejeição social dos apenados e seus reflexos no incremento da reincidência, a sofisticação tecnológica que altera a fisionomia da criminalidade contemporânea, **são fatores que exigem o aprimoramento dos instrumentos jurídicos de contenção do crime**, ainda os mesmos concebidos pelos juristas na primeira metade do século. (Grifos nossos)

Da mesma forma, a Exposição de Motivos do Código de Processo Penal ratificou o intuito de conferir maior celeridade à resposta penal, admitindo a urgência na elaboração de novas técnicas contentivas e repressivas da criminalidade:

Decreto-Lei nº 3689/41: II – [...]. As nossas vigentes leis de processo penal asseguram aos réus, ainda que colhidos em flagrante ou confundidos pela evidência das provas, um tão extenso catálogo de garantias e favores, que **a repressão se torna, necessariamente defeituosa e retardatária, decorrendo daí um indireto estímulo à expansão da criminalidade**. [...] (Grifos nossos)

Portanto, há muito se reconhece a necessidade de adoção de novos mecanismos para coibir a criminalidade. O encurtamento dos processos – inclusive do legislativo – se apresenta como pretensa solução para o descompasso entre criminalidade e persecução penal. MENDRONI (2016, p. 7) alerta, então, para a necessidade do desenvolvimento de novas técnicas de investigação:

Já **não são suficientes** somente os métodos de investigação previstos no Código de Processo Penal de 1942 e, até que não seja revisto, mister a edição de leis especiais que possam suplementar as suas lacunas.

Assim é que, **embora no melhor estilo brasileiro de remendar e retalhar o que já existe, foram sendo publicadas inúmeras leis no afã de viabilizar a Administração da Justiça a dar resposta minimamente eficiente à criminalidade contemporânea**, através destas leis que, bem ou mal, estabelecem **mecanismos processuais de investigação adaptados aos meios tecnológicos colocados à sua disposição**. (Grifos nossos)

O CNMP, na ânsia de atender à demanda pela aceleração da cronologia jurídica, estafou-se de aguardar o processo legislativo regular, e não quis esperar pelo termo do trâmite normativo das providências de agilização do processo penal. A que mais coincide com o acordo de não persecução penal encontra-se hoje em tramitação na Câmara dos Deputados e se trata de uma proposição legislativa (Projeto de Lei nº 8.045/2010) de reforma do atual Código de Processo Penal – CPP, de autoria do Senador José Sarney (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009), a qual, além de promover alterações estruturais e instrumentais no procedimento jurisdicional da persecução penal, prevê a inclusão de verdadeiro instrumento de justiça (processual) penal negocial. Incumbiram-se da elaboração juristas em Comissão coordenada pelo Ministro Hamilton Carvalhido e sob a relatoria de Eugênio Pacelli de Oliveira.

No que nos interessa, em seu artigo 283, a proposta de texto legal inova ao prever a possibilidade de celebração de um acordo no bojo do procedimento sumário entre o Ministério Público e o réu, este devidamente acompanhado de defensor, com submissão ao juiz para homologação. Repare-se que não há, até então, precedentes dessa natureza no atual sistema jurídico. Consta da Exposição de Motivos do Anteprojeto o seguinte:

De outro lado, e atento às exigências de **celeridade e efetividade** do processo, modifica-se o conteúdo do procedimento sumário, mantendo-se, porém, a sua nomenclatura usual, para dar lugar ao rito de imediata aplicação de pena mínima ou reduzida, quando **confessados os fatos e ajustada a sanção entre acusação e defesa**. A sumariedade do rito **deixa de se localizar no tipo de procedimento para passar a significar a solução final e célere do processo**, respeitando-se a pena em perspectiva, balizada pelo seu mínimo, com a possibilidade de ser fixada abaixo dele. **A alternativa consensual não desconhece e nem desobedece, contudo, aos padrões de reprovabilidade já consagrados na legislação penal, limitando-se a possibilidade de sua aplicação aos delitos cuja pena máxima não seja superior a oito anos**. (Grifos nossos)

Muito embora a intenção seja de inovação legislativa, é certo asseverar que após a apresentação de emendas e elaboração de substitutivo, os parlamentares se ativeram a algumas providências de cautela na proposição, eis que se preocuparam em:

- a) restringir a possibilidade de acordo aos crimes com cominação máxima de pena **até 8 (oito) anos** (art. 283, *caput*);

Entendemos, contudo, que o alargamento demasiado do intervalo sancionatório dos crimes abrangidos pelo instituto implica numa inclusão equivocada de infrações de alto potencial ofensivo, dado que lhes correspondem penas mais graves. Nesses casos, seria mais adequado que a ação penal tivesse lugar, deixando os espaços de consenso para situações que o Direito Penal julga de menor relevância.

- b) garantir que o acusado **confesse** total ou parcialmente os fatos imputados (art. 283, §1º, inciso I)

A assunção de culpa, conforme trataremos alhures, porque imposta como condição para a negociação, representa conduta coercitiva que contradiz a intenção negocial. No entanto, afigura-se perfeitamente cabível se imposta por lei, e válida somente se confirmada perante a autoridade judicial, durante o processo.

- c) admitir a negociação no curso do processo penal, mas somente **após o recebimento da denúncia** (art. 283, *caput*);

Em que pese seja comedida a providência de se fixar o marco para a tratativa após o exercício da persecução penal acusatória, o legislador perdeu a oportunidade de dispensar a ação penal em casos excepcionais, por óbvio submetendo o acordo à homologação pelo magistrado. É que a disposição pressupõe o processo penal, num rito específico – o sumaríssimo – para que haja a negociação.

- d) prever como limite temporal para a pactuação o **início da instrução probatória**, bem como a renúncia expressa das partes à sua produção (art. 283, *caput* c/c §1º, inciso III);

Repare-se que ao impedir a instrução probatória dá-se o impedimento do ingresso no mérito da contenda, o que é de todo razoável, pois isso pode inviabilizar a pactuação, estimulando a disputa ou a conduta predisposta ao embate.

- e) submeter o acordo à **homologação judicial**, ainda que restrita aos aspectos formais da tratativa (art. 283, *caput*);

De fato, a análise judicial há de se restringir à legalidade e à constitucionalidade do acordo, atendo-se o poder decisório à homologação ou não da negociação, em atividade estritamente fiscalizatória.

- f) assegurar a assistência do acusado por **defensor técnico** (art. 283, *caput*);

A disposição soa redundante e dispensável, embora não prejudique, pois o acordo se dá no bojo da ação penal, para a qual, como em quase todo processo judicial, é imprescindível a defesa técnica.

- g) viabilizar o cabimento de **substituição de pena privativa de liberdade, e de suspensão condicional da pena** (art. 283, §2º)

Acertou-se o legislador ao prever a extensão da possibilidade de obtenção de tais benefícios, uma vez que, caso o processo penal seguisse seu curso regular, e atendidos os requisitos, o acusado faria jus a essas concessões. A isonomia conferida entre ambas as hipóteses faz crer que de fato a negociação pode vir a ser vantajosa para o acusado.

- h) fazer constar expressamente que a sentença de homologação do acordo é **condenatória para todos os efeitos** (art. 283, §8º)

Tal como na exigência de confissão, o efeito da reincidência aproxima os efeitos do acordo judicial aos condenatórios de uma ação penal, o que faz refletir acerca do verdadeiro bônus (celeridade?) que teria o acusado ao optar por negociar ao invés de render-se a eventual desfecho jurisdicional.

De todo modo, a par dos breves comentários que tecemos supra, o CNMP não pôde esperar o término da tramitação da proposição, que certamente ainda sofrerá muitas adequações, remendos, retiradas, reproposições, podendo, ao final, sequer ser aprovada. Mas, como se sabe, o processo legislativo é um tanto moroso e muitas vezes até contraproducente, mas estritamente necessário.

De início, o CNMP elegeu um critério de política criminal para dizer o que pode, ou, não ser objeto da atuação criminal do Ministério Público nacional. E aqui fica a pergunta: qual foi o critério adotado para esse **ponto de corte**, que contraria, inclusive, um indicativo já dado pelo Poder Legislativo (Projeto de Lei do Senado nº 156/2009 e Projeto de Lei nº 8.045/2010), ao eleger crimes punidos com até 8 anos de pena privativa de liberdade como atingíveis pelo que está se propondo como novo procedimento sumário para o país. Deram-se mostras, portanto, que o CNMP pretendeu ser mais legislador que o próprio legislador não só por criar um instituto processual em claro ferimento ao artigo 22, inciso I, da Constituição Federal (como já explorado acima), mas também, por estipular um critério que o legislador sequer aventou nos projetos de lei em que, por meio de legítima atividade legislativa, está procurando inserir em nosso ordenamento jurídico. (FISCHER; ANDRADE, 2018. p. 227. Grifo no original)

## II – APRENDENDO COM O PASSADO: INSTITUTOS ANTECEDENTES E PAÍSES ANTECESSORES

### 2.1 Consenso: de alternativa à instância judicial à ferramenta jurisdicional

A saída para a crise do processo penal foi esboçada inicialmente por vias alternativas, desenhadas à margem do sistema criminal tradicional. É que a pós-modernidade desencadeou um embate direto à morosidade e à inefetividade da justiça em geral, questionando se o processo penal tem de fato servido aos objetivos de pacificação social. Como vimos, o superencarceramento, a sobrecarga jurisdicional, a impunidade, a lentidão processual, o aumento da criminalidade e o contexto social de urgência redimensionaram a demanda por uma resposta penal célere e capaz. Então, se o processo não é instrumento eficaz, nada mais coerente do que se trilhar novos caminhos, fora daqueles limites estanques e renhidos da disputa acusatória.

Algumas iniciativas pretenderam contornar o processo judicial, impedindo seu seguimento ou até mesmo obstando seu princípio. A valorização da vontade das partes e a oportunidade que lhes é conferida de protagonizar o direcionamento da solução do litígio na seara privada foram tomadas por empréstimo também no âmbito público, em que se interditava a autotutela em razão de um interesse superior, a exemplo do campo dos direitos indisponíveis.

A fim de eliminar o processo ou de encerrá-lo antecipadamente, a contratualização migrou ainda para o espaço da pretensão punitiva estatal, estabelecendo-se ora como instrumento, ora como fase processual. Mas é certo que o campo penal sempre apresentou maiores resistências à utilização do consenso como recurso resolutório. Assim adverte LEITE (2013, p. 28) acerca das ressalvas que circundam o tema:

Apesar das vantagens atribuídas ao modelo do consenso – especialmente, a celeridade na resposta jurisdicional, o emprego de técnicas de conciliação, a economia de recursos para os órgãos da justiça – **os obstáculos emergem quando se transpõem para a esfera criminal ideias como acordo, autonomia da vontade e negociação.** Os institutos consensuais, sobretudo aqueles que acarretam a aplicação de pena, ensejam fortes discussões quanto à legitimidade constitucional e à compatibilidade com os fins do processo.

Se considerarmos a *suma divisio* (direito público *versus* direito privado), no entanto, o ramo processual privado não somente apressou-se em aderir à negociação como igualmente

positivou de logo a possibilidade de sua incidência. Afinal, certamente é mais natural admitir a pactuação de direitos atinentes eminentemente à esfera pessoal do transator.

Expressão corriqueira desse movimento consensualista na seara cível são os modos alternativos de resolução de conflitos (MARC), que teriam lugar inicialmente para além do Poder Judiciário. Idealizados antes como maneiras de escapar da instância jurisdicional, os MARC, quais sejam: a mediação, a conciliação e a arbitragem, são métodos de solução componentes de um sistema de justiça multiportas no qual se busca uma resposta adequada para cada litígio, mas que hoje foi incorporado pelo Judiciário (art. 3º, §§ do NCPC).

As subespécies mediação e conciliação, ressalvadas diferenças técnicas que as apartam<sup>3</sup>, são ambas formas de autocomposição, em que as próprias partes se conduzem ao acordo, com maior ou menor auxílio. A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015) regulamenta a aplicação da técnica, estabelecendo hipóteses de mediação judicial, extrajudicial e até a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública, prevendo a criação de Câmaras de Prevenção e Solução Administrativa (art. 32).

Já a arbitragem é modelo heterocompositivo, tal qual o jurisdicional, mas no qual as partes elegem previamente o árbitro. Na novel legislação civil, não restam dúvidas de que ela foi abarcada pelo sistema judicial, tanto mais que é equivalente jurisdicional<sup>4</sup>. Ademais, embora seja forma de resolução de conflitos privativa dos direitos disponíveis (art. 1º da Lei nº 9.307/1996), pode o Estado dela valer-se (§1º do art. 1º da mesma Lei de Arbitragem) quando em se tratando de interesse público secundário.

A pretexto de reduzir a litigiosidade e promover a justiça, a negociação afetou amplamente os nichos de conflito jurídicos e/ou fáticos. Logo, o modelo consensualista em voga perpetuou-se na legislação, alcançando até mesmo a esfera pública, que antes era vista como intangível, em razão de zelar por interesses tidos inegociáveis.

Nesse esteio, os artigos 26 e 27 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), recentemente incluídos pela Lei nº 13.655/2018, facultam a celebração de

---

<sup>3</sup> Em síntese, o conciliador está autorizado a propor soluções do conflito às partes, interferindo ativamente na negociação e sugerindo formas de acordo; enquanto o mediador somente as conduz na resolução que deve ser protagonizada por elas próprias. Além disso, há espécies distintas de litígios em que se recomenda a atuação do conciliador ou do mediador, conforme for o caso.

<sup>4</sup> Para parte da doutrina, arbitragem é jurisdição.

compromisso de direito público entre o Estado e os interessados, permitindo o estabelecimento de compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos. A regulamentação dos dispositivos (Decreto nº 9.830/2019) versa ainda sobre o Termo de Ajustamento de Gestão, a fim de corrigir falhas dos agentes públicos que não gerarem prejuízo ao erário por dolo ou erro grosseiro. Há ainda o artigo 174 do NCPC, que reforça a expansão dos métodos de negociação ao estipular que os entes federativos criarão Câmaras de Mediação e Conciliação para solução consensual e administrativa dos conflitos.

Essa inclinação para a composição pactuada de interesses no processo em geral – e até em procedimentos extraprocessuais – é expressão da democracia, pois incentiva a participação, a consulta aos interessados e o diálogo. A justiça passa a se horizontalizar, convocando as partes a comporem a melhor resolução para suas próprias questões e concedendo definitividade e fé pública aos acordos celebrados.

Eis a inspiração, por exemplo, também para o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), previsto tanto no artigo 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei nº 8.069/1990), quanto no artigo 5º, §6º da Lei de Ação Civil Pública – LACP (Lei nº 7.347/1985)<sup>5</sup>. E, embora haja a esse respeito a Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do CNMP regulamentando a tomada do compromisso de ajustamento de conduta, verifica-se que a temática da normativa foi precedida de previsão legal, ao contrário da hipótese do acordo de não persecução penal, este último esboçado à revelia da lei. Acresça-se ainda que a referida normativa assevera taxativamente que o TAC não pode implicar em renúncia a direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos (artigo 1º, §1º da resolução<sup>6</sup>). Noutros termos, a pactuação sempre estará limitada, concentrando-se naquilo que for transacionável por não ser essencialmente público.

Da mesma forma, apesar de não constituir uma negociação em sentido estrito, a participação do *amicus curiae* pode ser considerada uma forma ampliativa do diálogo no processo, estendendo o espectro de discussão acerca do conflito para outras figuras

---

<sup>5</sup> Possibilidade incluída pelo art. 113 do Código de Defesa do Consumidor (CDC), em 1990.

<sup>6</sup> Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017, do CNMP: “Art. 1º [...] § 1º Não sendo o titular dos direitos concretizados no compromisso de ajustamento de conduta, não pode o órgão do Ministério Público fazer concessões que impliquem renúncia aos direitos ou interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, cingindo-se a negociação à interpretação do direito para o caso concreto, à especificação das obrigações adequadas e necessárias, em especial o modo, tempo e lugar de cumprimento, bem como à mitigação, à compensação e à indenização dos danos que não possam ser recuperados.”

representativas da controvérsia. Já prevista no artigo 20, §1º da Lei de Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI e de Ação Declaratória de Constitucionalidade – ADC (Lei nº 9.868/1999) e no artigo 6º, §§1º e 2º da Lei de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF (Lei nº 9.882/1999), hoje a possibilidade foi regulamentada pelo artigo 138 do NCPC como modalidade de intervenção de terceiros.

Outro exemplo é o Acordo de Leniência, previsto no artigo 16 da Lei nº 12.846/2013, que permite à pessoa jurídica firmar compromisso perante a administração pública a fim de se responsabilizar administrativamente e de reparar o dano causado.

Se antes estratégias como essas (alternativas à instância judicial) tinham o condão de evitar o processo, este passou então a abrangê-las (ferramentas jurisdicionais), para abreviar-se. De formas substitutivas da via jurisdicional elas se converteram em procedimentos agregados pelo Poder Judiciário, e ocorrem também no curso do processo judicial.

Em lugar de negociação como fuga da jurisdição, a própria justiça se tornou igualmente negociada. Pouco importa se as tratativas se dão no curso de procedimentos administrativos ou no bojo de processos judiciais, mediante o exercício do poder jurisdicional: interessa que representem medidas de justiça, desde que dentro dos parâmetros legais. E, diante do êxito dos resultados, o novel método de solução expandiu-se para abarcar o meio criminal.

## 2.2 Justiça Penal Negocial

Não são mais escassos os espaços abertos ao consenso na esfera penal. Enfatiza-se, hodiernamente, a função preventiva da pena, mais que a meramente retributiva. A constatação de GUYAU (2007, p. 56-59), quando tece crítica à ideia de sanção, é nesse sentido:

Sigamos, com efeito, a marcha da sanção penal com a evolução das sociedades. Na origem, o castigo era muito mais forte que a falta, a defesa ultrapassava o ataque. [...] Só com o tempo o homem percebe que não é mesmo útil, para sua conservação pessoal, proporcionar a pena infligida ao sofrimento recebido. Ele tente, portanto – e tenderá cada vez mais, no futuro –, a diminuir a pena. **Economizará os castigos, as prisões e as sanções de todo tipo. Esses são gastos de força social perfeitamente inúteis, a partir do momento em que ultrapassam a única finalidade que os justifica cientificamente: a defesa do indivíduo e do corpo social atacado.** [...] Assim, quanto mais avançamos, mais a verdade teórica impõe-se até mesmo às massas e modifica a necessidade popular de castigo. **Hoje, quando a sociedade castiga, não é nunca pelo ato que foi cometido no passado, mas é por aqueles que o culpado ou outros, seguindo seu exemplo, poderiam cometer no futuro.** (Grifos nossos)

Isso não significa que um raciocínio penal abolicionista seja o mais adequado. Muito ao revés, o que se pretende inaugurar no campo punitivo é a crescente participação do autor de infração penal no procedimento decisório acerca da reparação de sua conduta, e eventualmente até mesmo a sua adesão à solução penal<sup>7</sup>, a fim de assegurar a eficácia do desfecho pactuado.

E, nessa mesma linha, a justiça restaurativa, em marcada oposição à vigência exclusiva da justiça retributiva, orienta-se pela lógica da vitimologia e pela reparação em lugar da repressão pura e simples. MASSON trata do tema (2017, p.627):

Atualmente, entretanto, surge uma nova proposta, consistente na justiça restaurativa, fundada basicamente na restauração do mal provocado pela infração penal. Essa vertente parte da seguinte premissa: **o crime e a contravenção penal não necessariamente lesam interesses do Estado, difusos e indisponíveis**. Tutela-se com maior intensidade a **figura da vítima**, historicamente relegada a um segundo plano no Direito Penal. Dessa forma, relativizam-se **os interesses advindos com a prática da infração penal, que de difusos passam a ser tratados como individuais, e, conseqüentemente, disponíveis**.

A partir daí, o litígio – antes entre a justiça pública e o responsável pelo ilícito penal – passa a ter como protagonistas o ofensor e o ofendido, e a punição deixa de ser o objetivo imediato da atuação do Direito Penal. Surge a possibilidade de conciliação entre os envolvidos (autor, coautor, partícipe e vítima), mitigando-se a persecução penal, uma vez que não é mais obrigatório o exercício da ação penal. (Grifos nossos).

Esse movimento de contratualização/privatização/consensualização do Direito Penal certamente traz benefícios ao sistema jurisdicional e à segurança pública, eis que prima pela solução ágil, pactuada, e eficiente dos litígios criminais, mas deve encontrar óbice em núcleo cuja essência é primordialmente pública, sob pena de violar direitos e suprimir indiscriminadamente procedimentos que os garantem. É como houvesse um centro substancialmente inegociável, tal qual estivesse a legislação penal para a Constituição em termos de cláusulas pétreas.

Mais que isso, o viés econômico desses acordos pode ser tanto favorável – do ponto de vista do cálculo de custo-benefício para todos os envolvidos – quanto extremamente prejudicial – do ponto de vista do risco de haver posições iniciais desiguais, como ajustado

---

<sup>7</sup> PACELLI e CALLEGARI (2016, p. 52) denominam essa pretensa adesão à punição de “teoria da expiação”, e a tacham de infactível e utópica. Leia-se: “Naturalmente, parece-nos à beira do impossível **coagir** alguém a **concordar** com a pena e as conseqüências malélicas que ela apresenta. Tem razão JAKOBS quando afirma, no ponto, que uma execução penal tendente ao convencimento do condenado a aceitar e a aderir à punição se afastaria de uma teoria da pena, propriamente dita” (Grifos nossos)

virtualmente por RAWLS (2002), cuja ideia será brevemente abordada mais adiante, ao falarmos do conceito de justiça. A esse respeito, vide o que afirma NEVES (2016, p. 5):

E, há mais, porque, ao se consolidar a política da conciliação em substituição à jurisdição, **o desrespeito às normas de direito material poderá se mostrar vantajoso economicamente para sujeitos que têm dinheiro e estrutura para aguentar as agruras do processo e sabem que do outro lado haverá alguém lesado que aceitará um acordo, ainda que desvantajoso, somente para se livrar dos tormentos de variadas naturezas que o processo atualmente gera.** O desrespeito ao direito material passará a ser o resultado de um cálculo de risco-benefício realizado pelos detentores do poder econômico, em **desprestígio evidente do Estado Democrático de Direito.** (Grifos nossos)

Por derradeiro, cumpre alertarmos que, tanto para se estabelecer como alternativa à instância judicial quanto para se convolar em ferramenta jurisdicional, é imprescindível que o consenso conste como medida expressa e legal. Isso porque a prática de qualquer infração penal que implique na imposição de pena deve culminar na punição correspondente, a menos que haja algum dispositivo que a excepcione ou substitua, ou política criminal que a dispense.

Resta, então, ao Estado acusatório o poder-dever de agir processualmente nas hipóteses de subsunção do fato à norma. Afinal, “aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não” (LIMA, 2015. p. 226). É, então, compulsório o agir institucional do Ministério Público de oferecer denúncia quando ciente da ocorrência de um crime (fato típico, ilícito e culpável) em que estejam presentes a justa causa e as demais condições da ação penal.

Nisso consiste o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual, segundo SUXBERGER (2017), afigura-se mais um dogma no arranjo institucional e cultural brasileiro do que um mandamento normativo imposto pela legislação. Veja-se:

A afirmação da obrigatoriedade da ação penal como uma tradição ou um elemento cultural da nossa tradição processual **não implica infirmar sua força vinculante ou seu caráter mandatório no direito pátrio.** Ao revés, a construção de uma cultura institucional mostra-se muito mais forte que a presença deste ou daquele preceito positivado em texto normativo. (p. 40. Grifo nosso)

O sistema processual penal preza pela obrigatoriedade na medida em que estipula mecanismos de controle e fiscalização do dever de atuação acusatória, a fim de evitar a inércia do Ministério Público, como nas hipóteses de apresentação de ação penal privada subsidiária da pública (artigo 5º, LIX da Constituição e artigo 29 do CPP) ou de remessa dos autos ao Procurador-Geral pelo juiz que discordar da promoção de arquivamento (artigo 28 do CPP).

Mas, embora nosso ordenamento mostre forte adesão ao princípio da obrigatoriedade e certa resistência à aplicação do princípio da oportunidade<sup>8</sup> – tradicionalmente associado às ações penais de iniciativa privada – às ações penais públicas, o Brasil gradativamente abre campos de disposição da iniciativa acusatória. O acordo de não persecução penal poderia se enquadrar com perfeição nessa exceção, não fossem as problemáticas que circundam a Resolução nº 181/2017 do CNMP. Para VASCONCELLOS (2017, p. 8),

[...] o ideal seria que, quando legítimos, esses espaços de não-obrigatoriedade fossem implementados sem a necessidade de imposição de sanções alternativas, reconhecendo-se que o Direito Penal não é instrumento possível e adequado para a tutela de condutas de menor gravidade e relevância. Assim, deve-se distinguir, por um lado, os espaços de não-obrigatoriedade em que o acusador público finda por simplesmente não iniciar a acusação por razões de política criminal e, por outro, os casos em que há um acordo entre acusação e defesa para imposição de uma pena reduzida ou alternativa a partir da conformidade do acusado, como o regulado pelo art. 18 da Res. 181/2017.

Contudo, a introdução de tais espaços de não obrigatoriedade por meio de uma resolução do CNMP **acarreta evidente violação à legalidade estrita que deve orientar (e limitar) a incidência do poder punitivo estatal.** (Grifo nosso)

Conhecido o contexto de crise e de gradativa mudança no sistema processual penal, passemos agora aos principais institutos de consenso predecessores, há muito constantes da legislação brasileira.

### **2.3 Espécies precedentes no Brasil: desistência voluntária; arrependimento eficaz; arrependimento posterior; e circunstância atenuante da confissão**

Pode-se dizer que a confissão é corolário da negociação penal, pois quase sempre a tratativa criminal envolve uma admissão de culpa. E a relação intrínseca entre delito e pecado, e entre punição e expiação remonta à origem catolicista de tradição ocidental em que se encontra inserida a nossa cultura colonizada. O herege e o criminoso guardam estreita conexão identitária entre si na medida em que ambos representam autores de desvios e de infrações à ordem posta, demandantes de uma retribuição.

Se há um legado português significativo em termos de Direito Penal este é o cristianismo, que certamente não se ateve à seara religiosa. A Inquisição organizava um sistema com procedimento jurídico complexo e concatenado, e suas ideias foram em grande parte

---

<sup>8</sup> Para LIMA (2015, p. 230), nas ações penais privadas “cabe ao ofendido ou ao seu representante legal o juízo de oportunidade ou conveniência acerca do oferecimento (ou não) da queixa-crime. Consiste, pois, na faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.”

herdadas pelo modelo processual moderno. Os rituais e as cerimônias punitivas não só têm muito do protocolo da igreja como dela adotaram suas práticas. Antes mesmo da secularização do Direito Penal, ou do laicismo estatal, a penitência pressupunha o arrependimento a fim de remir dos pecados e de purificar a alma.

A par da espetacularização dos suplícios, cuja violência era muito característica no período anterior ao século XIX, e do sigilo dos julgamentos, a punição da atualidade (dita humanizada) ainda tem em alta conta o valor da confissão. Tida por muito tempo como a “rainha das provas”, de conotação sacramental e extraída por meio de um processo legitimado de tortura, a confissão era para o inquisidor do Santo Ofício o mesmo que prova cabal.

Já no sistema da persuasão racional, hoje adotado pelo nosso ordenamento jurídico, sem tarifação, a regra é que a confissão adquire o mesmo *status* das demais provas, sem valor probatório superior do ponto de vista legal.<sup>9</sup> Embora não seja determinante para aferir acerca do cometimento ou não do delito, isso não quer dizer que a confissão seja desconsiderada em absoluto quando se tratando de medida da responsabilização. Uma vez confirmados pelo contexto probatório os fatos relatados pelo investigado, importa ajustar o grau retributivo pela sua conduta à colaboração efetivamente prestada na investigação.

Conforme veremos, a confissão, em maior ou menor medida, é elemento substancial das negociações penais, e até constitui pressuposto para alguns dos acordos firmados. O fato de o sujeito admitir sua culpa, demonstrar que mudou de intenção ou que gostaria de ter agido de modo diferente alinha-se com pelo menos uma das funções da pena (preventiva especial<sup>10</sup>), que perde seu objeto. Não persiste a razão de ser da punição, ou não mais subsiste a necessidade de responsabilização em determinada intensidade. É dizer:

No dizer popular, de nada servirá o pranto pelo leite derramado. Se a ofensa já foi perpetrada, e é irreversível, não há medida estatal que recupere o *status quo ante*. Mas, para além da proteção do corpo social e da tutela de bens jurídicos, remanesce o agente criminoso,

---

<sup>9</sup> Excepcionam-se algumas hipóteses, como aquela em que não for possível a realização do indispensável exame de corpo de delito, quando a confissão é capaz de supri-lo (art. 158 do CPP, *a contrario sensu*).

<sup>10</sup> Segundo PACELLI e CALLEGARI (2016, p. 52) “[...] teria por destinatário o próprio autor do crime, para fins de se obter dele, por adesão ou por receio, a não reiteração de comportamentos lesivos. Fala-se, nesse caso, em prevenção **especial**. Além disso, obter-se-ia também a **neutralização** do agente **incorrigível** por ocasião do cumprimento de pena de prisão, e, enquanto isso, a proteção da sociedade, conforme a posição de VON LISTZ” (Grifos no original)

este sim recuperável, e a sua intenção, considerada inclusive na própria definição de crime segundo a teoria finalista:

Como ensina Welzel, para a doutrina preventiva, que via na sanção penal somente uma medida de proteção social contra a lesão de interesses jurídicos, interessava mais o aspecto material do delito, considerado como a lesão de um bem penalmente tutelado, pelo que a conduta era o efeito causal da vontade. **De acordo com o moderno Direito Penal, porém, o centro de interesse não é o efeito jurídico produzido pelo resultado, mas sim a natureza do comportamento reprovável** (JESUS, 2011. p. 271. Grifo nosso.)

Apesar de a prevenção especial atinar intrinsecamente ao sujeito, e ser de difícil aferição em razão de sua natureza moral, o ordenamento jurídico confere às manifestações exteriores de arrependimento certo crédito, pois pode ocorrer de elas significarem alguma reparação seja para a vítima, seja para o próprio autor da infração, seja para o corpo social em que está contido.

A contrição é exatamente o passo que se pretende consequentemente à admissão de responsabilidade. O criminoso se assume culpado porque pretende o perdão e/ou age no sentido de demonstrar seu lamento. A confissão nunca virá, portanto, desacompanhada: tem como dedução imediata um benefício penal pessoal, e caracteriza até mesmo um direito subjetivo. A extensão do prêmio é limitada pela legislação, mas é mensurada segundo a culpabilidade, e conforme a colaboração do agente para o esclarecimento ou impedimento do crime.

FOUCAULT (1987, p. 35) adverte para a natureza transacional da confissão, que quase sempre vislumbra alguma recompensa, e por isso mesmo requer regras e procedimento próprio:

[...] Mas, embora ela deva ser, no processo, a contrapartida viva e oral e da informação escrita, a réplica desta, e como que sua autenticação por parte do acusado, será cercada de garantias e formalidades. Ela conserva alguma coisa de uma **transação**; por isso exige-se que seja “espontânea”, que seja feita com toda consciência, que não trate de coisas impossíveis, etc. Pela confissão, o acusado se compromete em relação ao processo; ele assina a verdade da informação. (Grifo nosso.)

Ao olharmos para o passado, apercebemos que não é de hoje que o ordenamento jurídico nacional conta com hipóteses de premiação do arrependimento pelo transgressor. Isso porque o caráter negocial que circunda o prêmio penal constitui método bastante eficaz do ponto de vista estatal e muito atrativo do ponto de vista do autor ou partícipe de crime.

As previsões legais vigentes mais datadas se referem inicialmente ao réu, ou seja: àquele agente que chegou perante o Judiciário para responder por sua conduta<sup>11</sup>. Posterior e progressivamente, expandiram-se para alcançar também a figura do investigado, que nem sequer tem denúncia recebida em seu desfavor<sup>12</sup>. Essa ampliação da incidência premial é atribuída principalmente à demanda de atuação dos órgãos de persecução penal cada vez mais antecipadamente e ao aperfeiçoamento das práticas criminosas, de complexa elucidação.

A política criminal de valorização do arrependimento pode ser ainda associada à necessária individualização tanto das condutas quanto das penas, uma vez que há que se distinguir não somente o dolo ou a culpa do agente (que corresponde à sua intenção, ao elemento volitivo), mas igualmente levar em consideração as consequências do ato praticado, o empenho em minorar o resultado negativo da conduta, ou o fato de impedir com êxito a consumação do crime. Quando se tem conhecimento de todas essas circunstâncias, é possível uma personalização da responsabilização para uma penalização mais justa.

A medida da punição se dá segundo o grau ou gravidade da ação e do resultado penal, nas balizas estabelecidas pelo modo de execução, e conforme o intuito do agente. Ora, quem quis matar não pode ser punido do mesmo modo que quem matou acidentalmente. Quem matou com “requintes de crueldade” não pode ser punido do mesmo modo que quem simplesmente matou, ou matou por motivos ditos altruísticos. Quem matou não pode ser punido do mesmo modo que quem tentou matar, que por sua vez não pode ser punido como quem obteve êxito em impedir o resultado, e assim por diante.

Como espécies antecedentes de reconhecimento e premiação do transgressor contrito, o próprio Código Penal de 1940, em sua redação original, já previa a desistência voluntária e o arrependimento eficaz em seu artigo 15<sup>13</sup>. As duas modalidades de resipiscência, iniciada ou não a execução, devem ser entendidas como oportunidades oferecidas ao transgressor de correção de sua conduta por meio da travessia no sentido oposto ao percurso

---

<sup>11</sup> A circunstância atenuante da confissão (art. 65, inciso III, alínea d do CP), a desistência voluntária e o arrependimento eficaz (art. 15 do CP) e o arrependimento posterior (art. 16 do CP) são todos reconhecidos pelo juiz da causa, durante o processo penal.

<sup>12</sup> A colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013 é o melhor exemplo de direito premial em que o investigado pode obter benefícios antes mesmo do processo judicial, e até mesmo negociar o impedimento de sua denúncia penal.

<sup>13</sup> Código Penal: “Desistência voluntária e arrependimento eficaz Art. 15 - O agente que, voluntariamente, desiste de prosseguir na execução ou impede que o resultado se produza, só responde pelos atos já praticados”

criminoso. É atalho para voltar ao agir lícito. Nas palavras de MASSON (2017, p. 388), eis o porquê de ambas as situações serem conhecidas como “ponte de ouro”<sup>14</sup>:

Por esse motivo, Franz von Liszt a eles se referia como a “ponte de ouro” do Direito Penal, isto é, a forma capaz de se valer o agente para retornar à seara da licitude. De fato, **os institutos têm origem no direito premial**, pelo qual o Estado concede ao criminoso um tratamento penal mais favorável em face da voluntária não produção do resultado. (Grifo nosso)

Não é pacífica a definição da natureza jurídica do dispositivo legal, que varia em pelo menos três correntes doutrinárias: causa pessoal de extinção da punibilidade, causa de exclusão da culpabilidade e causa de exclusão da tipicidade. Mas seja qual for a vertente adotada, é certo que há o impedimento do resultado<sup>15</sup>, que não se consuma exclusivamente pela ação superveniente do agente, em contraposição ao intento criminoso inicial. São tentativas imperfeitas ou inacabadas.

Assim, o sujeito que, no curso da execução do crime, desiste voluntariamente (não necessariamente espontaneamente) de prosseguir na empreitada criminoso, antes de alcançar o resultado, ou impede eficazmente a sua produção, recebe o benefício pessoal de somente responder pelos atos que já praticou, desde que típicos.

Com a reforma do Código Penal, introduziu-se mais outra forma de arrependimento premiado, desta feita referente ao momento posterior à consumação do crime, no artigo 16<sup>16</sup>. Vide a Exposição de Motivos da Nova Parte Geral do Código Penal:

15. O projeto mantém a obrigatoriedade de redução de pena, na tentativa (art. 14, parágrafo único), e **cria a figura do arrependimento posterior à consumação do crime como causa igualmente obrigatória de redução de pena**. Essa inovação constitui providência de Política Criminal e é instituída **menos em favor do agente do crime do que da vítima**. Objetiva-se, com ela, instituir um estímulo à reparação do dano, nos crimes cometidos “sem violência ou grave ameaça à pessoa”. (Grifos nossos)

Nota-se que o objetivo do instituto não é apenas beneficiar o autor do delito, mas principalmente voltar-se à vítima, a fim de mitigar os prejuízos que amargou, decorrentes da

---

<sup>14</sup> A expressão incentivou a criatividade da doutrina jurídica, que a partir daí inventou outras terminologias: ponte de bronze, ponte de prata e ponte de diamante.

<sup>15</sup> Quanto ao arrependimento eficaz, este somente é cabível nos crimes materiais, pois nos crimes formais a conduta já implica em consumação, independentemente de resultado naturalístico.

<sup>16</sup> Código Penal: “Arrependimento posterior Art. 16 - Nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços.”

empreitada criminosa. De todo modo, a consequência é um prêmio ao agente, que verá sua pena reduzida de um a dois terços quando restituir a coisa ou reparar o dano voluntariamente até o recebimento da denúncia ou da queixa. Importante salientar que a hipótese só tem cabimento em crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, mas que não precisam necessariamente ser patrimoniais.

Inspirada pela terminologia conferida aos institutos da desistência voluntária e do arrependimento eficaz, a doutrina criou a expressão “ponte de prata” para se referir ao arrependimento posterior, categorizando-o como de menor valor se comparado ao benefício obtido com a “ponte de ouro”. Até mesmo porque, nesse caso todo o *iter criminis* foi percorrido, consumando-se o crime com o resultado sem qualquer intervenção impeditiva do agente. A natureza jurídica do instituto é causa obrigatória de diminuição da pena e, uma vez cumpridos os requisitos, configura direito subjetivo do réu, não podendo o juiz suprimi-lo.

Outra espécie precedente que consubstancia exemplo emblemático da validação da confissão é a atenuante do artigo 65, inciso III, alínea *d* do Código Penal. Também conhecida como “ponte de bronze”, é circunstância atenuante preponderante. A Reforma do Código Penal expandiu sua incidência, conforme se depreende da Exposição de Motivos:

55. As circunstâncias atenuantes sofreram alterações. [...] Beneficia-se, com **estímulo à verdade processual**, o agente que confessa espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime, sem a exigência, em vigor, de ser a autoria “ignorada ou imputada a outrem”. (Grifo nosso)

A confissão pode se dar perante a autoridade policial ou acusatória, e posteriormente ser confirmada em juízo, ou pode ser feita diretamente ao juiz. O caso é que o réu terá sua admissão tomada em conta no cálculo da pena, na segunda fase da dosimetria, em homenagem à sua conduta espontânea de autorresponsabilização. A atenuação se dá em virtude da menor reprovabilidade do criminoso contrito, cujo parâmetro há de ser estabelecido pelo julgador, pois não há na lei *quantum* pré-estabelecido. A limitação é a pena-base, que fixa até onde se pode reduzir, vedando a atenuação aquém, conforme estabelecido no seguinte enunciado sumular: “Súmula 231 do STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

Trata-se de circunstância atenuante genérica, embora preponderante. E, muito embora a quantidade de diminuição da pena se dê a critério do juiz, a consideração da atenuante, quando existente, é compulsória, configurando direito subjetivo do réu. Ademais, vide o teor

da Súmula 545 do STJ: “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal.”

Há a confissão simples, quando o acusado confirma a prática dos fatos criminosos que lhe são imputados; e a qualificada, quando, apesar de confirmá-los, alega fato impeditivo ou modificativo do direito. É o caso das excludentes de ilicitude ou de culpabilidade. O acusado pode apresentar uma matéria justificante de sua conduta, como a legítima defesa, por exemplo, o que afasta a ilicitude.

Como pode se notar, o arrependimento representa papel de relevo no Direito Penal, que tem se difundido para se estabelecer como elemento essencial à função ressocializadora da pena (prevenção especial individual). Há, portanto, resquícios inquisitivos no processo penal, mas que hoje adquiriram um viés pretensamente garantista, na medida em que conferem benesses ao acusado. Nessa linha, remanesce incólume a lógica investigativa sigilosa e sem contraditório dos inquéritos policiais, até mesmo porque estão sujeitos a controle e confirmação judicial.

Todas essas espécies precedentes mencionadas são fruto de estrita previsão legal, e não condicionam a obtenção do benefício ao arrependimento. Muito ao contrário: concedem o benefício **no caso de** o réu arrepender-se. A diferença pode soar sutil, mas é essencial.

Há, ainda, outros três institutos, não menos importantes, introduzidos posteriormente por meio de legislação esparsa, quais sejam: transação penal; suspensão condicional do processo e colaboração premiada. Vejamos.

### **2.3.1 Transação Penal**

Atento à disposição constitucional constante do artigo 98, inciso I<sup>17</sup>, o legislador federal editou a Lei nº 9.099/1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Em verdade, mais que norma constitucional, o mencionado dispositivo magno pode ser compreendido como mandado de criminalização, eis que à legislação

---

<sup>17</sup> Constituição da República: “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;”

infraconstitucional compete, antes de tudo, a definição (leia-se criação) de infrações de menor potencial ofensivo.

A necessidade de estabelecimento de condutas típicas de menor lesividade não se encontra no âmbito de discricionariedade do legislador: é medida imperativa, de competência dos Juizados Especiais Criminais, em procedimento oral e sumaríssimo. Ademais, também a transação penal detém prévia permissividade do texto constitucional, no mesmo dispositivo.

Nos casos de menor gravidade, o estímulo à solução consensual dos conflitos representa mitigação estabelecida pela própria Constituição ao monopólio estatal na resolução dos litígios de natureza criminal. Segundo CAPEZ (2017, p. 498):

Surge, assim, um novo tipo de jurisdição, que coloca a transação e o entendimento como metas e a vítima como prioridade. No lugar de princípios tradicionais do processo, como obrigatoriedade, indisponibilidade e inderrogabilidade (do processo e da pena), assume relevância uma nova visão, que coloca a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade e o consenso acima da ultrapassada jurisdição conflitiva. Até então, só havia o chamado espaço de conflito, isto é, o processo com enfrentamento obrigatório entre Ministério Público e acusado, sem nenhuma disponibilidade ou possibilidade de acordo; mas, com a nova regulamentação, nasceu a jurisdição consensual, chamada por Luiz Flávio Gomes de “espaço de consenso”.

A novidade ocasionou uma releitura do processo penal tradicional, à margem do espectro engessado do modelo adversarial. As partes assumem postura compositiva, de viés restaurativo, tendente ao encerramento imediato da pretensão punitiva. A polêmica acerca do acordo versar sobre matéria criminal encontra-se previamente superada em razão da determinação constitucional, mas do ponto de vista pragmático é preciso compreender que o custo-benefício da punição de condutas de baixíssima lesividade com pena privativa de liberdade justifica a transação penal. Nesses casos, é de melhor alvitre a imposição de penas alternativas, seja para evitar o superencarceramento, seja para visar uma resposta individualmente mais eficiente.

A transação penal nada mais é que um acordo firmado entre acusação e defesa nas ações penais públicas incondicionadas ou condicionadas à representação que não sejam caso de arquivamento. A proposta cabe ao Ministério Público, e somente é admitida quando o acusado não possuir prévia condenação definitiva à pena privativa de liberdade, não tiver sido beneficiado pela transação penal nos últimos cinco anos, bem como que indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente e os motivos e as circunstâncias do crime (art. 76, *caput* e §2º da Lei nº 9.099/1995).

Advirta-se que o benefício, ao revés do que se poderia imaginar, não pressupõe admissão de culpa. Nesse ponto o legado da confissão não maculou o instituto, pois para firmar o acordo não se exige que o acusado diga ter praticado o crime, ou que reconheça autoria ou participação na empreitada criminosa. Basta que manifeste não pretender que o processo penal prossiga em seu desfavor, comprometendo-se a cumprir pena restritiva de direitos e/ou multa, de modo que sua conduta jamais implicará em futura reincidência. Não se ingressa no mérito da pretensão acusatória. O único efeito interditório para o futuro que pesa sobre o réu que aceite a transação é a impossibilidade de firmar novo acordo dessa espécie nos próximos cinco anos, que equivalem exatamente ao período depurador de condenação criminal anterior (artigo 64, inciso I do Código Penal).

Assim, nota-se a essencial diferença entre o acordo de não persecução penal e a transação penal: a exigência de confissão no primeiro instituto. O fato de o acusado, para transacionar, ver-se obrigado a admitir um crime (que pode inclusive não ter praticado) tem ares inquisitivos, pois abandona a justiça secular e retoma a técnica jurisdicional do Santo Ofício. Muito embora a transação penal também resulte ao final na imposição de uma pena, suprimindo o devido processo legal, a sutil distinção reside em dois fatores: (i) na estigmatização do acusado perante a sociedade e a justiça; (ii) na constitucionalidade.

Seria eufemismo alegar que a transação penal não implica no cumprimento de sanção penal. Muito se alega ser a transação penal medida **despenalizadora**. Mas decerto que a consequência do compromisso transacional é uma pena criminal, pois pena restritiva de direitos e multa são espécies expressamente previstas no Código Penal no artigo 44, incisos II e III. Não obstante, a proposição se dá perante o juízo, para submetê-la à imediata deliberação e ao controle jurisdicional<sup>18</sup>. E, mesmo havendo que cumprir pena, não constará em desfavor do acusado nenhuma anotação penal ou antecedente criminal<sup>19</sup>. Ora, se não houve condenação, não há por que haver efeito secundário desta, consistente na reincidência, o que, por si só, constitui benefício significativo para o acusado.

---

<sup>18</sup> Lei nº 9.099/1995: “art. 76 [...] § 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à **apreciação** do Juiz. § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, **o Juiz aplicará** a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.” (Grifos nossos)

<sup>19</sup> Lei nº 9.099/1995: “art. 76 [...] § 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.”

Ademais, se presentes os requisitos legais, para parte da doutrina, o instituto constitui-se em direito subjetivo do réu, não podendo o Ministério Público recusá-lo injustificadamente. Compete exclusivamente ao órgão acusador oferecer a proposta de transação penal, de modo que está vedado ao magistrado imiscuir-se nesse tocante. Assim, caso o *parquet* não proponha a composição quando é o caso, resta ao juiz a função de fiscal, encaminhando o caso ao Procurador Geral, na forma do artigo 28 do CPP, nos mesmos moldes delineados para a suspensão condicional do processo na Súmula nº 696 do STF. Para PACELLI (2017, p. 80), a atenuação do princípio da obrigatoriedade deu-se de forma sutil e limitada, atendo-se aos liames do papel acusatório do Ministério Público, pois:

Na busca da definição conceitual dos diversos institutos e categorias jurídicas trazidas pela citada lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta **discricionariedade regradada**, que viria, assim, a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal.

O Ministério Público não mais se veria obrigado à propositura da ação, **podendo**, antes, promover a solução da questão penal pela via conciliatória, por meio da chamada transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95).

Entretanto, não nos parece que assim tenha efetivamente ocorrido. Aliás, se afastamento da obrigatoriedade houve – e houve! –, foi unicamente em relação ao tipo de sanção a ser transacionada.

Quanto à obrigatoriedade da ação, observe-se que, se o Ministério Público deixou de ser obrigado à propositura da ação penal, exigência inerente ao modelo processual **condenatório**, permanece, todavia, igualmente **obrigado** a propor a transação penal, desde que o alegado ou apontado autor do fato preencha as condições previstas nos art. 76, § 2º, I, II e III, da mencionada lei. (Grifos no original)

Por derradeiro, o enunciado da Súmula Vinculante nº 35 dispõe acerca das situações de descumprimento injustificado da transação penal, quando se devolve ao Ministério Público a possibilidade de oferecimento de ação penal. Leia-se:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

Eis trecho da Justificação da Lei nº 9.099/1995:

A norma constitucional que determina a criação de juizados especiais para as denominadas infrações penais de menor potencial ofensivo, com as características fundamentais que indica, obedece à imperiosa necessidade de o sistema processual penal brasileiro abrir-se às posições e tendências contemporâneas, que exigem sejam os procedimentos adequados à concreta efetivação da norma penal. E se insere no rico, filão que advoga a manutenção como regra geral, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, **abrindo, porém, espaço à denominada discricionariedade regulada, contida pela lei e submetida a controle jurisdicional.**

Com efeito, a idéia [*sic*] de que o Estado possa e deva perseguir penalmente, sem exceção, toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de

discricionariedade ou disponibilidade da ação penal pública, mostrou com toda evidência sua falácia e hipocrisia. Na prática, operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive entre os órgãos da persecução penal e judiciais. Não se desconhece que, em elevadíssima porcentagem de certos crimes de ação penal pública, a polícia não instaura o inquérito e o MP e o juiz atuam de modo a que se atinja a prescrição. Nem se ignora que a vítima - com que o Estado até agora pouco se preocupou - está cada vez mais interessada na reparação dos danos e cada vez menos na aplicação da sanção penal. É por essa razão que atuam os mecanismos informais da sociedade, sendo não só conveniente como necessário que a lei introduza critérios que permitam conduzir a seleção dos casos de maneira racional e obedecendo a determinadas escolhas políticas.

Repare-se que da Exposição de Motivos consta menção à discricionariedade regulada ou mitigada, esclarecendo-se que esta deve estar “contida pela lei e submetida a controle jurisdicional”, lição que deve valer também para outras iniciativas que pretendam vulnerar o referido princípio, como o acordo de não persecução penal.

### **2.3.2 Suspensão Condicional do Processo**

A suspensão condicional do processo (*sursis* processual) está igualmente prevista na Lei nº 9.099/1995, no artigo 89, mas sua incidência se dá para além daquele diploma legal, em quaisquer crimes cuja pena mínima seja igual ou menor a um ano. Também compete exclusivamente ao Ministério Público, quando da denúncia, o oferecimento da proposta, consistente na pendência do processo pelo prazo de dois a quatro anos, ínterim em que o acusado ficará sujeito a um período de prova sob determinadas condições (reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz; comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades, e outras a serem estipuladas pelo juiz). Veja-se:

Súmula nº 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

Para o STJ, a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada.

Nos mesmos moldes em que se dá a transação penal, para a obtenção do benefício não é necessária a admissão de culpa. A confissão não figura, então, como pré-requisito para a celebração do acordo.

Com a criação desses institutos despenalizadores, percebe-se que, no âmbito dos Juizados, a busca da verdade processual cede espaço à prevalência da vontade convergente das partes. Nos casos de transação penal ou suspensão condicional do processo, não há necessidade de verificação judicial da veracidade dos fatos. O conflito penal é solucionado através de um acordo de vontade, dando origem ao que a doutrina denomina de **verdade consensual**. (LIMA, p. 68. Grifo no original)

De resto, há, como se nota, expressa previsão legal do benefício. De logo se apercebe que o instituto não pode ser comparado com o acordo de não persecução penal, eis que aqui, ao revés de admitir-se culpado, aceitando eventual pena pactuada e renunciando a garantias processuais, o réu apenas manifesta seu desejo de não litigar (*nolo contendere*<sup>20</sup>), sem discussão sobre culpa. Ensina LIMA (2015, p. 1458) que:

Segundo a doutrina, o que bem explica a natureza da suspensão condicional do processo é o *nolo contendere*, que consiste numa forma de defesa em que o acusado não contesta a imputação, mas não admite culpa nem proclama sua inocência. Por isso, não se confunde com o *guilty plea*, nem tampouco com o *plea bargaining*. (Grifos no original)

O momento processual para o oferecimento da proposta é após o recebimento da denúncia, perante o juiz<sup>21</sup>. Ou seja, bem demarcada a submissão do acordo a controle jurisdicional. Frise-se que as cláusulas do acordo podem submeter o acusado a outras condições especificadas pelo magistrado, para além daquelas estipuladas em lei, desde que adequadas ao fato e à sua situação pessoal. O STJ entendeu, em sede de repercussão geral, que são passíveis de fixação condições equivalentes a sanções penais, como a pena restritiva de direitos ou a prestação pecuniária. A nosso ver, tal decisão desnatura a pretensão despenalizadora do instituto, subvertendo o escopo legislativo que, ao ampliar a discricionariedade judicial o fez estritamente em relação a condições, mas não para admitir sanções penais.

Os requisitos para a admissibilidade da suspensão condicional do processo coincidem, em parte, com os da suspensão condicional da pena previstos no artigo 77 do CP (réu não reincidente em crime doloso; culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente e motivos e circunstâncias do crime favoráveis; não cabimento de pena

---

<sup>20</sup> Expressão decorrente da doutrina processual penal italiana que assegura ao acusado o direito de não participar do processo, sem que para isso seja preciso ingressar no mérito da acusação, dizendo-se sobre a culpa do réu.

<sup>21</sup> Após a prolação de sentença, a proposição não é cabível em razão da preclusão.

restritiva de direitos). Adiciona-se, contudo, a imprescindibilidade de que o réu não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

A Súmula nº 723 do STF veda a aplicação do benefício em crime continuado quando o montante total de pena cominada (pena mínima da infração mais grave mais pelo menos um sexto) for superior a um ano, o que restringe sobremaneira a incidência do instituto, resguardando sua aplicabilidade àquelas hipóteses menos gravosas. De teor similar o enunciado da Súmula nº 243 do STJ, veja-se: “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

Quanto à revogação do benefício, esta pode ser obrigatória ou facultativa. A primeira hipótese, na qual o magistrado **deve** revogar o benefício, se dá quando o beneficiário for processado por outro crime ou quando deixar injustificadamente de reparar o dano. Já na segunda hipótese, o magistrado **pode** revogar o benefício se o acusado for processado por contravenção durante o período de prova ou descumprir alguma das condições impostas.

Assim, findo o período de prova sem que haja a revogação do benefício, dá-se quase automaticamente a extinção da punibilidade, que deve ser declarada pelo juiz. No entanto, se ocorrer descumprimento na vigência do benefício, mas com apreciação posterior pelo magistrado, ainda é possível promover a revogação. Segundo o STJ, em sede de repercussão geral:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSAMENTO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. AMEAÇA. LESÃO CORPORAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. DESCUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES IMPOSTAS DURANTE O PERÍODO DE PROVA. FATO OCORRIDO DURANTE SUA VIGÊNCIA. REVOGAÇÃO DO BENEFÍCIO MESMO QUE ULTRAPASSADO O PRAZO LEGAL. ESTABELECIMENTO DE CONDIÇÕES JUDICIAIS EQUIVALENTES A SANÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. RECURSO PROVIDO.

1. Recurso especial processado sob o regime previsto no art. 543-C, § 2º, do CPC, c/c o art. 3º do CPP, e na Resolução n. 8/2008 do STJ.

**PRIMEIRA TESE: Se descumpridas as condições impostas durante o período de prova da suspensão condicional do processo, o benefício poderá ser revogado, mesmo se já ultrapassado o prazo legal, desde que referente a fato ocorrido durante sua vigência.**

**SEGUNDA TESE:** Não há óbice a que se estabeleçam, no prudente uso da faculdade judicial disposta no art. 89, § 2º, da Lei n. 9.099/1995, obrigações equivalentes, do ponto de vista prático, a sanções penais (tais como a prestação de serviços

comunitários ou a prestação pecuniária), mas que, para os fins do sursis processual, se apresentam tão somente como condições para sua incidência.

2. Da exegese do § 4º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 ("a suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta), constata-se ser viável a revogação da suspensão condicional do processo ante o descumprimento, durante o período de prova, de condição imposta, mesmo após o fim do prazo legal.

3. A jurisprudência de ambas as Turmas do STJ e do STF é firme em assinalar que o § 2º do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 não veda a imposição de outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

4. Recurso especial representativo de controvérsia provido para, reconhecendo a violação do art. 89, §§ 1º, 2º, 4º e 5º da Lei n. 9.099/1995, afastar a decisão de extinção da punibilidade do recorrido, com o prosseguimento da Ação Penal n. 0037452-56.2008.8.21.0017.

(REsp 1498034/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2015, DJe 02/12/2015. Grifo nosso.)

Importante dispositivo da legislação atinente à suspensão condicional do processo é o que veda o transcurso do prazo prescricional enquanto durar o período de prova do benefício (§ 6º do artigo 89 da Lei nº 9.099/1995). A *mens legis* é possibilitar a retomada da pretensão acusatória pelo Ministério Público no caso de descumprimento, evitando a impunidade.

Por fim, ressaltamos que a Resolução nº 181/2018, no §10 do artigo 18, faculta ao Ministério Público a utilização do descumprimento do acordo de não persecução penal como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo, o que encaramos com certa ressalva, pois a lei que regulamenta o instituto não vislumbra essa possibilidade como obstativa.

### **2.3.3 Colaboração Premiada**

A colaboração premiada, conhecida como “ponte de diamante”, está prevista no bojo da Lei nº 12.850/2013, que define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal, dentre outras providências. Essa modalidade específica de negociação, que implica em benefícios para o investigado, é extraordinária, pois somente pode ser implementada quando da apuração de transgressões de organizações criminosas (por natureza) ou outras por elas praticadas (por extensão).

É cediço que as organizações criminosas, por excelência, são dotadas de grave complexidade estrutural, cujo emaranhado delitivo dificulta sobremaneira as investigações. E foi justamente no intuito de viabilizar a persecução penal nessas hipóteses que o legislador munuiu o acusador penal de instrumentos mais eficazes, embora excepcionais. Eis o que leciona LIMA (2015, p. 507):

Deveras, com o avanço da criminalidade organizada e a demonstração da **insuficiência dos meios ordinários de obtenção de prova** (v.g., busca domiciliar), era premente a adoção de novas técnicas especiais de investigação capazes de fazer frente à gravidade dos ilícitos perpetrados pelas organizações criminosas, até mesmo para se atingir a **eficiência penal desejada** de um Estado atuante. Daí a importância da Lei nº 12.850/13, que passa a disciplinar com maior rigor a utilização e execução de diversas **técnicas especiais de investigação**. (Grifos nossos).

O instrumento consiste em técnica especial de investigação criminal, pois pauta-se no sigilo, a fim de surpreender o investigado, e de não comprometer o êxito da persecução penal. Põe-se em evidência a prova somente após a sua formação, facultando-se ao acusado o contraditório diferido por razões de pura lógica da eficácia apuratória.

Ademais, não é meio de prova, mas antes forma de obtenção de elemento probatório. É ferramenta ao revés de produto. Daí conclui-se que a colaboração não basta em si mesma: dela devem derivar as provas propriamente ditas, e a ela deve se somar um plexo probatório consistente. A título de exemplo, temos que a palavra de um delator não é suficiente para sustentar a justa causa numa acusação em desfavor de seu comparsa. É preciso mais. Há o delator que trazer à investigação documentos ou instrumentos do crime, ou que facilitar o desvelamento ou o impedimento de infrações, corroborando suas próprias declarações (regra de corroboração). Até porque: “Nenhuma sentença condenatória será proferida com fundamento apenas nas declarações de agente colaborador.” (artigo 4º § 16 da Lei de Organizações Criminosas).

Nesse ponto, importa atentarmos antes que colaboração premiada é gênero, do qual a famigerada delação premiada é espécie. O fato de um colaborador “entregar” (delatar) outros infratores é somente uma das formas de contribuir para a elucidação do crime. Há diversas maneiras de colaborar com a Justiça Penal, e os incisos do artigo 4º da lei em epígrafe as elenca:

Lei nº 12.850/2013: Art. 4º [...] I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

É ainda imprescindível que a colaboração seja efetiva e voluntária (não necessariamente espontânea), gerando resultados reais na elucidação de crimes, na captura de criminosos ou na recuperação de vítimas e de produtos da empreitada delitiva.

A colaboração premiada, como sugere o próprio nome, tem natureza indubitavelmente **premiada** eis que, ao estabelecer o compromisso de ajudar na persecução penal, o acusado recebe, em contrapartida, a promessa de um dos seguintes benefícios: perdão judicial; redução de pena; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; progressão de regime fora das demais hipóteses legais; ou não oferecimento de denúncia. O incentivo legal à colaboração encontra guarida no estímulo ao arrependimento do agente.

A proposição do benefício, no entanto, é faculdade do Ministério Público (ou da polícia), segundo seu juízo de discricionariedade, uma vez que não se vê obrigado a firmar o negócio processual penal quando não entender conveniente ou necessário para assegurar o êxito das investigações. É esse o entendimento do STF:

Não existe direito líquido e certo a compelir o Ministério Público à celebração do acordo de delação premiada, diante das características desse tipo de acordo e considerando a necessidade de distanciamento que o Estado-juiz deve manter durante o cenário investigado e a fase de negociação entre as partes do cenário investigativo. O acordo de colaboração premiada, além de meio de obtenção de prova, constitui-se em um negócio jurídico processual personalíssimo, cuja conveniência e oportunidade estão submetidos à discricionariedade regrada do Ministério Público e não se submetem ao escrutínio do Estado-juiz. Em outras palavras, trata-se de ato voluntário, insuscetível de imposição judicial. (STF. 2ª Turma. MS 35693 AgR/DF, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 28/5/2019. Info 942).

Há várias modalidades possíveis de benefícios decorrentes do ajuste entre acusação e defesa. O *caput* do artigo 4º da Lei de Organizações Criminosas elenca os seguintes:

- a) concessão de perdão judicial;
- b) redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade;
- c) substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Para a obtenção de qualquer desses três prêmios, conforme seja acordado com o Ministério Público, o acusado há de colaborar efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Nesses casos, contudo, a decisão sobre que benefício concederá compete ao juízo<sup>22</sup>, que poderá inclusive **recusar** homologação à proposta em desconformidade com os requisitos legais ou até mesmo **adequá-la** ao caso concreto (§8º do artigo 4º).

---

<sup>22</sup> Lei nº 12.850/2013: “Art. 4º O juiz **poderá, a requerimento das partes**, conceder o perdão judicial reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...]” (Grifo nosso)

Outra é a situação quando o próprio Ministério Público pretender negociar sua pretensão acusatória, **deixando de oferecer denúncia** em desfavor do colaborador que (i) não for o líder da organização criminosa e (ii) for o primeiro a prestar efetivamente a colaboração. Trata-se de renúncia à sua própria atribuição funcional, regulada em lei, limitada por dois requisitos, e que deve se submeter à homologação judicial para *accountability*, mas sem atinar diretamente à competência jurisdicional.

Não obstante, em todos os casos é vedada a participação do magistrado nas negociações entre as partes, a qual envolverá o investigado, o seu defensor, o Ministério Público e o delegado de polícia, se for o caso (§8º do artigo 4º). O intuito dessa restrição é preservar a liberdade negocial e assegurar a imparcialidade jurisdicional.

Por óbvio, o Ministério Público não pode dispor sobre benefícios como perdão judicial, redução de pena ou substituição, em especial quando não tiverem cominação específica em lei. Acerca desses prêmios, está o *Parquet* autorizado tão somente à proposição à parte – sem garantia de deferimento judicial – e ao requerimento ao juiz.

Caso haja colaboração em momento posterior à sentença, ainda assim cabe prêmio ao condenado: a redução de pena até a metade ou a progressão de regime, ainda que ausentes os requisitos objetivos para tanto (§5º do artigo 4º). A medida serve de estímulo ao colaborador estrategista, que arrisca somente pactuar no caso de sobrevir-lhe condenação penal.

A homologação da colaboração é ato jurisdicional de controle de legalidade, pois não permite ingresso no mérito da imputação. Mas muita confusão se faz entre a **impossibilidade** de o juiz se imiscuir nos termos do acordo da colaboração, e a **possibilidade** de definir quais benefícios serão concedidos. Mas o texto legal é claro, e distingue as duas situações. Ao dispor sobre a **homologação do acordo**, esclarece se tratar de exercício de atividade jurisdicional de controle, fiscalizatória, além de impor o distanciamento judicial na fase de negociações:

Lei nº 12.850/2013: Art. 4º [...] § 6º O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor.

§ 7º Realizado o acordo na forma do § 6º, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao juiz para homologação, o qual deverá verificar **sua regularidade, legalidade e**

**voluntariedade**, podendo para este fim, sigilosamente, ouvir o colaborador, na presença de seu defensor. (Grifo nosso)

Já ao se referir à concessão dos benefícios, condiciona a determinação ao juízo de discricionariedade do magistrado. Veja-se:

Lei nº 12.850/2013: Art. 4º O juiz **poderá, a requerimento das partes**, conceder o perdão judicial reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: [...] (Grifo nosso)

A deliberação sobre qual a premiação mais adequada para o caso concreto certamente dependerá da extensão da colaboração fornecida pelo acusado, motivo pelo qual não é coerente defini-la desde logo, havendo que se aguardar o desfecho das investigações, com a consequente constituição do arcabouço probatório.

Tanto mais que, independentemente de homologação de acordo ou de previsão na proposta inicial, podem o Ministério Público ou o delegado de polícia submeterem ao magistrado requerimento de perdão judicial, a qualquer tempo, dada a importância da colaboração efetivamente prestada:

Lei nº 12.850/2013: Art. 4º [...] § 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

O cabimento da sistemática prevista no artigo 28 do CPP faz concluir que, a depender da manifestação ministerial, discordando o juiz, ainda assim se vislumbra a possibilidade do perdão judicial.

Como se pode notar, são muitas as diferenças do presente instituto com relação ao acordo de não persecução penal, a começar pelo fato de que a colaboração premiada encontra expressa previsão legal, e tem incidência excepcional, restrita aos delitos de (e praticados por) organizações criminosas. A justificativa para a aplicação do benefício guarda relação com a dificuldade apuratória dessas infrações, o que não parece ser o caso dos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, tal qual estabelecido na Resolução nº 181/2018.

Parece-nos o instituto do acordo de não persecução penal seja mais uma conveniência investigativa que uma necessidade normativa.

## 2.4 Os casos alemão (*Absprachen*) e português (acordo negociado de sentença)

Dado o contexto supradescrito de criação de campo propício ao consenso na seara penal, a inspiração primeira invocada expressamente pelo CNMP para a criação do acordo de não persecução penal foi o modelo **germânico**. O Pronunciamento Final do Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 1/2017, instaurado pelo CNMP para a atualização da Resolução nº 13/2006 do CNMP<sup>23</sup>, evidencia essa procedência quando dispõe que:

Esse diagnóstico não é exclusivo do Brasil. Inclusive em países como a Alemanha, a conclusão acerca da necessidade da implantação de um sistema de princípio da oportunidade é apresentada como inexorável, inclusive por penalistas que são abertamente contrários a esse instituto, como é o caso do Prof. Bernd Schuneman, [...] Diante desse contexto, na Alemanha, por exemplo, passou-se a desenvolver um procedimento informal de acordo penal, **mesmo sem previsão em lei para tanto** (p. 29-30. Grifos no original)

Curiosamente, o mesmo documento justificativo da criação do instituto negocial menciona um único autor alemão – Bernd Schunemann – e dois brasileiros – Vinícius Gomes de Vasconcellos e Uriel Moeller –, cujos posicionamentos são totalmente contrários à instituição de negociações similares. Vide as citações constantes do pronunciamento (p. 30-31):

Como pontua SCHUNEMANN, “esses acordos informais funcionam de forma similar ao *plea bargaining* dos Estados Unidos; sem embargo, com uma diferença: na Alemanha não contém acordos formais, mas sim apenas um acordo baseado na confiança e, por outro lado, neles o acusado não se declara culpado (*guilty plea*), mas apenas formaliza uma confissão que é valorada pelo Tribunal como meio de prova geral para a sua culpabilidade.”

[...]

Nesse sentido, afirmam VASCONCELLOS e MOELLER, que: “Na Alemanha os acordos consensuais surgiram na prática forense, sem qualquer autorização legal, desenvolvendo-se de modo informal até a consagração de sua importância na postura dos atores processuais, o que incitou o judiciário e, posteriormente, o legislativo a atuarem para sua regulação.” [...]

Em que pese a tentativa de buscar na experiência estrangeira modelos similares – afinal, a Alemanha adota igualmente o sistema de *civil law* –, o *Absprachen* (acordo alemão supostamente equivalente ao brasileiro) pautou-se inicialmente pela ausência de previsão legal e pela informalidade, mas sempre envolveu o juiz nas tratativas, conformando-se o parâmetro norte-americano aos moldes germânicos de Justiça Criminal. Mas as diferenças não param por aí, como demonstram ANDRADE e BRANDALISE (2017, p. 245):

[...] verifica-se que, no caso do acordo alemão: (a) seu resultado deveria acontecer **durante audiência pública**, devidamente registrada; (b) se não acontecido em

---

<sup>23</sup> A referida normativa regulamentava o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dava outras providências.

audiência, seus fundamentos deveriam ser trazidos para **registro na Corte** (conforme §264 do StPO); (c) ele deveria conduzir a um julgamento condizente com a culpa do acusado na prática do delito, pelo que **incabível a negociação do conteúdo da acusação**; (d) **a confissão deveria ser apenas mais um elemento de prova, bem como, não poderia o juízo antecipar a pena que será imposta** (em respeito ao previsto no §261 do StPO), o que leva o *juiz* a dever estar **convencido do cometimento do fato** descrito na acusação.

Ao que se percebe, o paradigma trazido como justificador da informalidade **não se aplica ao caso brasileiro**, visto que, dentre outras diferenças, o acordo alemão, inicialmente criado sem previsão legal, previa sua **realização em âmbito processual e presidido pelo juiz**, algo que vai em sentido completamente oposto ao acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Noutros termos, no caso alemão não basta a *opinio delicti* acusatória, é necessário o convencimento judicial acerca da efetiva prática do delito. Na essência, o *Absprachen* é negócio jurídico processual penal, firmado com a participação do juízo; enquanto o acordo de não persecução penal é negócio jurídico **extraprocessual** penal, acordado entre acusação e defesa, com posterior submissão ao magistrado, o que já é distinção suficiente para obstar as mais desavisadas intenções comparativas. Leia-se:

Embora a confissão consentida por meio da barganha não acarretasse a extinção imediata do processo, havia uma expressiva aceleração do procedimento, ao passo que, conforme a posição majoritária, tornava desnecessária a produção de mais provas incriminatórias se uma descrição fosse detalhada e plausível. **Ainda assim havia um julgamento**, embora geralmente se concretizasse somente como uma homologação formal. (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016. p. 22. Grifo nosso.)

Por óbvio que após a delimitação de parâmetros negociais pelo *Bundesgerichtof* (Tribunal Federal Constitucional Alemão) em 1997, e a positivação legal do instituto em 2009 (no §257c do StPO), o acordo passou a ser firmado com maior segurança jurídica, mas ainda sofre severas críticas, entre elas:

Diversas são as objeções apontadas à barganha e aos novos dispositivos, tanto em relação ao **rompimento das premissas do processo penal alemão**, quanto da primazia de **interesses economicistas** às necessidades garantistas de limitação ao poder punitivo estatal. Além disso, a regulamentação é criticada em razão do **excessivo poder discricionário** fornecido aos julgadores para incentivar o acordo (pressionar e ameaçar acusados) e, posteriormente, optar por cumprir ou não as promessas realizadas (limites da sanção penal definidos). Ademais, parte da doutrina germânica se mostra **cética à concretização dos limites impostos pela nova legislação**, ao passo que, se a barganha surgiu de modo informal, não há que se acreditar uma possível (e repentina) vinculação da atuação dos atores do sistema criminal às previsões legais. (VASCONCELLOS; MOELLER, 2016. p. 25-26. Grifos nossos.)

Nota-se claramente do texto legal alemão que o instituto se refere a um entendimento entre o Poder Judiciário e as partes, e não estritamente entre acusador e acusado. Veja-se:

§ 257c

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten

- (1) 1Das Gericht kann sich in geeigneten Fällen mit den Verfahrensbeteiligten nach Maßgabe der folgenden Absätze über den weiteren Fortgang und das Ergebnis des Verfahrens verständigen. 2§244 Absatz 2 bleibt unberührt.
- (2) 1Gegenstand dieser Verständigung dürfen nur die Rechtsfolgen sein, die Inhalt des Urteils und der dazugehörigen Beschlüsse sein können, sonstige verfahrensbezogene Maßnahmen im zugrundeliegenden Erkenntnisverfahren sowie das Prozessverhalten der Verfahrensbeteiligten. 2Bestandteil jeder Verständigung soll ein Geständnis sein. 3Der Schuldspruch sowie Maßregeln der Besserung und Sicherung dürfen nicht Gegenstand einer Verständigung sein.
- (3) 1Das Gericht gibt bekannt, welchen Inhalt die Verständigung haben könnte. 2Es kann dabei unter freier Würdigung aller Umstände des Falles sowie der allgemeinen Strafzumessungserwägungen auch eine Ober- und Untergrenze der Strafe angeben. 3Die Verfahrensbeteiligten erhalten Gelegenheit zur Stellungnahme. 4Die Verständigung kommt zustande, wenn Angeklagter und Staatsanwaltschaft dem Vorschlag des Gerichtes zustimmen.
- (4) 1Die Bindung des Gerichtes an eine Verständigung entfällt, wenn rechtlich oder tatsächlich bedeutsame Umstände übersehen worden sind oder sich neu ergeben haben und das Gericht deswegen zu der Überzeugung gelangt, dass der in Aussicht gestellte Strafrahmen nicht mehr tat- oder schuldangemessen ist. 2Gleiches gilt, wenn das weitere Prozessverhalten des Angeklagten nicht dem Verhalten entspricht, das der Prognose des Gerichtes zugrunde gelegt worden ist. 3Das Geständnis des Angeklagten darf in diesen Fällen nicht verwertet werden. 4Das Gericht hat eine Abweichung unverzüglich mitzuteilen.
- (5) Der Angeklagte ist über die Voraussetzungen und Folgen einer Abweichung des Gerichtes von dem in Aussicht gestellten Ergebnis nach Absatz 4 zu belehren.

Outro argumento de direito comparado de grande relevância é a experiência portuguesa, muito embora esta (deliberadamente<sup>24</sup>) não haja sido sequer mencionada no Pronunciamento Final exarado pela comissão constituída pelo CNMP. Ocorre que em Portugal a situação é ligeiramente mais próxima da brasileira, pois o acordo negociado de sentença português também foi introduzido naquele país pela via ministerial administrativa, qual seja: por meio de orientações ou memorandos das respectivas Procuradorias-Gerais de Lisboa e de Coimbra.

O desfecho lusitano não coincide com o germânico especialmente porque o Supremo Tribunal de Justiça português, ao contrário do *Bundesgerichtof*, decidiu pela inconstitucionalidade dos acordos de sentença, devido à ausência de previsão legal expressa. Nessa linha, eis a crítica dos seguintes autores portugueses:

Além disso — ou talvez melhor: antes disso — **a consagração de um paradigma geral de oportunidade na actuação do MP exigiria uma reordenação dos poderes dos órgãos do Estado, sob pena de, à vontade do povo expressa em lei, se sobrepor aquilo a que Costa Andrade chamou “um programa político-criminal apócrifo”, que decidiria efectivamente sobre as fronteiras da punibilidade criminal — desiderato que não me parece nem possível, nem desejável.** Mas isto não significa que daquele discurso não venham a extrair-se consequências, num futuro próximo, para o desempenho do sistema penal — nomeadamente no que diz respeito ao papel do MP. Na verdade, num momento em que se procura combater o desperdício de dinheiros públicos e a irracionalidade económica, não há justificação para a manutenção de

---

<sup>24</sup> Dado seu desfecho negativo, como veremos.

certo tipo de intervenções estaduais que representam custos significativos, de índole variada, para os cidadãos (na veste de contribuintes, arguidos ou ofendidos), e cuja necessidade e eficácia se mostram muito duvidosas, mesmo de acordo com padrões intra-sistemáticos. **Só que essa evolução há-de fazer-se, do meu ponto de vista, dentro das linhas que regem actualmente o nosso direito — sc., dentro do paradigma da legalidade —**

através do aprofundamento dos mecanismos de diversão e mediação. (CAEIRO, 2000. p. 15-16. Grifos nossos.)

A promoção da aplicação dos acordos sobre a sentença pelas autoridades judiciárias não poderá verificar-se sem que antes se assista a uma intervenção do legislador, uma ideia que surge confirmada pela Diretiva da Procuradoria-Geral da República, sob pena de se assistir à violação do princípio da legalidade do processo (art. 2º do CPP). Como bem referiu o Supremo Tribunal de Justiça no acórdão de 10 de Abril de 2013, o apelo de Figueiredo Dias à promoção de um processo “funcionalmente orientado” dizendo tudo acaba por nada significar na construção de uma figura sem suporte legal. (OLIVEIRA, 2016. p. 49)

Sobre o assunto, na perspectiva crítica do caso brasileiro, ANDRADE e BRANDALISE (2017, p. 247) tecem o seguinte comentário:

Este é o risco de quando se buscam parâmetros no direito estrangeiro sem considerar as consequências havidas na sua origem, podendo-se dizer que melhor sorte não espera o caso brasileiro, assim que julgadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade já ajuizadas perante o Supremo Tribunal Federal.

O que sinaliza assistir razão aos autores é o fato de que, mesmo após a publicação de resolução pelo CNMP, os órgãos administrativos dos Ministérios Públicos de Minas Gerais (MPMG), do Rio de Janeiro (MPRJ) e do Distrito Federal (MPDFT) expediram atos recomendando não fosse aplicada imediatamente a Resolução nº 181/2017, até que fossem julgadas as ações diretas de inconstitucionalidade pendentes no STF. Os expedientes são os seguintes: Recomendação PGJ/CGMP nº 2, de 3 de setembro de 2017, no âmbito do MPMG; Recomendação Conjunta CPGJ/CGMP nº 1 de 14 de setembro de 2017, no âmbito do MPRJ; e Questão de Ordem nº 6, de 25 de setembro de 2017 do CSMPDFT.

Essa manobra suspensiva dos Ministérios Públicos demonstra tanto cautela quanto receio da insegurança jurídica dos acordos celebrados sob a égide de uma normativa vacilante, em questionamento na Suprema Corte. Ademais, ela reflete uma preocupante desarmonia institucional. Isso coincide, em certa medida, com o que se deu em Portugal, quando “[...] houve um recuo do Ministério Público português com a publicação da Directiva nº 02/2014 da Procuradoria-Geral da República, determinando a abstenção de promoção ou aceitação da celebração de acordos sobre sentenças penais.” (ANDRADE; BRANDALISE, 2017. p. 247).

Contudo, aqui o CNMP logo tratou de expedir liminar determinando a aplicabilidade imediata, em âmbito nacional, dos acordos de não persecução penal, leia-se:

Não há dúvida de que os atos normativos emanados do CNMP podem ser objeto de questionamento perante o Poder Judiciário. O que não se admite, todavia, é que sejam submetidos a controle perante os Órgãos Administrativos vinculados aos diversos Ministérios Públicos, a exemplo do que ocorre no presente caso concreto. (CNMP, 2017. p. 10)

Assim, pode-se notar que nos dois casos estrangeiros indicados, a análise da constitucionalidade dos acordos foi aportar em tribunais superiores. Indubitável que, em razão de o acordo de não persecução penal declaradamente se inspirar num deles (alemão) e negar a imensa coincidência com o outro (português), eventualmente a questão do desbordamento dos limites constitucionais seria pauta de análise pelo STF.

As experiências de outros países e o cenário internacional de forte tendência consensualista que deram os contornos para o desenho do instituto negocial em comento são imprescindíveis para a sua compreensão, mas ignorar as peculiaridades nacionais do sistema constitucional e do modelo de justiça criminal só pode desembocar num impasse que compromete gravemente a axiologia do nosso ordenamento jurídico. Por isso, no capítulo seguinte, trataremos das impressões primitivas acerca do (des)encaixe do acordo de não persecução penal no nosso sistema de justiça.

### III – IMPRESSÕES PRELIMINARES OU IMPRECIÇÕES PREAMBULARES?

Em princípio, cumpre-nos notar a latência retificatória de elementos tão pontuais quanto essenciais sobre o acordo de não persecução penal. Tratam-se de constatações imediatas, que entendemos de primeira ordem não em razão de sua evidência, mas ao contrário, justo porque produzem efeito dissimulatório. Daí o motivo para dedicarmos o presente capítulo às percepções inaugurais que dizem respeito não só à nomenclatura e demais aspectos formais do acordo de não persecução penal, mas que tangenciam graves questões materiais e de qualidade prática acerca do instituto. São imprecisões de três sortes: terminológica, formal e teórica.

#### 3.1 Imprecisão terminológica: acordo de não *denúncia* penal

Precisão terminológica não é atributo do instituto em estudo. Isso porque quando falamos em persecução penal em sentido amplo pode ser que estejamos aludindo tanto à persecução penal judicial, consubstanciada no processo criminal (fase processual), quanto à investigação criminal preliminar, levada a efeito em sede de inquérito policial ou de procedimento investigatório criminal (fase pré-processual). Há, portanto, gênero e espécies de persecução penal.

O pacto engendrado entre acusação e defesa no acordo de não persecução penal se refere exclusivamente ao oferecimento da denúncia, restringindo a persecução penal à diligência acusatória, o que absolutamente não procede do ponto de vista técnico-jurídico. Nesse sentido, assevera MARQUES (2003, p. 138) que:

[...] a *persecutio criminis* tem dois momentos distintos: o da investigação e o da ação penal. Esta consiste no pedido de julgamento da pretensão punitiva, enquanto a primeira é atividade preparatória da ação penal, de caráter preliminar e informativo: *inquisitivo nihil est quam informatio delicti*. (Grifos no original)

Na mesma linha, vide o que leciona MARCÃO (2018, p. 121):

A **persecução penal em sentido amplo** se desenvolve em dois momentos distintos. Inicia-se com o inquérito, na fase preliminar, de investigação, que tem natureza administrativa, e **pode** se estender em juízo, caso ocorra instauração de processo, quando então o procedimento respectivo deverá observar princípios como o do devido processo legal, ampla defesa e contraditório. (Grifos no original)

Mais acertado seria, então, nomear o instrumento de acordo de *não denúncia* penal. Não se trata de reles preciosismo. É que a nomenclatura inexata pode levar o investigado a uma decisão sem clareza, erroneamente embasada na premissa de que a cessação da

persecução abrangeria quaisquer procedimentos investigatórios, e não implicaria em penalidade, uma vez que sequer houve provocação da jurisdição penal.

Essa distinção – entre investigação e acusação – também é sustentada por AVENA (2017, p. 123), quando aparta as funções de investigação e de acusação, ambas espécies do mesmo gênero persecução penal:

Por fim, observe-se que a conjugação da atividade investigatória realizada pela polícia judiciária com a ação penal deduzida pelo Ministério Público ou pelo ofendido constitui o que se chama de **persecução penal**. Enfim, trata-se de expressão que tem o significado de perseguir o crime visando à condenação e punição do infrator, traduzindo-se como atividade que envolve tanto a polícia judiciária como quem detenha a legitimidade para instauração do processo criminal. (Grifo no original)

Da mesma forma, TÁVORA (2018, p. 125-126) defende claramente a existência de duas fases persecutórias:

A persecução penal para a apuração das infrações penais e sua respectiva autoria comporta duas fases bem delineadas. A primeira, preliminar, inquisitiva, e objeto do presente capítulo, é o inquérito policial. A segunda, submissa ao contraditório à ampla defesa, é denominada de fase processual. Assim, materializado o dever de punir do Estado com a ocorrência de um suposto fato delituoso, cabe a ele, Estado, como regra, iniciar a *persecutio criminis* para apurar, processar e enfim fazer valer o direito de punir, solucionando as lides e aplicando a lei ao caso concreto.

Pois bem. O primeiro momento – investigatório – atine a um procedimento, em geral administrativo ou extrajudicial. Mas não há dúvidas de que a persecução penal investigativa por excelência se materializa no inquérito policial, a cargo da polícia judiciária<sup>25</sup> (civil ou federal, a depender da natureza da infração penal), presidido pela autoridade correspondente (delegado de polícia), sempre documentado, numa lógica inquisitorial. Eis o que preceitua a legislação:

---

<sup>25</sup> Há quem, como LIMA (2015, p. 180), faça distinção entre atribuição de **polícia judiciária**, relacionada às atribuições de auxiliar o Poder Judiciário no cumprimento de mandados e ordens judiciais, e de **polícia investigativa**, esta última sim atinente à apuração de infrações penais. Aqui utilizamos a expressão “polícia judiciária” meramente como antônima de polícia ostensiva ou preventiva (polícia militar), no mesmo sentido conferido por SILVA (2006, p. 1054): “Polícia Judiciária. Denominação dada ao órgão policial, a que se comete a missão de averiguar a respeito dos fatos delituosos ocorridos ou das contravenções verificadas, a fim de que sejam os respectivos delinquentes ou contravenções verificadas, a fim de que sejam os respectivos contraventores ou delinquentes punidos por seus delitos ou por suas infrações. A polícia judiciária é **repressiva**, porque, não se tendo podido **evitar o mal**, por não ter sido previsto, ou por qualquer outra circunstância, procura, pela investigação dos fatos criminosos ou contravenacionais, recolher as provas que os demonstram, descobrir os autores deles, entregando-os às **autoridades judiciárias**, para que cumpram a lei” (Grifos no original) e por TÁVORA (2018, p. 126): “De atuação repressiva, que age, em regra, após a ocorrência de infrações, visando angariar elementos para apuração da autoria e constatação da materialidade delitiva.”

Lei nº 12.830/2013: Art. 2º As funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado.

§ 1º Ao delegado de polícia, na qualidade de autoridade policial, cabe a condução da investigação criminal por meio de inquérito policial ou outro procedimento previsto em lei, que tem como objetivo a apuração das circunstâncias, da materialidade e da autoria das infrações penais.

Ainda que tenha uma função preparatória da ação penal, estando destinado à coleta de elementos informativos da prática do crime, é dotado de dispensabilidade, de modo que não obsta que a ação penal seja intentada desde já, mesmo antes de instaurado o procedimento policial. Assim conclui LIMA (2015, p. 117):

Se a finalidade do inquérito policial é a colheita de elementos de informação quanto à infração penal e sua autoria, é forçoso concluir que, desde que o titular da ação penal (Ministério Público ou ofendido) disponha desse substrato mínimo necessário para o oferecimento da peça acusatória, o inquérito policial será **perfeitamente dispensável**. (Grifo nosso.)

Contudo, a investigação pode ter lugar noutras searas. O próprio Ministério Público, conforme já assentou o STF no RE 593.727, em razão da teoria dos poderes implícitos, pode exercer função investigatória, sem prejuízo da atuação concomitante da polícia, e respeitados os direitos e garantias do investigado e da defesa. Assim fixou-se a seguinte tese, em sede de repercussão geral:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

Acresça-se que o STJ possui o mesmo entendimento, e consolidou em enunciado sumular o que segue: “A participação de membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia” (Súmula nº 234). Noutros termos, estão na esfera de competência **conjuntiva** do *Parquet*, não auto excludentes, tanto a atividade investigativa como a acusatória.

É certo que nas hipóteses em que um membro do Ministério Público é a pessoa investigada pela prática de crime, a apuração necessariamente cabe à própria instituição, sob a

supervisão do respectivo chefe (Procurador Geral da República ou Procurador Geral de Justiça, conforme o caso). Veja-se a determinação legal:

LC nº 75/93: Art. 18. [...] Parágrafo único. Quando, no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por membro do Ministério Público da União, a autoridade policial, civil ou militar, remeterá imediatamente os autos ao Procurador-Geral da República, que designará membro do Ministério Público para prosseguimento da apuração do fato.

Lei nº 8.625/93: Art. 41. [...] Parágrafo único. Quando no curso de investigação, houver indício da prática de infração penal por parte de membro do Ministério Público, a autoridade policial, civil ou militar remeterá, imediatamente, sob pena de responsabilidade, os respectivos autos ao Procurador-Geral de Justiça, a quem competirá dar prosseguimento à apuração.

Mas, tal qual já demonstrado, mesmo para além dessas situações está o Ministério Público autorizado a promover a persecução investigativa, e o instrumento para tanto é o procedimento investigatório criminal – PIC, de natureza administrativa e inquisitorial. O referido procedimento encontrava regulamentação na Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, de 2 de outubro de 2006, que foi expressamente revogada pela novel Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, essa última objeto de estudo do presente trabalho, e da qual trataremos com minúcias mais adiante.

Não se olvide, no entanto, que o PIC, tal qual o inquérito policial, é providência totalmente dispensável quando o Ministério Público já dispuser de um arcabouço acusatório mínimo, apto a sustentar a justa causa para a ação penal. Repare-se no teor da normativa do CNMP que o regulamenta:

Resolução nº 181/2017: Art. 1º O procedimento investigatório criminal é instrumento sumário e desburocratizado de natureza administrativa e investigatória, instaurado e presidido pelo membro do Ministério Público com atribuição criminal, e terá como finalidade apurar a ocorrência de infrações penais de iniciativa pública, servindo como preparação e embasamento para o juízo de propositura, ou não, da respectiva ação penal.

**§ 1º O procedimento investigatório criminal não é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal e não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos legitimados da Administração Pública.** (Grifos nossos.)

A disposição não se atém a estabelecer que o PIC é dispensável, dado que não constitui condição de procedibilidade ou pressuposto processual (como é caso da representação nas ações penais condicionadas), mas vai além: faz constar expressamente acerca da competência de outros órgãos administrativos legitimados para a atividade investigatória.

Por óbvio, a questão é notadamente mais delicada quando se tenciona a dispensabilidade da **denúncia** para a imposição de pena criminal. Ao nosso ver, a persecução penal acusatória pode ocorrer sem embargos, a par da dispensa de um procedimento investigativo formal como o PIC, mas uma vez que o Ministério Público pretenda a aplicação de sanção penal, é imprescindível o devido processo penal **legal**. Vide LIMA (2015, p. 203):

Com efeito, no âmbito processual penal, em face do princípio *nulla poena sine iudicio*, ter-se-á uma pretensão insatisfeita, vez que, para solucionar a demanda penal, é sempre necessário o processo, pois o Estado não pode aplicar a norma penal de imediato, mesmo que haja a concordância de quem cometeu o delito. Para que as regras punitivas atuem concretamente, torna-se imprescindível o processo, pois a pena não pode ser imposta diretamente ao autor do crime, sem prévia apuração de sua responsabilidade. Afinal, o *jus puniendi* é de coação indireta em face da exigência de que a pena só seja imposta após regular processo.

Mais adiante, o mesmo autor cuida de formular ressalva à transação penal nos Juizados Especiais Criminais, que oportuniza a proposta de acordo para imposição de pena restritiva de direitos ou multa antecipadamente, obstando a denúncia. Ocorre que sequer é possível alegar que a hipótese constitui verdadeira exceção, pois encontra expressa previsão legal na Lei nº 9.099/1995, e não implica em confissão dos fatos imputados. Tanto mais que do próprio texto legal consta que a celebração do acordo não implica em reincidência, não constitui antecedente criminal e, porque não se funda em assunção de responsabilidade, não produz efeitos civis:

Lei nº 9.099/95: Art. 76 [...] § 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.

§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.

§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.

Mas a legalidade é assunto para o subtítulo subsequente, motivo pelo qual nos atemos a asseverar aqui que a dispensabilidade de procedimento próprio somente alcança a persecução penal investigativa, mas jamais abrangerá a acusatória. A ação penal é, desse modo, mandatária no caso de se pretender uma pena criminal ou o reconhecimento oficial (estatal) de responsabilidade. O devido processo legal e a presunção de inocência assim determinam.

É recorrente a manifestação doutrinária de um temor para com o autoritarismo jurisdicional, os decisionismos e outras potenciais arbitrariedades por parte do magistrado, bem retratada por SILVA, E. (2014, p. 461):

Evidencia-se, nessa perspectiva, a impossibilidade jurídico-democrática de se condenar alguém ou proceder a qualquer outra restrição de direito fundamental oficiosa pelo órgão jurisdicional. Por oficiosa, entenda-se, sem requerimento do titular da função acusadora.

Sucedem que há mecanismos bastante eficientes para lidar com tais situações, não somente os principiológicos (contraditório, ampla defesa, defesa técnica, dignidade humana, devido processo legal), mas também os de ordem palpável, como os recursos, a correição judicial, a correição parcial, dentre tantos outros. A questão dos abusos e das omissões são solucionadas por meio de procedimentos próprios, e não devem ser tomadas como de ocorrência pressuposta.

Já quando da transferência da função de julgar para o polo acusatório, não dispomos de nenhum mecanismo de controle, sequer similar. No acordo de não persecução penal, translada-se o poder para o Ministério Público, naturalmente tendente e parcial, sem a correspondente contrapartida. O juiz, personagem puramente homologatório, vê-se de mãos atadas, com seu poder decisório subtraído ou, ao menos, drasticamente reduzido.

Assim, da mesma forma que a função acusatória é imprescindível para a condenação, entendemos ser igualmente essencial a função jurisdicional, não se podendo dispor do juiz para a aplicação de pena. BECCARIA (1983, p. 16) alertava quanto à competência para a decisão a respeito da pretensão punitiva:

Efetivamente, em caso de delito, existem duas partes: o soberano, que diz ter sido violado o contrato social; e o acusado, que nega essa violação. É necessário, portanto, que exista entre ambos um terceiro que venha a decidir a contestação. Essa terceira pessoa é o magistrado, cujas decisões são sem apelo e que deve, apenas, esclarecer se há delito ou não.

Não é por acaso que o magistrado é o personagem eleito para dirimir a contenda judicial: representa o terceiro equidistante, imparcial e com preparo técnico, que sopesa pretensão acusatória e defensiva para chegar a uma deliberação final legal, proporcional e adequada. Conferir essa função ao Ministério Público, que embora cumule a função acusatória com a fiscalizatória, é entregar ao acusador o direito de determinar a sanção. A questão, espinhosa, atine ao compromisso do *Parquet* com a parcialidade.

A característica mais marcante do sistema acusatório é a bem delineada separação entre as funções de acusar, defender e julgar. Para LIMA (2015, p. 39), “o processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*”. Confundem-se essas funções quando da

usurpação do papel jurisdicional pelo Ministério Público, que reclama para si o poder de dizer qual a pena aplicável em razão da prática do crime que ele próprio desvelou a pessoa que ele próprio acusou. O quadro se agrava quando, além da ausência do magistrado, notamos que a imposição de sanção criminal se dá sem o devido processo legal, e sem a submissão dos elementos informativos ao contraditório para confirmação.

Da persecução penal investigativa **não participa** o magistrado, pois que se cinge à atenta vigilância da legalidade. Embora a conjuntura inverta-se quando da persecução penal acusatória, o protagonismo, nesse primeiro momento da persecução penal, é do Ministério Público ou da autoridade encarregada do procedimento investigativo.

Não obstante a existência de procedimentos próprios de investigação penal da polícia e do Ministério Público, há ainda a hipótese do desvelamento da prática de crimes no bojo de outros procedimentos administrativos, disciplinares ou não. É o que reza o Código de Processo Penal no seguinte dispositivo:

Código de Processo Penal: Art. 4º A polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria.  
Parágrafo único. A competência definida neste artigo não excluirá a de **autoridades administrativas**, a quem por lei seja cometida a mesma função. (Grifo nosso)

Quando um trabalho eficiente de apuração é promovido, por exemplo, pela Comissão Disciplinar ou outro Grupo de Trabalho constituído no intuito de perquirir sobre a responsabilidade administrativa de um determinado agente, pode ocorrer de a investigação desembocar na descoberta de condutas típicas. E, muito embora haja a independência entre as esferas administrativa, cível e penal, algumas condutas ilícitas no âmbito disciplinar coincidem com a condutas típicas no âmbito penal. Nesse caso, é inclusive imperativo legal que se dê imediata ciência ao Ministério Público:

Lei nº 8.112/1990: Art. 154. [...] Parágrafo único. Na hipótese de o relatório da sindicância concluir que a infração está capitulada como ilícito penal, a autoridade competente **encaminhará** cópia dos autos ao Ministério Público, independentemente da imediata instauração do processo disciplinar. (Grifo nosso)

Então, a persecução penal pode encontrar sede fora dos mecanismos tradicionais de apuração criminal, mesmo que este não constitua o mister institucional direto daqueles que a levam a cabo. É o caso dos crimes descobertos durante os trabalhos de uma Comissão

Parlamentar de Inquérito (CPI), que deve encaminhar cópia de seu relatório final ao Ministério Público, a quem compete com exclusividade a função acusatória. Note-se:

Constituição: Art. 58 [...] § 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, **sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.** (Grifo nosso)

O desfecho há de ser o mesmo quando em se falando do controle externo realizado com o auxílio Tribunais de Contas, no julgamento de tomada de contas especial, sendo providência mandatória o encaminhamento de documentos a respeito de eventual prática ilícita, cível ou penal:

Lei nº 8.443/92: Art. 16. As contas serão julgadas: [...] III - irregulares, quando comprovada qualquer das seguintes ocorrências: [...]

c) dano ao Erário decorrente de ato de gestão ilegítimo ao antieconômico;

d) desfalque ou desvio de dinheiros, bens ou valores públicos.

§ 1º O Tribunal poderá julgar irregulares as contas no caso de reincidência no descumprimento de determinação de que o responsável tenha tido ciência, feita em processo de tomada ou prestação de contas.

§ 2º Nas hipóteses do inciso III, alíneas c e d deste artigo, o Tribunal, ao julgar irregulares as contas, fixará a responsabilidade solidária:

a) do agente público que praticou o ato irregular, e

b) do terceiro que, como contratante ou parte interessada na prática do mesmo ato, de qualquer modo haja concorrido para o cometimento do dano apurado.

§ 3º Verificada a ocorrência prevista no parágrafo anterior deste artigo, **o Tribunal providenciará a imediata remessa de cópia da documentação pertinente ao Ministério Público da União, para ajuizamento das ações civis e penais cabíveis.** (Grifo nosso)

Em linhas gerais, sempre que os responsáveis por procedimentos de fiscalização de quaisquer órgãos públicos dotados de poder de polícia se puserem diante da eventualidade do cometimento de um crime, é dever a comunicação à autoridade competente para a ação penal, qual seja, o Ministério Público. A ilação encontra razão de ser na exclusividade acusatória de que são dotados os membros da instituição quando em se falando de crimes de ação penal pública, o que nos conduz ao segundo momento – acusatório – da persecução penal.

Antes, exceção seja feita à ação penal de iniciativa privada exclusiva, na qual a capacidade acusatória compete à vítima ou aos seus representantes legais, e à ação penal privada personalíssima, em que somente a vítima está apta ao exercício do direito de queixa.

Acresça-se ainda a possibilidade de promoção de investigação criminal particular, em qualquer tipo de ação penal, realizada por detetives e recentemente regulamentada por meio

da Lei nº 13.432/2017. Mas, apesar de a atividade investigativa encontrar limitações legais quanto à colheita de provas, tendo acesso somente àquelas técnicas facultadas a qualquer cidadão comum, e de a colaboração com a polícia judiciária depender de autorização da autoridade policial, a seu exclusivo talante, indubitavelmente representa a persecução penal extraoficial, desenvolvida pelo particular.

Retomemos então ao momento subsequente da persecução penal. Já inferimos que não é apenas o Ministério Público quem promove persecução penal investigativa (fase pré-processual), mas é somente a ele quem compete a apresentação da peça acusatória e a deflagração da jurisdição penal nas hipóteses de ação penal de iniciativa pública (fase processual). É inclusive disposição constitucional: “Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei [...]”

Ocorre que a expressão “acordo de não persecução penal” pretende restringir a aceção persecutória exclusivamente a esse segundo momento, da ação penal, fazendo crer o acusado que não verá pesar contra si o enalço estatal punitivo, o que definitivamente não corresponde à realidade. Conforme veremos, a tratativa em epígrafe resvala necessariamente na imposição de uma penalidade, muito embora negociada, e pressupõe o mínimo de investigação prévia (persecução penal). Além disso, acaso descumprida, autoriza o prosseguimento nas diligências judiciais, a começar pela apresentação de denúncia pelo Ministério Público. Comprove-se da simples leitura da normativa do CNMP:

Resolução nº 181/2017: Art. 18 [...] § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, **o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.** (Grifo nosso).

Não se pode falar, portanto, em ausência de persecução penal quando da celebração do pacto entre o *Parquet* e o investigado. Em verdade, o acordo é fruto justamente do trabalho preliminar de investigação, seja do Ministério Público, seja da polícia judiciária, seja em sede de outra espécie de procedimento administrativo. Não fosse assim, caso não constasse em desfavor do acusado um ínfimo potencial condenatório, um arcabouço indiciário da autoria, por óbvio que o agente não teria sequer interesse na negociação. Afinal, a investigação haveria de ter desfecho num arquivamento, dada a ausência de justa causa para eventual ação penal. Leia-se o que assevera PACHELLI (2017, p. 40):

Nesse campo, o que deve orientar a aplicação do direito é a proteção do jurisdicionado contra a ineficiência e o abuso da atividade estatal. O princípio atua, pois, como norma de **controle** das atividades do Poder Público, de modo a garantir que somente uma persecução penal fundada em provas seguras possa ser instaurada. Na dúvida ou na insuficiência do material probatório, o caminho deve ser sempre o arquivamento do inquérito ou das peças de informação. (Grifo no original).

Na mesma linha, vide LIMA (2015, p. 110):

Daí a importância do inquérito policial, instrumento geralmente usado pelo Estado para a colheita desses elementos de informação, viabilizando o oferecimento da peça acusatória quando houver justa causa para o processo (*fumus comissi delicti*), mas também contribuindo para que pessoas inocentes não sejam injustamente submetidas às cerimônias degradantes do processo criminal.

Por derradeiro, ainda quando à imprecisão terminológica, temos que persecução é assim definida por SILVA (2006, p. 1034): “Do latim *persecutione*, indica ato ou efeito de perseguir, a perseguição. Designa também o tratamento injusto e cruel dispensado aos cristãos.” Já com relação ao significado do termo “perseguição”, vide a explicação técnico-jurídica do mesmo autor:

Do latim *persecutio*, de *persequi* (perseguir sem parar, ir ao encalço, perseguir), é tomado na acepção jurídica como a **ação de seguir ou perseguir em justiça**. É, pois, o **prosseguimento judicial** ou **instância**, para se haver o que é direito ou para fazer aplicação da pena ou do castigo a que se está sujeito. Tem, assim, a mesma significação de **persecução** aplicado para significar, também, a **ação de perseguir**. [...] No sentido penal, além da ideia de **ação da justiça para punição ou condenação do responsável por um delito ou crime**, em processo regular, entende-se a **ação para capturar ou prender o criminoso, a fim de que se veja processar e venha a sofrer a pena que for aplicada**. (p. 1034-1035. Grifo nosso)

Vê-se, então, que a questão terminológica não se refere simplesmente à aposição de um nome ao instituto. A designação é tema da superfície, porém tende a revelar mais sobre **quem** designa do que sobre **o que** designa. O termo “acordo de não persecução penal” traduz a maneira como o Ministério Público enxerga os limites da própria competência – ou a ausência deles –, bem como encara o resumo da persecução penal encerrado apenas à própria atuação, ignorando o papel de outras instituições com igual função investigativa. Em verdade, a terminologia é representativa da latência de que já apontamos: encobre outras tantas camadas de imprecisão.

### 3.2 Imprecisão formal: poder *regulamentativo*

A problemática que circunda o acordo de não persecução não diz respeito tanto ao seu mérito, que num suposto epitáfio à justiça penal negociada<sup>26</sup>, forja uma pretendida participação do apenado na decisão a respeito de sua sanção, mas se refere principalmente ao seu modo de elaboração e introdução no ordenamento jurídico.

Já dizia BECCARIA (1983, p.15-16) que: “[...] **apenas** as leis podem indicar as penas de cada delito e que o direito de estabelecer leis penais não pode ser senão da pessoa do legislador, que representa toda a sociedade ligada por um contrato social.” (Grifo nosso). A afirmação, tão elementar, traduz o princípio da legalidade estrita, consignada no artigo inaugural do nosso Código Penal – CP nos seguintes termos: “Art. 1º Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.”

O status constitucional do referido princípio expressa-se em mandamento fundamental insculpido taxativamente no célebre artigo 5º da Constituição, com redação praticamente igual à do CP: “art. 5º [...] XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal [...]”, sobre o qual GRECO (2015b, p. 2) tece o seguinte comentário:

O princípio da legalidade possui quatro funções fundamentais: 1ª) proibir a retroatividade da lei penal (*nullum crimen nulla poena sine lege praevia*); 2ª) proibir a criação de crimes e penas pelos costumes (*nullum crimen nulla poena sine lege scripta*); proibir o emprego de analogia para criar crimes, fundamentar ou agravar penas (*nullum crimen nulla poena sine lege stricta*); proibir incriminações vagas e indeterminadas (*nullum crimen nulla poena sine lege certa*).

É bem verdade que quando se fala em legalidade estrita para a criação de delito e para a cominação de penas não se está exatamente tratando de processo penal, mas de direito penal. No entanto, é preciso atentar que o direito material não se pode dissociar inteiramente do direito processual, como fossem completamente destacados e autônomos.

O processo penal certamente instrumentaliza e condiciona a finalidade retributiva do direito penal, e sem ele não há que se falar em sanção. Nas palavras de TÁVORA (2018, p.

---

<sup>26</sup> Em verdade não consideramos que sequer se trate de justiça penal negociada. Isso porque quiçá há a efetiva participação do Poder Judiciário, mas uma mera simulação de representatividade jurisdicional, figurativa e remendada. A preocupação foi tanta em incluir o investigado na deliberação sobre sua pena, que se deu a completa exclusão da figura do magistrado no acordo quando da edição inicial da Resolução nº 181/2017. A gafe, posteriormente constatada, foi reparada com a publicação da Resolução nº 183/2018, que tentou remediar o equívoco submetendo o acordo à necessária homologação judicial. Mas a emenda saiu pior que o soneto: somente evidenciou a intenção de conferir ao juiz um papel secundário no pacto, travestido de negociação penal. O tema é objeto do quarto capítulo.

46): “[...] o processo penal deve ser compreendido de sorte a conferir efetividade ao direito penal, fornecendo os meios e o caminho para materializar a aplicação da pena ao caso concreto”. Nesse sentido, conclui-se que da legalidade deriva a acepção atual de *due process of law*:

O devido processo legal guarda suas raízes no princípio da legalidade, garantindo ao indivíduo que somente seja processado e punido se houver lei penal anterior definindo determinada conduta como crime, cominando-lhe pena. Além disso, modernamente, representa a união de todos os princípios penais e processuais penais, indicativo da regularidade ímpar do processo criminal. (NUCCI, 2014. p. 33)

Para a imposição de pena não se pode prescindir do processo penal, a menos que a própria lei expressamente o dispense, e desde que observado o devido processo legal, com todos os seus propósitos garantistas. Nesse caso, se o respeito à legalidade é condição indispensável para o transcurso regular do processo penal, também o é para que este não sobrevenha.

Há, pois, quem defenda uma “leitura” ou uma “visão” constitucional do processo penal, e isso se deve à precedência cronológica do Código de Processo Penal – CPP à Constituição, bem como ao contexto histórico-ditatorial em que o CPP está inserto. Contudo, temos por certo ocorre justamente o inverso em termos de parâmetro normativo: as disposições constitucionais é que orientam o processo penal, preterindo o CPP e cedendo lugar ao que se denomina **processo penal democrático**.

Elucidativa a lição de FLEINER-GESTER (2006, p. 254) no seguinte trecho:

De onde tira o juiz o direito de condenar o culpado? Naturalmente da lei que lhe concede esse direito. De onde extrai o legislador o direito de condenar certos comportamentos dos homens e de incumbir o juiz de julgar os acusados? Evidentemente da Constituição. De onde deduz o constituinte o direito de dar o legislador a competência de editar leis? Do direito democrático de autodeterminação do povo, não da soberania.

De modo singelo, o autor percorre todo o caminho – desde a condenação judicial até a fonte do poder estatal – e demonstra, de trás para frente, a lógica constitutiva das normas, do Estado e da organização social. Tudo deriva, assim como preleciona a nossa Constituição, do poder popular, tradução singular que é do espírito democrático. Daí, à semelhança de “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único da Constituição) a “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, inciso LIV da Constituição), no percurso constitucional e na explanação da origem do poder punitivo, não há disposição que não seja vocacionada ao governo de todos os cidadãos.

A razão de ser da exigência de lei para infligir penas se funda também na separação de poderes, consagrada no texto constitucional da seguinte maneira: “São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário” (art. 2º da Constituição). A divagação filosófica que originou o **princípio de Montesquieu** originalmente descreveu um divórcio estanque e inflexível entre os poderes, mas modernamente é consenso que se tratam de funções, não de poderes, pois o poder estatal é uno e indivisível, e que a divisão é apenas formal, não substancial, eis que o **sistema de pesos e contrapesos** – contenção do poder pelo poder – fornece fundamento para intervenções recíprocas no escopo da manutenção do equilíbrio funcional.

Admite-se, então, ligeira mitigação da repartição funcional clássica, o que não significa que, quanto ao exercício de funções típicas ou primárias (de legislar pelo Legislativo; de julgar pelo Judiciário, de governar pelo Executivo) seja facultada alguma usurpação. Também pouco interessa o contexto originário do surgimento da separação de poderes se hoje a técnica se destina à proteção de direitos fundamentais, como ensina BOBBIO (2015, p. 228):

[...] a doutrina da separação dos poderes é historicamente de origem burguesa; mas a exigência que ela exprime, a defesa contra o caráter absoluto do poder, e as técnicas constitucionais que ela inspirou (independência relativa e recíproca dos órgãos titulares das três funções fundamentais do Estado) não são mais burguesas do que proletárias; são conquistas civis. BOBBIO, (2015, p. 228.)

Identificamos, até então, alguns pressupostos para a criação de regras processuais penais, quais sejam: a indispensabilidade de lei em sentido estrito, devidamente elaborada e discutida em sede parlamentar (em respeito à necessária observância do princípio da separação dos poderes), segundo o devido processo legal (tanto de um aspecto formal, ou processual-legislativo, para a criação da lei processual penal, quanto de um aspecto material ou do teor normativo, a fim de que a ação penal seja pautada nos conformes constitucionais). Uma vez delineados esses parâmetros de regularidade normativa, passemos à análise formal pela qual a presente pesquisa tanto reclama.

Cumpramos, desde logo, que o acordo de não persecução penal foi criado no bojo de normativa infralegal editada pelo CNMP: a Resolução nº 181/2017, bem como que faculta a imposição de penalidades ora denominadas eufemisticamente de “condições”<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> Vide o teor do dispositivo atinente da Resolução nº 181/2017: Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as **seguintes condições**, ajustadas cumulativa

Coincidentemente, essas condições têm exata equivalência a sanções penais, conforme analisaremos no derradeiro capítulo da pesquisa. Não bastasse isso, impende observar ainda que disposições de direito processual são matéria de competência privativa da União (artigo 22, inciso I da Constituição), mormente quando vocacionadas à supressão da ação penal.

Assim, é relevante sabermos acerca da exteriorização jurídica da matéria a fim de indicarmos se a introdução normativa do instituto no mundo do Direito ocorreu regradamente ou se suprimiu etapas e usurpou competências ou prerrogativas institucionais. Para tanto, imprescindível a identificação de alguns elementos essenciais: a **fonte** (de onde emana a norma jurídica), a **forma** (como se exterioriza a norma jurídica), o **conteúdo** (se a forma empregada comporta a matéria tratada na norma jurídica) e o **procedimento** (o respeito às etapas e competências de instituição da norma jurídica).

Por uma questão metodológica, trataremos primeiro, e conjuntamente, da **forma** (como se exterioriza a norma jurídica) e do **conteúdo** (se a forma empregada comporta a matéria tratada na norma jurídica), eis que um toma por empréstimo o fundamento do outro quanto à adequação, embora não se confundam. Como é cediço, repisamos que a criação da espécie de tratativa penal se deu no corpo de um ato normativo denominado **resolução**, qual seja, a Resolução nº 181/2017 do CNMP.

A referida forma é típica do exercício do poder regulamentar, para quando a autoridade administrativa se incumbir da edição de ato administrativo que proceda à especificação de determinada lei em sentido estrito, ou para regular o próprio funcionamento institucional. Não se admite, então, a atividade normativa inovadora, essa última de competência exclusiva do Poder Legislativo. Senão, veja-se o ensinamento de CARVALHO FILHO (2017, p.117):

Tais resoluções são típicos atos administrativos, tendo, portanto, **natureza derivada**; pressupõem sempre a existência de lei ou outro ato legislativo a que estejam **subordinadas**. Destarte, não se confundem com as resoluções previstas no texto

---

ou alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público; IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (Grifo nosso)

constitucional, como é o caso das relacionadas no art. 59, VII, que integram o processo legislativo. (Grifos no original. p. 117)

De já reparamos que a resolução não trata de assuntos que venham a extrapolar a esfera administrativa. Há, portanto, não só vício de forma, mas também de conteúdo. Podemos inclusive afirmar que as resoluções são atos necessariamente *interna corporis*, pois se destinam à regulação de matérias atinentes à instituição da qual emanam. Nesse sentido é a definição de SILVA (2006, p. 1221):

As resoluções são tomadas **dentro da autoridade que se outorga ao poder**, pelo que não estão subordinadas nem sujeitas à aprovação ou referenda de qualquer outro poder. É ato que se funda na própria atribuição conferida ao órgão ou representante do poder público. Nesta razão, as resoluções entendem-se sempre *atos de autoridade*. E, em regra, dizem respeito a *questões de ordem administrativa ou regulamentar*. (Grifos nossos)

Daqui em diante tratamos também da **fonte** (de onde emana a norma jurídica), mais precisamente da fonte material, ou criadora do direito, pois que a fonte formal se confunde com a forma. Segundo NUCCI (2014, p. 75), a legislação e criação de normas de processo penal cabe à União, dado o âmbito nacional do Direito Processual Penal. É inconcebível, portanto, que o CNMP pretenda regular matéria que, além de ser objeto exclusivo de lei, compete privativamente ao Poder Legislativo da União.

Desta feita, conclui-se que a Resolução nº 181/2017 do CNMP, como qualquer outro ato normativo expedido pelo CNMP, haveria de restringir-se à edição de regulamentação administrativa, dispondo estritamente acerca da atuação institucional dos órgãos do Ministério Público; estabelecendo procedimentos internos; condutas funcionais e eventuais sanções disciplinares; fluxos de trabalho; estruturação hierárquica ou horizontalização da carreira; fiscalização e controle da atuação ministerial; ou outro tema que diga respeito à administração ou às finanças do Ministério Público. Em 2004, a Emenda Constitucional nº 45 acresceu artigo ao texto constitucional que regula a existência e a competência do CNMP, leia-se:

Constituição: Art. 130-A [...] § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o **controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais** de seus membros, cabendo-lhe:  
I - zelar pela **autonomia funcional e administrativa** do Ministério Público, podendo expedir **atos regulamentares, no âmbito de sua competência**, ou recomendar providências;  
II - zelar pela observância do art. 37 e apreciar, de ofício ou mediante provocação, a **legalidade dos atos administrativos** praticados por membros ou órgãos do Ministério Público da União e dos Estados, podendo desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, sem prejuízo da competência dos Tribunais de Contas;

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

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

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

O caput do parágrafo supratranscrito é taxativo, e circunscreve com precisão os limites atributivos do CNMP. Tão logo do primeiro inciso vê-se que a expedição de atos regulamentares se reduz ao âmbito de sua competência, qual seja: administrativa e financeira. Para além dessas duas searas de alçada, cabe ao CNMP a simples **recomendação** de providências, exatamente conforme reza o texto constitucional, sob pena de se imiscuir em âmbito estranho ao de sua competência.

Ademais, causa estranheza que dentre as atribuições do CNMP esteja justamente a de controle da legalidade de atos administrativos (art. 130-A, § 2º, inciso II da Constituição) quando este sequer atenta para a legalidade do próprio ato administrativo. Por óbvio que a Resolução nº 181/2017, ao menos no que concerne ao art. 18, extrapolou – e muito – o campo de ação conferido ao CNMP, pois suprimiu a prerrogativa funcional do Poder Legislativo (embora nem sequer o Ministério Público, a rigor, constitua um poder à altura de opor-lhe freio), e julgou-se no direito de determinar condutas e condicionar a atuação do Poder Judiciário (como se fosse factível a regulamentação da atuação de um poder cuja função decisória é da essência).

Discorremos alhures e brevemente sobre a separação dos poderes, o que pode gerar certa confusão teórica. É que o Ministério Público não se classifica como um poder, nem sequer integra algum. Com razão, isso se dá em nome da autonomia da instituição, que há de se manter íntegra, apta à apuração e denúncia sempre livre de pressões ou interferências de quem quer que seja.

Contudo, cuidamos de advertir que a acepção moderna do princípio da separação de poderes compreende mais uma técnica de sopesamento de funções que um modelo estanque. Repare-se bem: é de **funções** que se fala, de modo que a teoria cai como uma luva quando tratamos de uma figura ministerial que, à época do esboço principiológico, sequer havia sido concebida tal qual nos moldes atuais. Por conseguinte, também o Ministério Público, ainda que

por intermédio de órgão administrativo que é o CNMP, está sujeito a ater-se aos confins que a Constituição lhe extremou, sem avançar um tanto mais, nem recuar um pouco menos.

Eis que a imprecisão formal se exhibe com clareza. Em síntese, fixemos que a **forma** escolhida foi a resolução, e o **conteúdo** foi o acordo de não persecução penal. Fosse o reverso para apenas uma das duas coisas: lei no lugar de resolução; ou questões *interna corporis* no lugar de acordo de não persecução penal, e o CNMP teria se havido com total acerto. Mas não foi o caso. Não houvesse sido a **fonte** o CNMP, mas o Poder Legislativo o autor de lei com igual conteúdo, e não estaria o instituto fadado à total inexistência no mundo jurídico, maculado por tantos desacertos.

Resta-nos ainda abordar o **procedimento** (o respeito às etapas e competências de instituição da norma jurídica), para o que tomamos por empréstimo a pertinente crítica de ZIESEMER (2018, p. 27):

Chama a atenção a rapidez com que o Conselho Nacional do Ministério Público deflagrou, instruiu e concluiu o processo de edição da nova resolução, restando tudo concluído, inclusive a aprovação da novel regulamentação, até agosto de 2017 (de janeiro a agosto de 2017). Entende-se que o debate deveria ser ampliado, com o específico estudo de números, estatísticas, entrevistas com membros, visitas a unidade do Ministério Público com atuação na área criminal, enfim, a remodelação de uma resolução deste porte não deveria utilizar conceitos genéricos, como tratado mais adiante.

Contudo, não foi o que se verificou do Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 01/2017, pois este se limitou à consulta de autoridades que reputou convenientes, ultimando-se o término dos trabalhos para 12 de maio de 2017. Destarte, foram desconsiderados aspectos relevantes de estudo, como análises empíricas, dados gerais, específicos, e ampla consulta a membros do Ministério Público, sobretudo àqueles que todos os dias trabalham com procedimentos de investigação criminal. Igualmente foram desconsiderados no despacho de instauração, a possibilidade de avaliação da estrutura física e humana do Ministério Público, que é que, será em última análise o responsável por ficar na linha de frente da investigação criminal e também o que será cobrado e exigido por todos os lados.

Mais do que uma carência de diálogo institucional interno, nos soa extremamente grave a ausência de participação popular na discussão do tema. A prerrogativa de convocação de audiências públicas foi simplesmente ignorada. E o autor, talvez por ser Promotor de Justiça, identifica como problema crucial o fato de a estrutura humana ter sido absolutamente desconsiderada, pois o responsável pela investigação criminal encontra-se “na linha de frente”, sujeitando-se a cobranças e pressões de toda sorte. Ora, qual personagem encontra-se mais na linha de frente que o acusado? Qual figura sofre mais pressão que o magistrado no dilema decisório? Quem é mais cobrado que o defensor? A quem esses assuntos interessam mais que a sociedade? Mesmo assim, ninguém mais teve voz nas estipulações normativas. O CNMP não

teve a cortesia de, ainda que simbolicamente, realizar consultas extraministeriais na tentativa de legitimar a usurpação de poder que promoveu.

O acordo impôs-se goela abaixo, ao revés de percorrer os tortuosos caminhos de uma legítima normatização, e de se afigurar coerente com as próprias bases principiológicas justificantes para sua criação. Não pode haver maior ofensa ao poder regulamentar que a sua completa desvirtuação, como é o caso. Segundo CARVALHO FILHO (2017, p. 72):

Por via de consequência, **não podem considerar-se legítimos os atos de mera regulamentação, seja qual for o nível da autoridade de onde se tenham originado**, que, a pretexto de estabelecerem normas de complementação da lei, criam direitos e impõem obrigações aos indivíduos. Haverá, nessa hipótese, indevida interferência de agentes administrativos no âmbito da função legislativa, com flagrante ofensa ao princípio da separação de Poderes insculpido no art. 2º da CF.<sup>51</sup> Por isso, de inegável acerto a afirmação de que **só por lei se regula liberdade e propriedade; só por lei se impõem obrigações de fazer ou não fazer, e só para cumprir dispositivos legais é que o Executivo pode expedir decretos e regulamentos**, de modo que são **inconstitucionais** regulamentos produzidos em forma de **delegações disfarçadas** oriundas de leis que meramente transferem ao Executivo a função de disciplinar o exercício da liberdade e da propriedade das pessoas. (Grifos nossos)

Ainda que o instituto siga a tendência negocial, pendendo para a inovação do sistema acusatório, num viés pretensamente democrático, as mudanças não obrigatoriamente de ocorrer em sede de diploma legal em sentido estrito. O atropelamento dessa premissa subverte a lógica do Direito Penal e compromete a regularidade do Direito Processual Penal. Afinal, a previsão normativa à revelia dos procedimentos constitucionais não significa uma preocupação excessiva com o formalismo; é em verdade uma inquietação inveterada, condizente com a estrutura de todo o sistema punitivo.

Acompanham o entendimento pela imprescindibilidade de lei em sentido formal para a instituição de espaços de consenso no processo penal MARIN FILHO et al (2018, p. 210):

Mas o mais relevante disto: tanto a transação como a suspensão condicional do processo decorrem de lei (Lei nº 9.099/95, artigos 76 e 89, respectivamente). Esse é o norte essencial: o processo penal brasileiro é pautado por ela. Aliás, é um preceito constitucional, na medida em que a titularidade da ação penal pública conferida pelo Ministério Público, de forma privativa, se exerce **nos termos da lei** (artigo 129, inciso I, da CF/88). (Grifo no original).

Ao passar ao largo da legalidade, quiçá da constitucionalidade, temos a pretensa regulamentação por prejudicada, e formulamos inclusive proposta neológica para designar a

tentativa normativa intrusiva. Não se trata de um poder regulamentatório, mas em verdade, de um poder que se pretende legislativo: *regulamentativo*, então.

### 3.3 Imprecisão teórica: *injustiça* penal consensual

A derradeira retificação que pretendemos diz respeito à questão da **justiça**, muitas vezes analisada por um viés subjetivo, como não fosse possível estabelecer uma concepção universalizante sobre o assunto. Para SANDEL (2014, p. 321), há três abordagens da justiça:

Uma delas diz que justiça significa maximizar a utilidade ou o bem-estar – a máxima felicidade para o maior número de pessoas. A segunda diz que justiça significa respeitar a liberdade de escolha – tanto as escolhas reais que as pessoas fazem em um mercado (visão libertária) quanto as escolhas hipotéticas que as pessoas **deveriam** fazer na posição original de equanimidade (visão igualitária liberal). A terceira diz que a justiça envolve o cultivo da virtude e a preocupação com o bem comum. (Grifo no original)

O mesmo autor admite que a justiça é invariavelmente crítica, de modo que não há resposta definitiva ou princípio geral a esse respeito (SANDEL, 2014, p. 322). O que podemos dizer, de todo modo, é que certamente é tarefa bem menos árdua traçar uma ideia geral sobre o que é **injustiça**.

A título comparativo, uma criança de dois anos de idade encontra-se no **estágio pré-operatório** de Piaget, quando é introduzida à moralidade (PÁDUA, 2009, p.31). Intuitivamente apercebe-se que a reação infantil é imediata quando ela se dá conta de que sua conduta é errada, pois tem certeza do erro. Mas tantas outras vezes a mesma criança tem alguma dúvida quanto ao acerto de determinada atitude, oportunidade em que aguarda, insegura, pela aprovação do seu comportamento. Assim encaramos a justiça: há zonas nebulosas e um sem-número de teorias. Já sobre a **ausência** de justiça, o consenso não é unanimidade, mas é manifestação mais frequente.

No que tange ao acordo de não persecução penal, a injustiça é traço marcante, constitutivo da essência da negociação, pois a assunção de culpa apõe-se como condição para a não denúncia penal. Ordinariamente, a confissão como atenuante de pena não demanda espontaneidade (que seja de iniciativa do próprio acusado), mas toma por obrigatória a voluntariedade (deve se dar por vontade própria do acusado). Ao contrário, para o acordo de não persecução penal, entendemos que admitir a responsabilidade pelo crime praticado, porque se trata de *conditio sine qua non*, é exigência característica de uma **injustiça** penal consensual.

O que aparta a concepção de justiça penal negociada de justiça penal consensual é justo o nível de participação do acusado nos termos do acordo. Enquanto para qualquer negociação é pressuposto que as partes tenham postura dinâmica e ativa, com capacidade de influência e argumentação em pé de igualdade, para o consenso vislumbra-se um desequilíbrio entre partes ou uma desvantagem (limitante) pré-estabelecida em lei. ANDRADE (2018, p. 58) descreve com exatidão a distinção entre as duas formas de se acordar:

Na doutrina, há quem distinga justiça consensual da justiça negociada, Segundo Françoise Tulkens, a primeira pauta-se mais pelo consentimento em forma positiva, pela aceitação, ou em forma negativa, pela ausência de recusa; a segunda não se limita a aceitar ou recusar uma proposta, caracterizando-se mais pelos poderes conferidos às partes para discussões e concessões recíprocas tendentes ao acordo. (...) Se há uma linha distintiva entre justiça consensual e negociada, é que naquela existem limites bem definidos para a atuação das partes, devendo o consenso ser construído dentro de uma margem já definida pelo legislador, sem tanto espaço para discussão; já na justiça negociada as partes têm mais autonomia na formulação das propostas e na definição de seu conteúdo, ou seja, agem com maior discricionariedade na busca de um acordo que encerre o caso. (p. 58)

A rigor, o acordo de não persecução penal não pode ser enquadrado como uma negociação, porque da Resolução nº 181/2017 consta expressamente a indispensabilidade da confissão – formal e circunstanciada – para a sua celebração, bem como o rol, que de antemão elenca as condições a serem propostas pelo Ministério Público. Ou seja, o acusado terá, ao máximo, o poder de contraproposição quanto à alternatividade ou cumulatividade dessas condições, quando muito. Na grande maioria das vezes, haverá de limitar-se à aceitação ou recusa da proposta do *Parquet*. Veja-se o *caput* do artigo 18 do referido ato normativo:

Resolução nº 181/2017: Art. 18 Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o **investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática**, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...] (Grifo nosso)

É patente e não se pode negar que há uma relação de vulnerabilidade do acusado em relação à acusação, pois que se vê encurralado, sujeito a escolher segundo um juízo impreciso de previsibilidade, quase adivinhatório, quanto à eventual pena criminal que lhe seria imposta caso viesse a ser processado. Assim, o acordo de não persecução penal é expressão exata do consenso, e não da negociação, porque submete uma das partes ao poderio da outra de predizer o seu destino. Consentir é simplesmente concordar, admitir que se faça alguma coisa, enquanto negociar é promover o entendimento a partir de uma posição de equanimidade.

Daí porque nossa pretensão retificatória nos leva a situar o acordo de não persecução penal num contexto teórico de **injustiça** penal consensual. Melhor seria que houvesse isonomia entre as partes e a possibilidade de uma verdadeira justiça penal negocial.

Há, sem dúvidas, certa semelhança entre o acordo de não persecução penal e o que FOUCAULT (1987, p. 37-38) tanto criticou a respeito dos interrogatórios conduzidos sob os mecanismos da tortura clássica. Ambos pretendem a extração da “verdade” do acusado, mediante a coação à assunção da prática do crime, mas todo o procedimento é realizado sob bases formais concatenadas, organizadas, regradas e supostamente civilizadas.

Do mesmo modo misturam-se aí um ato de instrução e um elemento de punição. E esse não é um de seus menores paradoxos. Com efeito, ela [a tortura] é definida como uma maneira de completar a demonstração quando “não há penas suficientes no processo”. E é classificada entre as penas. [...] Como pode uma pena ser utilizada como um meio, se perguntará mais tarde. Como se pode fazer valer a título de castigo o que deveria ser um processo de demonstração? [...] E do mesmo modo que a presunção é solidariamente um elemento de inquérito e um fragmento de culpa, o sofrimento regulado da tortura é ao mesmo tempo uma medida para punir e um ato de instrução.

No interrogatório sob tortura a intenção é fazer o agente estafar-se até alcançar a confissão, seja ela condizente com a realidade, seja ela mero meio para livrar-se da expiação. Trata-se do supra denominado **processo de demonstração**, que conjuga instrução com punição. Nos mesmos moldes se dá o acordo de não persecução penal, apesar de este constituir intervenção mais sofisticada, ainda sem espetacularização, mas dotada de sutilezas de constrangimento moral ou psicológico, quase invisível, sem que se aponha um dedo sequer na pessoa do investigado. Retornaremos, no quarto capítulo, à questão da autoincriminação.

No entanto, é possível (e antevemos que bastante recorrente) que haja pactuação mesmo diante da total inexistência de elementos informativos contra a pessoa investigada, pois esta, culpada ou inocente, realizará um cálculo de custo-benefício de ver-se processada e estigmatizada, e muitas vezes optará pela obstaculização da ação penal, ainda que isto lhe demande o cumprimento de uma punição (até mais gravosa do que a que seria efetivamente infligida caso o processo viesse a seguir seu curso regular). Perde espaço, aqui, a tão famigerada busca pela verdade real, corolário por excelência do processo penal.

Passa então a ter relevância o que ora denominamos de **comércio penal**, cuja lógica de mercado rege um exercício promiscuído do poder punitivo. O acusado comercializa seu tempo, seus recursos financeiros, sua reputação e sua ficha criminal. O Ministério Público

comercializa sua produtividade, sua credibilidade, seu orçamento e até os poderes jurisdicionais alheios. A defesa comercializa seus honorários, sua ética, sua clientela e principalmente, seus prazos. A conta só não fecha em razão da ausência de princípios processuais penais (ainda que se trate de um procedimento extrajudicial, pois resulta na imposição de pena criminal) e, é claro, não se pode olvidar, da indispensável figura do magistrado.

Destarte, a proposição do acordo é manobra artilosa, e constitui autêntica armadilha: se o investigado a aceita, recebe punição certa, mas na qual tem parte para determinar; se a recusa, é processado e pode receber punição, estipulada quase inteiramente à sua revelia. Se há elementos informativos em seu desfavor, o acusado estará propenso a pactuar; mas se não há elementos informativos ou se estes são demasiado frágeis, ainda sim há certa inclinação para a pactuação, no intuito de escapar de imediato da ação penal.

O negociante estabelece, sem muito desforço, uma preferência pela participação no próprio destino, pois é típico da natureza humana querer manter-se na previsibilidade. Ademais, desde os primórdios civilizatórios é que a busca por segurança justifica a entrega de parcela da liberdade pessoal. Para ROUSSEAU (1983, p. 103):

Quê! A liberdade só se mantém com o apoio da servidão? Talvez. Os dois excessos se tocam. Tudo aquilo que não está na natureza tem seus inconvenientes, e a sociedade civil mais que tudo o resto. Há tais posições infelizes onde não se pode conservar a própria liberdade a não ser às expensas de outrem, e onde o cidadão não pode ser perfeitamente escravo. Tal era a posição de Esparta. **Quanto a vós, povos modernos, não tendes absolutamente escravos, mas o sois; pagais a sua liberdade com a vossa.** Jactai-vos dessa preferência, considero-a mais fraqueza que humanidade. [...] Seja como for, no momento em que um povo se outorga representantes, não é mais livre, não existe mais. (Grifo nosso)

No entanto, o pretense controle da situação pelo negociante é puramente ilusório, pois ele já se tornou escravo de sua própria opção. Para ver-se livre, cedeu parte de sua liberdade. Quiséramos nós essa opção fosse tomada de modo completamente esclarecido, e em patamar de igualdade. Logo, a respeito dessa espécie de acordo, acompanhamos, na íntegra, as críticas de VASCONCELLOS (2014, p. 323):

Contudo, tais premissas de legitimação da barganha, que sustentam ser tal mecanismo um acordo entre partes em situação de igualdade, realizado de modo livre e informado, são falaciosas e ingênuas, visto que, como demonstrado: a) **a igualdade entre as partes é ilusória** já que, além da disparidade inerente ao processo penal, em um sistema negocial ocorre a indevida usurpação das funções decisórias pelo acusador, extrapolando seus poderes e suas possibilidades de coações ao réu por meio de ameaças de sanções penais mais graves em caso de recusa ao acordo, b) **a liberdade do imputado em realizar a barganha ou exercer o direito ao julgamento é falsa**, ao passo que a coercibilidade da proposta é inerente à sua sistemática, pois há evidente

punição em razão do não reconhecimento de culpabilidade, o que se demonstra patentemente pelo desvelamento da expressiva quantidade de inocentes que aceitam o acordo, e c) **a suposta assistência por advogado técnico** que informaria o réu acerca da sua situação processual e das consequências da barganha (e que, assim, legitimaria o modelo negocial suprindo qualquer déficit de liberdade, conforme posicionamentos jurisprudenciais de diversos ordenamentos estrangeiros) **torna-se inócua diante da inevitável desvirtuação da relação entre cliente e advogado** em um critério de negociações e pressões burocráticas pela realização célere de acordos para imposição de sanções penais consentidas. (Grifos nossos)

Mas afinal, voltemos à questão inicialmente posta: o que é injustiça? Essa definição torna-se extremamente dificultosa sem que transpássemos uma leitura moral do direito. Para RAWLS (2002), utilitarista, justiça e moral não podem ser desatreladas, pois é imperiosa uma distribuição equitativa a partir da posição original, sob o véu da ignorância. No entanto, essa moderna teoria da justiça caminha na contramão da justiça penal negocial que pretendemos na medida em que não toma em consideração a diferença qualitativa entre as pessoas, e reduz a solução a um cálculo matemático, ignorando o viés principiológico.

[...] a justiça nega que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros. Não permite que os sacrifícios impostos a uns poucos tenham menos valor que o total maior das vantagens desfrutadas por muitos. Portanto, numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual são consideradas invioláveis; **os direitos assegurados pela justiça não estão sujeitos à negociação política ou cálculo de interesses sociais. A única coisa que nos permite aceitar uma teoria errônea é a falta de uma teoria melhor; de forma análoga, uma injustiça é tolerável quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior.** (RAWLS, 2002, p. 4. Grifo nosso.)

A punição, aplicada à delinquência, pode não ser lucrativa por ambas das seguintes razões ou por uma delas: 1. Pela despesa que acarretaria, mesmo supondo-se que sua aplicação ficasse totalmente confinada à delinquência; 2. Pelo perigo que pode haver de envolver inocentes no destino tencionado apenas para o culpado. Primeiro, então, com relação aos casos em que a despesa da punição aplicada ao culpado tivesse um valor maior que o lucro a ser obtido com ela. [...] Em segundo lugar, com relação aos casos em que a punição política, aplicada à delinquência, pode não ser lucrativa, em virtude do perigo que pode haver de envolver inocentes no destino tencionado apenas para os culpados. (BENTHAM, p. 270-271.)

Contudo, diferentemente do utilitarismo, que busca otimizar o bem-estar (presença do prazer e ausência da dor) para o maior número de pessoas, o pragmatismo situa a moral *fora* do direito. Afinal, “o compromisso central do magistrado pragmático não é com a fidelidade ao ordenamento posto, nem com a coerência em relação a alguma **teoria filosófica** qualquer, mas com o atendimento das necessidades humanas e sociais que o Direito visa promover”. (SARMENTO, 2012, p. 185. Grifo nosso).

Assim, nem mesmo uma visão friamente consequencialista deve conduzir à derribada completa do regramento legal, sob pena de incorrer num quadro de grave insegurança

jurídica. Em que pese até mesmo o célebre expoente da corrente teórica da *Law and Economics* ou da Análise Econômica do Direito pautar-se em bases deliberadamente consequencialistas, POSNER (2004, p. 684) também defende a manutenção de um pragmatismo legal, com resquícios de formalismo, que ele próprio intitula *formalism pockets*, repare-se:

And so, despite the emphasis on consequences, legal pragmatism is not a form of consequentialism, the set of philosophical doctrines (most prominently utilitarianism) that evaluates actions by the value of their consequences: the best action is the one with the best consequences. There are bound to be formalist pockets in a pragmatic system of adjudication, notably decision by rules rather than by standards. Moreover, for both practical and jurisdictional reasons the judge is not required or even permitted to take account of all the possible consequences of his decisions.

Lembre-se que a análise do autor norte-americano se refere a uma realidade jurídica de *common law*, na qual os precedentes é que são o parâmetro normativo (*stare decisis*), em lugar das leis. Trata-se de um direito primordialmente jurisprudencial. Por óbvio que nesse sistema há maior campo para o casuísmo. Logo, é natural a adoção do empirismo, que atribui maior relevância aos dados e à realidade, valorizando o experimentalismo e voltando-se para o futuro, numa postura prospectiva e com menos amarras normativas. A ênfase é nos resultados, nas consequências práticas das decisões judiciais. Ainda assim, porque nem sempre é possível ao magistrado vislumbrar todas as consequências para dentre elas, escolher a melhor, as regras poderão ser, excepcionalmente, o recurso mais fiável.

Mas a instrumentalização da justiça há de ter limites, como os próprios teóricos do pragmatismo jurídico reconhecem. Ademais, não pode afastar-se de todo da moral, quanto mais num modelo de *civil law*, em que além de regras legais, pautam a atuação jurídica todo um complexo principiológico. A discussão teórica não está cingida ao reles formalismo, mas abrange a raiz da exigência de lei: para o respeito à substância do direito. Prescindir de lei é dispensar a participação popular – ainda que representativa – no processo legislativo; é ignorar a maturação e o levantamento de pesquisas, estudos e dados a respeito da temática em comento; e é desprezar a competência legislativa.

CHOUKR (2002, p. 58) adverte para a propagação da emergência, em contraposição ao sistema normativo regular, delineando consequências negativas para a aceleração da repressão no plano nacional. Veja-se:

A emergência não apresenta um caráter de cultura complementar em face dos padrões de normalidade, antes, os destroem ou, ao menos, dificulta sobremaneira a sedimentação desses valores na prática quotidiana dos operadores do direito. Sobretudo isso se dá porque **o fundo ético da cultura emergencial é**

**substancialmente distinto dos padrões de normalidade, assentado que está na produção de resultados e não no respeito aos princípios, acabando por refletir num conceito de eficiência que lhe é bastante peculiar**, baseado que está em supostos resultados pragmáticos, de resto dificilmente comprovados, ao menos no que tange à realidade brasileira. (Grifos nossos)

No nosso contexto, a tendência de fuga desvairada da judicialização dos litígios tem de encontrar estorvo nas regras e nos princípios, pois o empréstimo de um mecanismo importado de um sistema com poucos pontos de tangência implica em prementes adaptações. Acompanhamos a crítica de NEVES (2016, p. 4) quanto à fixação por uma solução autocompositiva a qualquer custo:

O que me causa extremo desconforto é notar que a valorização da conciliação (a mediação ainda é embrionária entre nós) leve-nos a ver com naturalidade o famoso ditado de que **vale mais um acordo ruim do que um processo bom**. Ao concretizar tal estado de coisas, estaremos definitivamente renunciando ao respeito do direito material e decretando a falência do Poder Judiciário.

Na antiguidade clássica, a analogia aristotélica para definição da justiça pela equidade constituía-se na régua de chumbo de Lesbos, um instrumento destinado à medição de superfícies irregulares, dada a sua flexibilidade, ferramenta preferida em relação à régua de ferro, essa última adequada especificamente à medição de planícies (GONZAGA, 2014, p. 239-240). Para o desenvolvimento da justiça penal consensual no nosso sistema de *civil law*, é preciso que façamos uso da régua de Lesbos, porque na transição do sistema de *common law* certamente não haverá planície.

Consideramos, então, que a análise consequencialista fundada num viés economizado do Direito também não é o melhor dos recursos quando se trata de Direito Penal. Nada impede que um cálculo de utilidade social venha a enriquecer a busca de uma resposta para o delito, e isso **deve** ocorrer, mas não indiscriminadamente, sem moldar-se a partir dos direitos fundamentais e da concepção de justiça atrelada à moral. Nesse sentido, eis a origem etimológica da palavra **justiça**, indissociável da *lei*, em MILL (p. 373):

Na maioria dos idiomas, se não em todos, a etimologia da palavra que corresponde a Justo aponta indistintamente para uma origem relacionada com as ordens da lei. *Justum* é uma forma de *jussum*, aquilo que foi ordenado. *Recht*, do qual veio **direito** e **justo**, é sinônimo de lei... O elemento primitivo na formação da noção de justiça foi a conformidade com a lei. Ele constituía a totalidade da ideia entre os hebreus, até o nascimento do cristianismo; como era de esperar no caso de um povo cujas leis eram uma emanção direta do Ser Supremo. Mas outras nações, e em particular os gregos e os romanos, que sabiam que suas leis tinham sido feitas originalmente, e ainda continuavam a ser feitas por homens, não tinham o receio em admitir que esses homens podiam fazer leis más... Por isso o sentimento de injustiça passou a ser ligado não a todas as violações da lei, mas apenas às violações daquelas leis que **deviam** existir... Dessa maneira, a ideia de lei e de suas injunções ainda era predominante na

noção de justiça, mesmo quando as leis em vigor deixavam de ser aceitas como o padrão dela. (Grifos no original)

Em arremate à nossa percepção sobre justiça, vide o ensinamento de FOUCAULT na aula de 7 de fevereiro de 1973 do Curso de *Collège de France*: “a moral não está dentro da cabeça das pessoas: está inscrita nas relações de poder, e apenas a modificação das relações de poder pode trazer a modificação da moralidade” (FOUCAULT, 2015. p. 106).

Tecidas essas considerações, na sequência dedicamo-nos ao exame mais acurado do acordo de não persecução penal em si, e de seu conteúdo conforme regulamentado pelo CNMP, estudando diretamente as disposições do texto normativo.

#### IV – ENFIM, SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Em sua versão inicial, o acordo de não persecução penal foi descrito na Resolução nº 181/2017 do CNMP como proposta formulada pelo Ministério Público ao acusado de delito cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa quando não for o caso de arquivamento. Vide a redação original do texto normativo (antes da alteração pela Resolução nº 183/2018):

Resolução nº 181/2017: Art. 18. Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, **não sendo o caso de arquivamento**, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não: [...] (Grifo nosso).

Repare-se primeiro na subjetividade ínsita à hipótese de cabimento da tratativa, que confere ao *Parquet* amplo espaço de deliberação sobre a sua proposição ou não. Ora, se não é caso de arquivamento, isso significa que necessariamente seria hipótese de oferecimento de denúncia (princípio da obrigatoriedade da ação penal), pois o Ministério Público já reúne indícios suficientes de autoria e de materialidade para tanto, tendo formado sua *opinio delicti*. Uma eventual terceira via, consensual, haveria de constar de lei. Afinal, o Ministério Público não é figura imparcial, ao contrário: é parte (que figura no polo da acusação), de modo que, em regra, não deve deter poderes decisórios.

O sistema acusatório que adotamos certamente não obriga o Ministério Público a acusar em todos os casos, pois o confere certa margem de apreciação a fim de que esteja convencido da efetiva prática do delito e de que conheça seu autor. Mas, uma vez superada essa etapa preliminar, não mais cabe o arbítrio ministerial, pois a acusação passa a ser medida vinculada. No contexto lusitano, como vimos, foi declarada a inconstitucionalidade de instituto similar porque o modelo processual penal também tem orientação acusatória. FISCHER e ANDRADE (2018, p. 233) concluem que “Portugal, o outro paradigma a ser indicado aqui, é bem mais relevante e, porque não dizer, preocupante, especialmente quando se observa a expressa previsão constitucional de uma estrutura acusatória em seu processo penal.”

Quanto a isso, mencionamos a visão do autor português CAEIRO (2000, p. 16-17), com quem partilhamos a ideia de que não está interdita a adoção consensualismo nesse sistema, desde que se opere mediante lei:

Em jeito de conclusão, diria o seguinte: é inequívoco que o ambiente sócio-jurídico do nosso tempo exige uma maior flexibilidade do princípio da legalidade, não só por força dos mandamentos político-criminais que há muito a requerem, mas também pela nova compreensão da actividade do Estado e dos seus órgãos. Os mecanismos de diversão que a lei portuguesa conhece são limitações ao princípio da legalidade, que não envolvem a intervenção de um verdadeiro princípio de oportunidade. É **dentro dessa subordinação ao paradigma da legalidade que** se hão-de buscar as soluções

que permitam uma otimização dos interesses subjacentes à diversão (intervenção mínima, não-estigmatização do agente, economia processual), sem com isso prejudicar as exigências de prevenção e a defesa de bens jurídicos queridas pelo povo e plasmadas nas leis da República. (Grifo nosso)

Mas o dispositivo regulamentar (infralegal) em comento estabelece que cabe ao próprio titular da ação penal resolver sobre os casos em que prosseguirá na persecução processual acusatória e sobre aqueles em que optará por propor acordo, a seu único talante. A expressão “o Ministério Público **poderá** propor ao investigado acordo de não persecução penal” deixa clara essa discricionariedade acusatória. Eventual opção de política criminal que venha a conferir ao Ministério Público o juízo de conveniência e oportunidade acerca da acusação certamente seria legítima, desde que legislativa, especialmente porque altera a sistemática do modelo acusatório atualmente vigente.

Não que se entenda não ser passível a adoção no direito processual brasileiro do princípio da oportunidade em hipóteses regradas, ou que se criem formas de transação penal para crimes de médio potencial ofensivo, pois isso é perfeitamente plausível e até salutar para o sistema penal, **mas tal, obrigatoriamente, necessita ser feito por lei federal, e torna-se possível porque os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade não são de matiz constitucional, e sim infraconstitucional, bastando uma lei federal para criar hipóteses de aplicação de oportunidade regrada, mas nunca por meio de uma resolução.** (POLASTRI, 2018. Grifo no original)

Ainda que tomemos em consideração as críticas de SUXBERGER (2017, p. 39) quanto ao fato de que não haveria positivação na legislação penal subjetiva do princípio da obrigatoriedade, consistindo este mais numa cultura processual penal que num mandamento normativo, é preciso considerar que alteração tão significativa como a pretendida há de se proceder por meio de lei, sob pena de se criar terreno fértil para arbitrariedades. O próprio autor reconhece esse risco, quando assevera que:

[...] a atuação uniforme da persecução penal torna invisível o espaço decisório que é, afirmadamente ou não, exercido pelo titular da ação penal. **Sem a visibilidade desse espaço decisório, não se avança na construção e no aprimoramento de ferramentas e instrumentos de controle e de transparência dos critérios que orientam a oportunidade no exercício da ação penal.** Verificamos que a negação normativa do espaço decisório não conduz à sua inexistência, mas à sua invisibilidade. Essa invisibilidade só se presta a contribuir para impedir ou dificultar a criação de instrumentos para aferição e controle do exercício dessa decisão pelo titular da ação penal. (p. 47-48. Grifo nosso.)

Pois bem. Ocorre que entendemos que essa visibilidade só pode ser obtida por meio de lei expressa, tornando inequívoca a intenção de conformação de um espaço deliberativo para o titular da ação penal. Enquanto não houver essa positivação, obstada está a possibilidade, em razão de silêncio normativo eloquente. Leia-se a seguinte definição constante do Vocabulário Jurídico do STF (Tesouro):

SILÊNCIO ELOQUENTE DA LEI: Opção do legislador em excluir, intencionalmente, certo fato do comando legal (DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2008). É o contrário de lacuna da lei, pois nessas hipóteses não se pode fazer analogia (RE 130522, DJ 28.6.1991, pág. 529)

Bem se sabe que em matéria de Direito Penal não cabe analogia *in mallam partem*, e não há dúvidas de que a celebração de acordo não envolve apenas questão estritamente processual, mas principalmente material. Ademais, além de o acordo ensejar restrição de direitos e supressão de garantias, em prejuízo do acusado, sequer há lacuna. Há, isso sim, escolha deliberada de não fazer inserir poder decisório dentre as atribuições do Ministério Público (silêncio eloquente). O que constatamos é que caso o legislador quisesse admitir ferramenta consensual penal, teria feito explicitamente, como tem feito em diversas ocasiões por meio de legislação esparsa (a exemplo da transação penal, da suspensão condicional do processo, da colaboração premiada, etc.)

É questão de segurança jurídica. Presumir a negociação extraprocessual penal como admissível no ordenamento pela lógica da ausência de vedação é manobra impensável. A uma, porque a introdução de tais instrumentos seria exercício de futurologia legislativa, pois representam novidade recente no sistema de *civil law*. A duas, porque mitigam o sistema acusatório, e devem ser submetidos ao crivo democrático das casas legislativas. A três, porque vulneram a concepção de controle jurisdicional (*accountability*), ainda que nos moldes de uma jurisdição voluntária.

Não se pode ignorar, por mais recomendado que seja o intuito conciliatório e de efetividade penal, que o nosso sistema faz patente distinção entre o que já está positivado, nitidamente reconhecido pelo ordenamento jurídico, com aquilo que a sociedade possa entender por justo e ainda lute por ver legislado. Para IHERING (1987, p. 15-16):

[...] O direito não é uma simples idéia [sic], é uma força viva. Por isso a Justiça sustém numa das mãos a balança com que pesa o direito, enquanto na outra segura a espada por meio da qual o defende. A espada sem a balança é a força bruta; a balança sem a espada, a impotência do direito. Uma completa a outra, e o verdadeiro estado de direito só pode existir quando a Justiça sabe brandir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. (IHERING, 1987. p. 15-16)

Vislumbrar a continuidade de um sistema processual penal sem conferir-lhe certa plasticidade na atualidade é expressão da inefetividade. Mas daí cogitar um acordo de não persecução penal à revelia de lei é também querer implementar a força bruta (espada sem balança).

Para o modelo de *civil law* que adotamos, as categorias direito e lei, embora igualmente inseridas no conceito de juridicidade, encontram-se apartadas. Já no sistema de *common law* esses conceitos estão tão imbricados que a confusão se reflete na linguagem, a qual se utiliza da mesma palavra (*law*) para se referir às duas coisas. LIMA, K. (2009, p. 31) descreve bem essa intersecção linguística:

[...] a categoria *law*, em inglês, refere-se a direito e lei, categorias jurídicas distintas na *civil law*, que expressam esse divórcio possível entre a legislação e o direito, entre a legitimidade do **modo de vida** jurídico, da elaboração legislativa e da aplicação do direito. No fundo, os objetivos dos códigos organizados e promulgados pelo Legislativo, onde estão os representantes do povo, são no sentido de prever determinados comportamentos e antecipar decisões para conflitos possíveis, com a finalidade de tolher a liberdade decisória dos membros do Judiciário, seus intérpretes. Na tradição da *common law*, quem faz a lei é a sociedade, não o Estado, e lei e direito são inseparáveis [...] (Grifos no original).

Assim, nosso contexto jurídico não permite a migração instantânea daquilo que a sociedade ou uma instituição tarimbada tal qual o Ministério Público em matéria de acusação entenda por *justo* para a categoria de direito positivado sem percorrer o adequado caminho legislativo para tanto. Esse cenário poderia dar azo a atos em que *sit pro razione voluntas*, fazendo com que em situações idênticas ou muito semelhantes o mesmo representante do Ministério Público aja de modo diametralmente oposto, numa delas oferecendo denúncia, e na seguinte propondo acordo. Porque, ainda que haja perfeita subsunção do caso concreto à previsão normativa, a celebração do acordo não é direito subjetivo do investigado, ficando a mercê do arbítrio ministerial.

O Ministério Público naturalmente detém um **viés cognitivo** acusatório, pois toda a sua coerência institucional é firmada sob a lógica persecutória. Permitir que o titular da ação penal escolha e estipule condições para o investigado é desconsiderar a heurística inerente à atividade ministerial.

Essas heurísticas são baseadas em uma série de padrões cognitivos que, por seu caráter constante e sistemático, devem ser considerados como tendências que estruturam a própria forma humana de raciocinar. Essas tendências, que chamamos tipicamente de “vieses cognitivos”, operam de modo inconsciente porque fazem parte no modo pelo qual nosso cérebro lida com as informações disponíveis. Uma analogia útil para compreender esse conceito é a das ilusões de óptica – mesmo quando se descobre como funcionam, elas continuam iludindo, pois elas são decorrências do modo pelo qual o cérebro processa as percepções sensoriais. Portanto, mesmo pessoas honestas, bem-intencionadas e esforçadas estão sujeitas a raciocínios enviesados (para uma revisão abrangente, vide Kahneman, 2012).

[...] Mesmo especialistas que recebem um treinamento exaustivo para substituir as heurísticas inconscientes por metodologias específicas de processamento de informações – como filósofos, juízes, advogados e cientistas políticos – raciocinam com vieses e, como qualquer um de nós, são incapazes de perceber a atuação desses

vieses por via meramente introspectiva (Nisbett & Wilson, 1977). Ninguém percebe os seus vieses como vieses, assim como ninguém percebe uma ilusão de ótica como uma ilusão: esses processos cognitivos moldam aquilo que percebemos como realidade. (HORTA; COSTA, 2017. p. 19-20)

Lembre-se que, ao contrário das decisões jurisdicionais, não há previsão de motivação para as “decisões” da acusação, o que compromete a transparência e a lisura dessas incursões acusatórias no campo decisório penal. Afinal, “outra forma de reduzir vieses segundo a literatura psicológica, é a *accountability*, ou a necessidade de prestar contas das próprias decisões. Ao ter de justificar uma decisão, o indivíduo procura se certificar de sua correção, sob o receio de causar uma má impressão nos seus pares [...]”. (HORTA; COSTA, 2017. p. 26) Nesse sentido, o PIC sequer é condição de procedibilidade ou pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal (artigo 1º, §1º da Resolução nº 181/2017), de modo que o *Parquet* pode oferecer denúncia desde logo, sem jamais justificar internamente (no âmbito administrativo) os motivos que o levaram para tanto, desde que tenha convencimento formado e justa causa. As razões constam da própria peça acusatória.

No entanto, a mesma conclusão não deveria valer para o acordo de não persecução penal, que não pode prescindir de formalização nos autos nem de clareza acerca dos seus termos (artigo 18, §3º da Resolução nº 181/2017), sendo o PIC pré-condição para a proposição do negócio jurídico penal, a demonstrar que o Ministério Público efetuou diligências investigativas hábeis à formação de sua convicção. Note-se ainda que o PIC é inaugurado a partir de portaria fundamentada (artigo 4º da Resolução nº 181/2017).

Embora a doutrina partidária do **consensualismo a todo custo** diga ser o princípio da oportunidade da ação penal **pública** o destino inexorável de um moderno sistema processual penal brasileiro, essa realidade está ainda muito distante em termos de concretização absoluta, por uma simples questão obstaculizante própria da natureza do modelo de *civil law*. Eis como ISMAEL, RIBEIRO e AGUIAR (2017, p. 3-4) descrevem por que nos Estados Unidos a cultura processual penal favoreceu o desenvolvimento de ferramentas de barganha:

O estudo e a compreensão da plea bargaining são desafiadores para qualquer jurista de tradição romano-germânica, notadamente nós, brasileiros, que temos um sistema processual penal baseado no modelo italiano, excessivamente formalista.

[...] nos Estados Unidos, essa seletividade ou discricionariedade do órgão acusatório é absoluta, abrangendo tanto a decisão de iniciar ou não a ação penal em qualquer caso, quanto o poder de desistir daquela já em andamento. Isso porque as provas são fracas ou porque, apesar da presença de fortes indícios da prática de um delito, a persecução custará, em termos econômicos, um elevado preço para o Estado, tornando-se inviável. A seletividade acusatória, quando exercida antes do processo

penal, é chamada de *screen out*. Quando exercida no curso da ação, a discricionariedade é realizada por meio da declaração de *nolle prosequi*. Esse verdadeiro trunfo do órgão acusatório foi fundamental para o início e o desenvolvimento da barganha processual, como será visto.

Então, o acordo de não persecução penal quer engendrar o *screen out*, ou a seletividade acusatória antes da ação penal, pois suspende a formalização da acusação perante o Judiciário, podendo até impedir o processo. O grande problema da tentativa de introdução de um instrumento de negociação penal num ordenamento em que não é natural a discricionariedade acusatória absoluta é a improbabilidade desse encaixe.

Agora imaginemos que o juiz, no momento processual em que decide acerca do recebimento ou não da denúncia, diga ao Ministério Público que este **deve** propor acordo de não persecução penal em determinado caso, ao invés de apresentar ação penal, porque vislumbra o cabimento da Resolução nº 181/2017 do CNMP. Seria o caso de o magistrado se imiscuir no espaço acusatório do *Parquet*? E se sobreviesse resolução do Conselho Nacional de Justiça estabelecendo que isso é possível, a pretexto de regulamentar a atividade jurisdicional? Qual das normativas prevaleceria? Mais ainda: e se o Ministério Público pretendesse aplicar, por analogia, o artigo 28 do CPP, devolvendo a palavra final à própria instituição? Cabe ao juiz dizer quando o Ministério Público deve fazer acordo? Cabe ao Ministério Público dizer ao juiz que já escolheu a pena a ser aplicada? Que já imputou e já decidiu? São perguntas sem resposta, porque simulam uma problemática de instabilidade jurídica, sem lei para firmar as balizas da atuação dos envolvidos.

Também a gama de delitos para os quais caberia inicialmente o acordo de não persecução penal era demasiado abrangente, eis que somente excluía aqueles “cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa”, o que confere ao Ministério Público margem alargadíssima de deliberação sobre quais crimes denuncia e quais negocia.

Todavia, havia duas amarras bem atadas para a celebração do acordo. Nesse sentido, constam da redação original do *caput* do artigo 18 os seguintes requisitos, principais e não negociáveis:

- a) a confissão formal e detalhada da prática do delito; e
- b) a indicação de eventuais provas do cometimento do delito.

Vê-se que a proposta exige prévia admissão de culpa, formal e detalhada. Já que o meio negocial se inspira no modelo de *common law*, é preciso que busquemos definições típicas daquele sistema para compreender o contexto em que se insere a assunção de responsabilidade como pressuposto para a negociação. Leia-se a explicação de MASI (2016, p. 1):

No *common law*, recebida a acusação, há uma audiência prévia de julgamento. Neste momento, o acusado é chamado a manifestar-se sobre o teor de uma acusação criminal. A resposta que ele dá ao Juiz é chamada de *plea*. A declaração pode ser de culpado (*guilty plea*), não culpado (*not guilty plea*, que ocorre também nos casos em que o acusado simplesmente silencia) ou pode haver contestação da acusação (*nolo contendere* ou *no contest plea*), quando o acusado não admite nem nega a culpa. Existe, também, a *Alford ou Kennedy plea* (North Carolina v. Alford, 1970 / Kennedy v. Frazier, 1987), quando o acusado se declara culpado, com protesto simultâneo de inocência; isto é, assume a culpa para não correr o risco de uma condenação a uma pena mais grave. Há, ainda, casos nos quais o acusado simplesmente declara que o julgamento não pode continuar (*peremptory pleas*), como na hipótese de alegar que já foi previamente processado por aquela mesma acusação (*bis in idem*)

A declaração (*plea*) do acusado na audiência preliminar americana pode, no entanto, ser previamente negociada entre a defesa e a promotoria, constituindo uma verdadeira barganha acerca da culpa. Ainda segundo MASI (2016, p. 2), “é o que se conhece por *plea bargaining* ou *plea agreement*, onde o acusado de um caso criminal reconhece a sua culpa em relação a uma determinada acusação e, em troca, recebe alguma concessão por parte da promotoria.” Trata-se de acordo bilateral, marcado por concessões mútuas, em que ambas as partes cedem para chegarem a um acerto de vontades.

A fim de beneficiar o acusado, a defesa formaliza com a acusação uma das seguintes espécies de *plea bargaining*: (i) *charge bargaining*, transação na qual a imputação é minimizada, ajustando as partes uma acusação por crime menos grave; (ii) *count bargaining*, na qual se negocia a quantidade de imputações, confessando o acusado apenas um ou alguns dentre vários crimes; (iii) *sentence bargaining*, quando os termos da sentença são acordados como mais brandos sob a condição de o acusado se dizer culpado ou *nolo contendere*; ou (iv) *fact bargaining*, hipótese de concerto dos fatos que venham a afetar a pena imposta, mediante declaração de culpa.

Em qualquer desses tipos, se o acusado se declara culpado, essa confissão serve automaticamente como prova, e se convola em fundamento para a condenação. Mas esse raciocínio é totalmente incompatível com a nossa lógica da ampla defesa, do contraditório, e da presunção de inocência, constitucionalmente assegurada. Para vê-la afastada, seria necessário senão emenda constitucional, ao menos previsão legislativa. Eis então a

diferença das consequências da confissão nos modelos de *civil law* e de *common law*, apontada por NARDELLI (2014, p. 342):

Apenas para que fique claro, o *guilty plea* norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da *civil law*. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes.

Como então a confissão poderia resultar, no nosso modelo processual, em prova cabal da culpa? Afinal, é o que se pretende com o acordo de não persecução penal quando da exigência de assunção de responsabilidade pela imputação como condição para a tratativa. Em nenhum dos instrumentos consensuais da legislação pátria há requisito similar, e nos casos em que a confissão é estimulada ou premiada, isso ocorre no curso do processo penal, perante o juiz da causa, ou se submete à sua posterior fiscalização. A inovação normativa quer fazer valer uma confissão extraprocessual (muito embora endoprocedimental) firmada perante o Ministério Público, à revelia do controle jurisdicional e do contraditório, porque posta como pré-condição, *sine qua non* sequer se instaura a negociação propriamente dita.

Não se confunde o acordo de não persecução penal, portanto, com o *non contendere*, no qual se inspirou a transação penal, uma vez que é condição para acordar a não persecução que o investigado se diga responsável pela infração que lhe é imputada. Há, de fato, ingresso no mérito da acusação. Nesse tocante a hipótese se assemelha mais ao *guilty plea*, de origem anglo-saxônica, em que os termos do acordo são estabelecidos sob o pressuposto da culpa.

Por conseguinte, discordamos de FISCHER e ANDRADE (2018, p. 237):

Considerando o modelo americano, portanto, o acordo de não persecução é assemelhado ao *plea of non contendere*. Há um reconhecimento da viabilidade acusatória sem contestação a ela, tal como já ocorre com a transação e a suspensão condicional do processo (nestes casos, porém, não se exigem confissão). Sua aceitação e cumprimento não causam reflexos na culpabilidade do investigado, pelo que não produz efeitos civis.

Não obstante a admissão de culpa se esvazie em termos processuais, eis que desprovida de valor probatório, o Ministério Público a reclama por imprescindível para a tratativa. A declaração de *guilty* não se dá perante o juiz, em audiência preliminar como nos

Estados Unidos, mas estigmatiza o investigado da mesma forma. Acrescente-se ainda que com relação aos efeitos civis, como veremos mais adiante, é possível que a defesa se obrigue à reparação dos danos da vítima, o que certamente operará reflexos na seara cível.

Na essência do instituto brasileiro reside ainda importante desconformidade com o modelo americano: no *plea agreement*, o acusado tem liberdade para afirmar-se culpado (*guilty plea*); inocente (*not guilty plea*); ou sequer ingressar no mérito de sua responsabilidade (*no contest plea*). Já no arquétipo de negociação de não persecução esboçado pelo Ministério Público brasileiro, ao investigado não resta nenhuma opção para barganhar livremente acerca de sua responsabilidade. Dele é esperado – se quiser fazer acordo – que fatalmente declare a sua culpa na integralidade pelas imputações. Não há campo aberto para a negociação, mas uma imposição que condiciona, desde logo, os termos do acordo. O que está realmente em jogo na tratativa é a oportunidade de acertar quais serão as “medidas de responsabilização” (leiam-se: sanções) do agente.

KAHNEMAN (2012, p. 433) pontua que “arrependimento é uma **emoção**, e é também uma **punição** que impingimos a nós mesmos.” (Grifos nossos). Assim, imaginamos qual seria a utilidade da declaração de culpa no bojo de tal acordo. Se a intenção do CNMP é efetivamente por fim à persecução penal, há algum escopo sinceramente teleológico nesse sentido quando da obtenção de tal confissão? A indagação se justifica em razão do fato de a confissão pouco valer em termos processuais penais, pois além de não servir tecnicamente como material probatório, pode vir a ser contraditada posteriormente no caso de descumprimento do pacto. Assim verificamos tantas vezes os depoimentos em sede de inquérito policial serem desconsiderados por nulidade sob alegação de coação ou de tortura, por exemplo. Logo, padece de má-fé qualquer tentativa ministerial, embora vã, de assegurar que o acusado seja tido automaticamente como confesso quando da denúncia.

Veja-se como a doutrina ensaia uma explicação para essa questão:

É certo que o acordo de não persecução penal não redundará em juízo de culpa: afinal, não há sequer exercício de ação penal. No entanto, o requisito da confissão do investigado parece vir em reforço ao cuidado de que o acordo de não persecução penal não tenha lugar naqueles casos em que a conclusão duvidosa sobre a viabilidade da persecução penal em juízo. É dizer: o acordo de não persecução penal só pode ser aventado quando certa a manifestação conclusiva do Ministério Público de que promoverá a ação penal. [...] (SUXBERGER, 2019, p. 106)

Ocorre que ter a convicção acusatória amadurecida não pode servir de fundamento para eximir o titular da ação penal de promovê-la. Ao revés, deve servir de estímulo ao *Parquet* para que busque a persecução penal em juízo, obtendo a confissão no processo criminal como matéria probatória do delito. Ora, à essa altura, é certo que o Ministério Público já deve(ria) ter reunido elementos suficientes para formação da sua convicção acerca do crime e de sua autoria. Isso porque é texto expreso da normativa “não sendo caso de arquivamento”. A *opinio delicti* certamente estará formada, e a obrigatoriedade impõe a atuação acusatória.

Além da confissão formal e detalhada, é requisito preliminar para o acordo de não persecução a indicação de provas do cometimento do delito. Mais ainda: é preciso que o acusado facilite o trabalho acusatório, na medida em que contribui para eventual produção probatória da prática infração.

Nesse esteio, dizer que o acordo de não persecução penal não constitui **técnica especial de investigação** é ilação no mínimo imprecisa, pois à primeira vista o trato se destina expressamente a evitar o processo, mas pode velar uma precaução ministerial para o caso de eventual descumprimento. Veja-se: no caso de o investigado não cumprir o acordo, total ou parcialmente, terá o Ministério Público todos os elementos informativos dos quais não disporia não fosse a colaboração do próprio acusado. E essa contribuição com o trabalho acusatório é condição para a celebração do acordo. O investigado confessa e entrega elementos de prova a fim de negociar a suspensão da pretensão acusatória. Embora o acordo de não persecução penal não configure meio de prova, nos termos da redação original da resolução, não há dúvidas de que é meio de **obtenção** de prova.

No modelo americano, o trabalho investigativo feito pelo Ministério Público antes da proposição de *plea bargaining* acaba por ditar a extensão do espaço de negociação, pois quando a promotoria detém pouco ou nenhum elemento de informação tende a oferecer melhores propostas ao acusado. É o que a Economia denomina **assimetria de informação**:

Há também os jogos de informação imperfeita. Nestes jogos, a informação a respeito do jogo até o momento em que se encontra não é completa. Neste jogos **um dos participantes pode ter informações que os outros jogadores não possuem**: neste caso, diz-se que há **assimetria de informação**. Em razão desta discrepância, um dos jogadores **pode agregar valor à informação que o outro jogador não tem, seja blefando ou mesmo não comunicando ao outro jogador esta informação**. (ALMEIDA, 2003. p. 185. Grifos nossos)

A propósito, para NARDELLI (2014), o fato de o acusado desconhecer o sigiloso arcabouço ameadado pela acusação até então propicia o **blefe** (*bluffing*) penal à acusação:

Um outro ponto de aproximação sistema inquisitório trazido pelo *plea bargaining* é a fonte do material probatório utilizado para servir de base às negociações. Como já anteriormente discutido, o parâmetro que irá determinar os termos do acordo oferecido pelo MP é, em maior medida, suas chances de êxito no *trial* tendo em vista o material probatório colhido na fase investigatória. Isto é, se as provas contra o acusado são robustas, o promotor não fará tantas concessões em troca da *guilty plea*, pois elas falarão por si mesmas. Ao contrário, diante de um fraco material probatório mas ainda assim, presentes indícios da prática criminosa, os esforços do acusador para obter a declaração de culpa serão vistos em maior medida, tanto oferecendo penas mais leves como ameaçando com a sobreimputação. Vale lembrar que a fase investigatória é predominantemente inquisitória e se desenvolve sem a participação da defesa e nem sempre esta tem acesso total às informações. Não conhecendo totalmente as provas existentes, não é possível que a defesa possa avaliar com seriedade as reais chances de êxito na eventualidade de uma declaração de inocência, a não ser que o acusado tenha condições de arcar com os custos de uma investigação privada. Nesse contexto, fala-se na técnica fraudulenta do *bluffing*, na qual o órgão acusatório tentará dissimular as fracas possibilidades da acusação na tentativa de persuadir o imputado a declarar-se culpado. (p. 348)

Tomada por empréstimo dos estudos econômicos, a **teoria dos jogos** aplicada ao Direito (Processual) Penal preleciona sobre essas decisões estratégicas e não aleatórias tomadas pelos diversos agentes em um jogo de soma zero, no qual o ganho de um implica na perda do outro. O cálculo de custo-benefício pode envolver artimanhas engenhosas de *bluffing*, a fim de antecipar o comportamento do adversário, interferindo massivamente na sua jogada. Ocorre que esses ardis tendem a atrasar o processo de negociação, e podem fazer com que o procedimento até a conclusão de um acordo se delongue mais que o próprio processo duraria, ou com que seja menos eficiente. VASCONCELLOS (2014, p. 162-163) explica:

Há, portanto, uma "simbiose burocrática" que inviabiliza a concretização da função precípua do processo penal, qual seja, limitar o poder punitivo, ao passo que os atores do campo jurídico, em prol de seus interesses particulares alheios ao caso concreto e por suas perversas relações de cooperação mútua, incentivam (ou, melhor, pressionam e coagem) a realização de barganhas para a imposição antecipada de sanções penais a partir do reconhecimento de culpabilidade consentido do réu. Desse modo, rompe-se por completo com as premissas do processo penal democrático, já que a barganha deturpa integralmente o sistema de justiça criminal.

Embora exista quem sustente uma maior legitimação da sanção penal imposta pela confissão barganhada, resta evidente a irracionalidade determinada por tal prática, a qual generaliza a desonestidade como postura recorrente dos atores do campo, e converte o sistema em uma "linha de produção em que acusados são coagidos, privados do devido processo, e valorados como menos importantes que a eficiência". Nesse sentido, aponta-se que as funções de acusar e julgar se perverteram e se trivializaram a partir dos espaços de discricionariedade abertos aos promotores e magistrados. Por outro lado, **a pretensão de celeridade almejada por meio dos acordos resta obstaculizada pelo próprio panorama ocasionado pela postura dos atores negociadores, como, por exemplo, a morosidade gerada pelos diversos blefes da defesa em requerimentos para fragilizar o caso da acusação e, assim, obter uma melhor barganha.** (Grifos nossos)

Já no nosso acordo de não persecução penal, dificilmente haverá oportunidade para o blefe, pois o investigado há de ter visão geral do quadro apuratório da imputação que lhe pesa. Assim determina a Súmula Vinculante nº 14, veja-se: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter **acesso amplo** aos elementos de prova que, **já documentados** em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.” (Grifo nosso).

Logo, tendo total conhecimento das informações que o titular da ação penal possui, a decisão do investigado sobre acordar ou não será mais esclarecida, uma vez que sabe a exata posição de negociação do seu adversário.

Inclusive, à míngua de previsão expressa na Resolução nº 181/2017, a Resolução nº 183/2018 promoveu inclusão de §1º ao artigo 9º da normativa, com o seguinte teor: “O defensor poderá examinar, mesmo sem procuração, autos de investigação criminal, **findos ou em andamento**, ainda que conclusos ao presidente, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital.” (Grifo nosso). Do §2º consta ainda que “[...] o defensor deverá apresentar procuração, quando decretado o **sigilo** das investigações, no todo ou em parte.” (Grifo nosso). Por fim, §4º estipula que “O presidente do procedimento investigatório criminal poderá delimitar o acesso do defensor aos elementos de prova relacionados a diligências em andamento e ainda não documentados nos autos, quando houver **risco de comprometimento da eficiência, da eficácia ou da finalidade** das diligências.” (Grifo nosso). As mudanças pretenderam a adequação ao enunciado vinculante, e excepcionam as hipóteses de decretação de sigilo e de elementos de informação ainda não documentados, quando necessário para assegurar sua conclusão.

Há, é verdade, diligências que devem ser sigilosas, sob risco de comprometimento do seu bom sucesso. Mas, se o sigilo é aí necessário à apuração e à atividade instrutória, a formalização documental de seu resultado já não pode ser subtraída ao indiciado nem ao defensor, porque, é óbvio, cessou a causa mesma do sigilo. [...] Os atos de instrução, enquanto documentação dos elementos retóricos colhidos na investigação, esses devem estar acessíveis ao indiciado e ao defensor, à luz da Constituição da República, que garante à classe dos acusados, na qual não deixam de situar-se o indiciado e o investigado mesmo, o direito de defesa. O sigilo aqui, atingindo a defesa, frustra-lhe, por conseguinte, o exercício. [...] 5. Por outro lado, o instrumento disponível para assegurar a intimidade dos investigados [...] não figura título jurídico para limitar a defesa nem a publicidade, enquanto direitos do acusado. E invocar a intimidade dos demais investigados, para impedir o acesso aos autos, importa restrição ao direito de cada um dos envolvidos, pela razão manifesta de que os impede a todos de conhecer o que, documentalmente, lhes seja contrário. Por isso, a autoridade que investiga deve, mediante expedientes adequados, aparelhar-se para permitir que a defesa de cada paciente tenha acesso, pelo menos, ao que diga respeito

a seu constituinte. (HC 88.190, voto do rel. min. Cezar Peluso, 2ª T, j. 29-8-2006, DJ de 6-10-2006)

Contudo, nota-se que a decretação de sigilo das investigações ministeriais se dá pelo próprio Ministério Público, que mais uma vez confere a si mesmo poderes que a lei não conferiu. A questão, de novo, não é a competência para a atribuição, que no inquérito policial é do delegado de polícia, autoridade responsável por conduzir as investigações (artigo 20 do CPP). Portanto, poderia perfeitamente caber ao *Parquet* a mesma capacidade no PIC. A problemática instaura-se, em verdade, em dois pontos: (i) a determinação da competência para decretar o sigilo no inquérito policial é legislativa, recaindo sobre a autoridade policial, e **não deriva de autoatribuição**; e (ii) o sigilo do procedimento policial recai sobre a população em geral, mitigando a publicidade no interesse persecutório penal, mas se submete à **fiscalização** pelo magistrado e pelo Ministério Público, aos quais não se opõe.

No modelo proposto para o acordo de não persecução penal, mesmo após a superveniente adequação à súmula vinculante, persiste grave incoerência. A negociação adquire ares de inquisitorialidade, em que o Ministério Público se afigura como inquisidor (acusa e julga simultaneamente), pois é a única autoridade com acesso à investigação **no caso de se efetivar o acordo**, sem *accountability* jurisdicional em momento **anterior** à proposição das sanções. Não haverá tampouco contraditório diferido, pois tecnicamente não há provas. Como defender então que o instituto não mitiga o sistema acusatório?

A Lei nº 12.850/2012, no §3º do artigo 7º § 3º reza que “O acordo de colaboração premiada **deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia**, observado o disposto no art. 5º” (Grifo nosso), e o § 2º que “O **acesso aos autos** será restrito **ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia**, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.” Assim, a colaboração premiada, meio de obtenção de prova, mesmo quando cabível o sigilo, tramita perante o juiz, que acompanha e exerce controle de legalidade sobre as investigações, embora não participe da negociação (artigo 40 §6º da mesma lei).

Se comparada com o acordo de não persecução penal, vê-se que a proposta ministerial de colaboração premiada não pode abranger competência jurisdicional. Ou seja, o prêmio é decidido pelo juiz, o que fica claro nos seguintes excertos legais:

Lei nº 12.850/2012: Art. 4º **O juiz** poderá, a **requerimento das partes**, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados:

[...]

§ 2º Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, **poderão requerer ou representar ao juiz** pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal).

[...]

§ 5º Se a colaboração for **posterior à sentença**, a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos. (Grifos nossos)

A liberdade negocial do *Parquet* não inclui aquelas atribuições atinentes à reserva constitucional de jurisdição: tudo fica condicionado à decisão do magistrado. No entanto, é facultado ao Ministério Público optar, sozinho, pela oferta de acordo em que se comprometa a não exercer a acusação. Mesmo nessa hipótese, de exclusiva competência ministerial, deve haver homologação judicial.

Lei nº 12.850/2012: Art. 4º [...] § 4º Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá **deixar de oferecer denúncia** se o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo. (Grifo nosso)

Na contramão, o acordo de não persecução penal se dá mediante procedimento integralmente interno, do qual o magistrado não intervém para e somente se sujeita à homologação judicial **após** a conclusão do trato, que prevê o cumprimento de medidas de caráter punitivo. Vide a redação do §4º do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 alterada pela Resolução nº 183/2018: “**Realizado o acordo**, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial” (Grifo nosso).

Creemos isso possa inclusive desestimular o desforço investigativo do Ministério Público, que tenderá, desde logo, a dispensar diligências prévias para formação de arcabouço mínimo para a acusação, antecipando a oferta de acordo ao investigado e poupando-se de maiores providências apuratórias, em tática manifestamente abusiva.

A nova redação do *caput* do art. 18 da resolução, dada pela Resolução nº 183/2018, veio retificar alguns dos pontos de que tratamos:

Resolução nº 181/2017: Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, **cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, **ajustadas** cumulativa ou alternativamente: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018) (Grifos nossos)

Ao comparar os dois textos, verifica-se no atual uma limitação mais precisa das imputações nas quais é cabível o acordo de não persecução, ficando estabelecido o universo de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que suas penas mínimas cominadas não ultrapassem o patamar de 4 (quatro) anos. A mudança moderou o cabimento indiscriminado do negócio jurídico extraprocessual penal para restringir sua incidência conforme a cominação.

Interessa reparar que o patamar máximo estabelecido para a celebração do acordo de não persecução penal (pena mínima de até quatro anos) coincide com o montante previsto de privação de liberdade para a substituição por penas restritivas de direitos, veja-se:

Código Penal: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada **pena privativa de liberdade não superior a quatro anos** e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; [...] (Grifo nosso)

Quando da atualização da normativa, ao menos preocupou-se o CNMP em excluir da incidência regulamentar as infrações que pudessem vir a ensejar restrição da liberdade caso o processo penal viesse a ser deflagrado, embora o cálculo não se dê com absoluta exatidão, uma vez que na resolução se considera a pena **mínima** cominada, ao revés da máxima, e tendo-se em conta que nem sempre o investigado reunirá condições favoráveis.

O §13 dispõe ainda que para a aferição da pena mínima cominada ao delito serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, numa espécie de simulação de eventual condenação.

Outra importante inclusão retificatória foi a vedação de proposição de acordo quando o delito for hediondo ou equiparado e nos casos da Lei nº 11.340/2006 (artigo 18, §1º, inciso V da resolução), sobre os quais, antes da alteração pela Resolução nº 183/2018, era possível negociar, afastando-se a incidência de pena privativa de liberdade.

Ainda no que toca ao *caput*, observe-se a sutileza da alteração redacional quando faz uso da expressão “condições ajustadas”. Antes, o texto as denominava “requisitos” que o investigado deveria “cumprir”. Ou seja, adequou-se a lavra a fim de conferir margem maior para negociação, na qual o investigado detém mais influência. A expressão precedente sugeria que o Ministério Público impunha verticalmente os termos do acordo.

A derradeira anotação quanto ao *caput* é a retirada da necessidade de indicação de provas do cometimento do delito para firmar o acordo. Elogiável a alteração nesse ponto, que veio exitosamente a corrigir os problemas que apontamos alhures. Agora, após a modificação, é até possível militar pela natureza distinta de **técnica especial de investigação** do acordo de não persecução penal, o que somente não consideramos certo em razão do resquício da exigência de confissão formal e circunstanciada. Se bem que já demonstramos que a assunção de culpa na fase investigativa é inócua como material probatório.

Ainda na redação original, além dos dois requisitos supraindicados (confissão e indicação de provas), os incisos do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 listam as “medidas de responsabilização”, que podem ser aplicadas cumulativa ou alternativamente, quais sejam:

Resolução nº 181/2017: Art. 18 [...]

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal;

III – comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail;

IV – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.

V – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito.

VI – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

Da regulamentação constavam seis condições passíveis de serem cumpridas pelo investigado a fim de esvaziar o interesse acusatório. Em sua maioria, confundem-se com sanções penais, afigurando-se impraticável defender nenhuma delas tenha caráter penal ou que não dependa de condenação criminal.

O fato de o acusado aquiescer à penalização de sua conduta pouco diz acerca do caráter sancionatório da medida. É possível, *e.g.*, que um determinado agente cometa um crime,

arrependa-se, confesse perante a autoridade policial e pretenda-se ver processado e julgado a fim de cumprir a pena correspondente, porquanto assim entenda correto. A concordância do apenado e até mesmo o desejo de sofrer retribuição em razão do delito que praticou jamais desnaturará o caráter penal da sanção criminal. A adesão ou anuência não guarda relação com a qualidade **penal** da resposta.

A coercitividade sancionatória significa que ela se dá de modo impositivo, não interessando especular acerca da vontade do infrator, eis que o elemento volitivo é indiferente. Mas ser indiferente não significa que o réu necessariamente haja que se opor à imposição de sanção. Tanto mais que noutros negócios jurídico-penais previstos expressamente em lei o acusado deve concordar com os termos da tratativa, incluídas aí as medidas sancionatórias.

Outro argumento frequentemente utilizado pela doutrina partidária da natureza extrapenal das condições do acordo de não persecução penal é o de que se não há intervenção jurisdicional, de pena não se trata.

Há identidade com a descrição de penas alternativas, mas de pena, em seu sentido mais estrito, não se trata. A razão é singela: não há afetação do *jus puniendi* estatal, pois esta afetação só se dá por meio da jurisdicionalidade, que resta ausente no acordo de não persecução penal. (SUXBERGER, 2019. p. 90)

Ora, a afirmação não passa de um paralogismo bem articulado. É como disséssemos: “qualquer semelhança não é senão mera coincidência”. Subtrai-se do magistrado o poder de decidir em determinados casos, terceirizando-se a competência decisória; e, se não é o magistrado quem julga, então qualquer medida sancionatória que seja aplicada não será pena. Em verdade, o raciocínio deve ser justamente o inverso: se está elencada como pena na Constituição ou no CP, é sanção criminal, e deve ser aplicada somente mediante o devido processo penal pela autoridade jurisdicional competente, a menos que **lei** excepcione.

Entender o contrário é admitir que, fora do monopólio punitivo estatal, se faça justiça. Em que pese o Ministério Público componha o corpo estatal, e seja o poder uno e indivisível, há uma organização funcional que define a atribuição jurisdicional sem incluí-lo como legitimado para tanto.

Uma vez inaugurada a questão da natureza jurídica penal das condições elencadas nos incisos do artigo 18 da resolução em epígrafe, vejamos, uma a uma, se de fato constituem pena. O primeiro inciso fala em “reparar o dano ou restituir a coisa à vítima” na linha da justiça

restaurativa, e seguramente não tem caráter estritamente penal, apesar de a responsabilidade civil, nesse caso, ser decorrência direta da prática da transgressão criminal. Reza o CPP que o patamar mínimo indenizatório da vítima deve constar da sentença penal, o que garante e facilita posterior execução civil:

Código de Processo Penal: Art. 387. O juiz, ao proferir sentença condenatória: [...] IV - fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido; [...]

Frise-se que este inciso foi mantido praticamente incólume pela Resolução nº 183/2018, cuidando-se o CNMP de apenas acrescer, ao final, “salvo impossibilidade de fazê-lo”, atento às hipóteses de inviabilidade indenizatória de qualquer ordem (fática, lógica, financeira ou situacional).

Já o segundo inciso dispõe como condição “renunciar voluntariamente a bens e direitos, de modo a gerar resultados práticos equivalentes aos efeitos genéricos da condenação, nos termos e condições estabelecidos pelos arts. 91 e 92 do Código Penal”. Pode-se dizer que, em termos de equivalência sancionatória, a medida pode encontrar correspondência nas penas restritivas de direitos previstas no artigo 43, incisos II (perda de bens e valores), VI (limitação de fim de semana) e V (interdição temporária de direitos) do CP ou naqueles mencionados no próprio texto normativo. Ora, os artigos 91 e 92 do CP tratam dos efeitos genéricos e específicos da condenação. Repise-se: da condenação! São consequências da imposição de uma pena criminal.

Código Penal: Art. 91 - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a **obrigação de indenizar o dano causado** pelo crime;

II - a **perda** em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos **instrumentos do crime**, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do **produto do crime** ou de qualquer bem ou valor que constitua **proveito** auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

§ 1º Poderá ser decretada a perda de bens ou valores equivalentes ao produto ou proveito do crime quando estes não forem encontrados ou quando se localizarem no exterior.

§ 2º Na hipótese do § 1º, as medidas assecuratórias previstas na legislação processual poderão abranger bens ou valores equivalentes do investigado ou acusado para posterior decretação de perda. (Grifos nossos)

Art. 92 - São também efeitos da condenação:

I - a **perda de cargo, função pública ou mandato eletivo**:

a) quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública;

b) quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos.

II – a **incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos** sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado;

III - a **inabilitação para dirigir veículo**, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Grifos nossos)

O STJ já assentou, nesse sentido, que na transação penal, não incidem os efeitos constantes do artigo 91 do CP justamente porque estes decorrem de sentença penal condenatória, o que não é o caso. Veja-se:

As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal, cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante.

As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo. (STF. Plenário. RE 795567/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, julgado em 28/5/2015. Info 787).

A Resolução nº 183/2018 promoveu modificação no inciso II para excluir a menção aos artigos 91 e 92 do CP, inserindo em seu lugar a expressão “indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”. Parece-nos o CNMP atentou-se para o lapso de fazer alusão a um dispositivo do CP que trata dos efeitos da condenação criminal, e pretendeu retificá-lo de modo genérico, munindo o Ministério Público de poder de apontar quais seriam os instrumentos, produtos ou proveitos do crime, já que não há juiz para individualizá-los.

Quanto ao terceiro inciso, este previa originalmente como obrigação do investigado “comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail”. A Resolução nº 183/2018 o fez migrar para o §8º, no qual deixou de ser condição para ser dever do investigado, além da comprovação mensal do cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, ou da apresentação imediata e documentada de eventual justificativa para o não cumprimento.

O quarto inciso trata de condição descrita como “prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público.”, a qual coincide em definição com aquela constante do artigo 43, inciso IV do CP (prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas). Não resta dúvida de que a inspiração para o ora

denominado “requisito” adveio da pena **alternativa** à privativa de liberdade, recaindo sobre a pessoa do apenado (pena restritiva de direito de natureza pessoal), embora seja imposta, definida e fiscalizada pelo Ministério Público, e não pelo juiz. A Resolução nº 183/2018 transferiu o teor deste inciso IV para o inciso III.

O inciso seguinte, o quinto, institui como obrigação passível de ajuste “pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito”. Ora, o dispositivo regulamentar inclusive faz alusão explícita ao artigo do Código Penal que prevê a pena restritiva de direitos de natureza real, atingindo o patrimônio do apenado. Contudo, não consta nenhuma estipulação expressa de margem para o *quantum* do montante a ser definido para a prestação pecuniária, restando espaço ilimitado de negociação para o *Parquet*, a menos que consideremos aquelas constantes do §1º do artigo 45 do CP.

Não se pode negar a qualidade de pena das medidas constantes dos incisos IV e V do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 (ou dos incisos III e IV do artigo 18, na nova redação dada pela Resolução nº 183/2018), tanto mais que se amoldam perfeitamente às prescrições constantes do CP, quando não se referem explicitamente a elas.

Lembre-se que, apesar da alternatividade característica das penas restritivas de direitos com relação à privação de liberdade, estas persistem sendo **penas** dotadas de **substitutividade**, o que significa que o juiz primeiro fixa a pena privativa de liberdade e o regime de cumprimento para somente após determinar a substituição, quando cabível. Ou seja, não são hipóteses de despenalização. Da mesma forma, eventual regulamentação infralegal que venha a reproduzi-las sem a ressalva de que não se tratam de pena criminal consequentemente implica na constituição de sanção penal em sentido estrito, e sem exercício jurisdicional.

É certo que não há disposição legal que assegure que o cumprimento do acordo de não persecução penal futuramente não venha a constituir maus antecedentes, dado que o investigado se apresenta como confesso. Também não há garantia expressa de que, descumprido o acordo, a confissão não sirva como implicação lógica para a formação do convencimento sobre a autoria. Vige, portanto, como em tudo que diz respeito ao acordo de não persecução, a insegurança jurídica.

O derradeiro e sexto inciso do artigo 18 previa como possibilidade “cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada” o que se manteve após as alterações dadas pela Resolução nº 183/2018, mas no inciso V. O texto faz concluir que o rol de condições é meramente exemplificativo, mas as partes não ajustam livremente entre si os termos do acordo. Em verdade, a redação deixa claro que a condição será estipulada unilateralmente pelo Ministério Público, incumbindo ao investigado somente aceitar ou recusar.

O fato de a regulamentação mencionar proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal já indica a atenção à questão tanto da retributividade quanto da prevenção, em muito remetendo ao teor do artigo 59 do CP, e entremostrando o caráter penal das medidas. Veja-se:

Código Penal: Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja **necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível. (Grifo nosso)

Vide agora o texto dos incisos, renumerados e alterados conforme a retificação promovida pela Resolução nº 183/2018:

Resolução nº 181/2017: Art. 18 [...]

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo 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 Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.

O §1º do artigo 18 da normativa, em seus incisos, trata dos casos em que não se admitirá a proposta de acordo de não persecução penal. São eles, na redação original:

a) quando for cabível a transação penal, nos termos da lei (inciso I);

- b) quando o dano causado for superior a 20 (vinte) salários mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação (inciso II);
- c) quando o investigado incorrer em alguma das hipóteses previstas no 76, §2º da Lei nº 9.099/95<sup>28</sup> (inciso III);
- d) se o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar na prescrição da pretensão punitiva estatal (inciso IV).

Posteriormente, a Resolução nº 183/2018 alterou o item b (inciso II do §1º do artigo 18), esclarecendo que o parâmetro diverso há necessariamente de ser **econômico**, e definido nos termos da regulamentação local, além de acrescentar mais duas situações em que não é cabível o instituto:

- e) em se tratando de delito hediondo, equiparado ou previsto na Lei Maria da Penha (inciso V);
- f) se o acordo não for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (inciso VI).

A regulamentação obviamente se ocupou de tornar não concomitantes as hipóteses de incidência de outro instituto de natureza premial já previsto na legislação, qual seja: a transação penal, que certamente é mais benéfica ao investigado (inciso I). Afinal, se devidamente cumpridas as medidas conforme acordadas na transação penal, extingue-se a punibilidade do agente, o que obsta a ação penal. A consequência jamais poderia ser a mesma para o acordo de não persecução penal, pois para além das hipóteses listadas no artigo 107 do CP<sup>29</sup>, somente aquelas previstas expressamente na legislação podem constituir causas de extinção de punibilidade. Nesse sentido, GRECO (2015, p. 782) discorre que:

Entretanto, também é certo que o Estado, em determinadas situações previstas expressamente em seus diplomas legais, pode abrir mão ou mesmo perder esse direito de punir. Mesmo que, em tese, tenha ocorrido uma infração penal, por questões de

---

<sup>28</sup> Lei nº 9.099/95: Art. 76 [...] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

<sup>29</sup> Código Penal: Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: I - pela morte do agente; II - pela anistia, graça ou indulto; III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso; IV - pela prescrição, decadência ou preempção; V - pela renúncia do direito de queixa ou pelo perdão aceito, nos crimes de ação privada; VI - pela retratação do agente, nos casos em que a lei a admite; VII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) VIII - (Revogado pela Lei nº 11.106, de 2005) IX - pelo perdão judicial, nos casos previstos em lei.

política criminal, o Estado pode, em algumas situações por ele previstas expressamente, entender por bem em não fazer valer o seu *ius puniendi*, razão pela qual haverá aquilo que o Código Penal denominou de extinção da punibilidade.

Na prática, porque a resolução não poderia criar nova hipótese de extinção de punibilidade, restringiu-se a asseverar que o Ministério Público promoverá o arquivamento do PIC. Veja-se: “Art. 18 [...] §11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.” Ocorre que o arquivamento de investigação no âmbito do Ministério Público não é capaz de operar efeitos penais. O CNMP, ciente disso, na redação anterior à Resolução nº 183/2018 dispunha que: “Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, **sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a Instituição.**” (Grifo nosso)

A exclusão do trecho final é indicativa de ainda maior instabilidade para o investigado que negocia, deixando entender que não haja óbice para que eventual órgão do Ministério Público exerça a pretensão acusatória mesmo após o integral cumprimento das condições. Nesse sentido, FISCHER e ANDRADE (2018, p. 244-245) aduzem que “não faria sentido o acordo ser celebrado com um membro do Ministério Público e, por independência funcional, outro membro desfazê-lo. Feriria a lealdade e a boa-fé processuais entender-se de maneira contrária”

Já no caso de descumprimento do acordo de não persecução penal, reza o §9º do artigo 18 da resolução que: “descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério público deverá, se for o caso, **imediatamente oferecer denúncia.**” (Grifo nosso). O mesmo se dá na transação penal, conforme descrito no enunciado da Súmula Vinculante nº 35: “a homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei nº 9.099/95 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, **possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.**” (Grifo nosso).

Sobre o patamar máximo de vinte salários mínimos de dano como valor limite para o acordo de não persecução penal (inciso II), verifica-se ser este absolutamente inócuo, pois logo na sequência abre-se a possibilidade de definição de outro critério econômico pelo órgão de revisão.

Apesar da exclusão da incidência casos em que for cabível a transação penal, o CNMP aproveitou as mesmas disposições legais impeditivas de cabimento também para o acordo de não persecução penal (inciso III), quais sejam: (i) quando o investigado tiver sido condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade pela prática de crime em sentença já transitada em julgado; (ii) quando o investigado houver sido beneficiado nos últimos cinco anos pela transação penal; e (iii) quando não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Também quando se vislumbrar que há potencial prescrição da pretensão punitiva estatal está vedada a celebração do acordo (inciso IV), o que nem sempre constituirá estimativa precisa o bastante, mas pretende impedir que o investigado celebre o acordo, descumpra, e saia impune porque o Ministério Público não exerceu a ação penal a tempo.

No que tange aos delitos hediondos ou equiparados, e àqueles previstos na Lei Maria da Penha (Lei nº 11.340/2006), nada mais coerente que a inserção, via Resolução nº 183/2018, de vedação de negociação da não persecução (inciso V). Isso se justifica pela previsão constitucional constante do artigo 5º, inciso XLIII, que dispõe que “a lei considerará crimes **inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia** a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes **hediondos**, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem; [...]” (Grifo nosso), bem como pelo tratamento diferenciado que há de ser conferido aos delitos cometidos no contexto de violência doméstica, consagrado no art. 226, §8º: “O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para **coibir a violência** no âmbito de suas relações.” (Grifo nosso). Não seria razoável a pretensão obstativa da persecução penal em casos considerados pelo texto constitucional como especialmente reprováveis.

Também a suspensão condicional do processo e a transação penal, institutos despenalizadores previstos na legislação, não são permitidos no caso de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha, conforme enuncia a Súmula nº 536 do STJ.

Por fim, a derradeira impossibilidade propositiva de acordo de não persecução penal prevista no §1º se refere ao desatendimento do que seja necessário e suficiente para a

reprovação e prevenção do crime (inciso VI), juízo de discricionariedade que fica a cargo exclusivo do Ministério Público.

Para além, o §12 do artigo 18 ainda impede a aplicação do acordo de não persecução penal aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

A resolução não descarta a formalização nos autos dos termos do acordo, mediante registro da qualificação completa do investigado, da estipulação clara das condições, dos valores a serem restituídos e das datas de cumprimento, além da infra assinatura pelo Ministério Público e pelo investigado e seu defensor (§3º do artigo 18), bem como determina a indispensabilidade do registro da confissão detalhada dos fatos e das tratativas do acordo pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, a fim de zelar pela fidelidade das informações (§2º do artigo 18).

Uma vez firmado o acordo, este será submetido à **apreciação judicial**, conforme procedimento previsto no §4º do artigo 18, com teor dado pela Resolução nº 183/2018, sem dispositivo correspondente na redação original. Em sua primeira versão normativa, o acordo de não persecução penal prescindia de qualquer homologação em juízo. Bastava o trâmite do procedimento investigativo e das tratativas perante o Ministério Público, em manobra de absoluta **desjurisdicionalização**. A retificação veio a calhar, embora não tenha solucionado integralmente a questão, dada a persistência de ausência de previsão legal para a negociação extraprocessual penal em que se impõe medidas penalizadoras.

A resolução extrapola a competência regulamentativa que lhe cabe também ao pretender normatizar a atuação jurisdicional. Os §§5º e 6º tratam da conduta do magistrado quando da apreciação do acordo de não persecução penal. Leiam-se:

Resolução nº 181/2017: Art. 18 [...] § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

§ 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências:

I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la;

II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la;

III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado;

IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição.

Ora, a inovação normativa é patente, pois seu teor não consta de lei e estende-se ao exercício de atribuições estranhas ao universo administrativo ou institucional do Ministério Público. Não pode vincular, portanto, o magistrado.

A previsão infralegal gera ainda uma série de problemas, pois engessa a atuação jurisdicional. O juiz, ao receber proposta de acordo de não persecução penal, haveria de atuar nos estritos termos da lei. Na ausência de previsão legal, deixa de agir, e lançará, ao máximo, um “nada a prover” nos autos. Afinal, se não há denúncia, deve persistir a inércia do Judiciário.

O magistrado de fato fica limitado às duas possibilidades indicadas na normativa: homologar ou recusar homologação. Ocorre que no segundo caso pouco importando as razões invocadas em juízo – podendo até mesmo ser negativa sob o fundamento de controle difuso de constitucionalidade<sup>30</sup> –, ao retornarem os autos ao Ministério Público, a praxis tem demonstrado que o *Parquet* trata de ignorar seja qual for o teor do despacho judicial<sup>31</sup> e de enviar ele próprio o acordo para seu órgão revisional, a fim de que este convalide a não persecução.

Cuida-se de verdadeira armadilha, da qual não se vislumbra saída, uma vez que a instauração da ação penal depende exclusivamente da iniciativa de seu titular.

Outra questão de grande relevância é a análise do momento pós-acordo. É possível que o investigado descumpra os termos da tratativa, e o Ministério Público ingresse com ação penal. Nada impede que o magistrado deixe de receber a denúncia sob o fundamento da ausência de interesse processual (ou de justa causa). Ora, se o titular da ação penal, mesmo munido de *opinio delicti*, deixou deliberadamente de promover a acusação em razão da negociação de condições com o investigado, alegando o esvaziamento do interesse persecutório, pouco importa o desfecho desse pacto sobre cujo mérito o juiz não foi consultado. Trata-se de situação análoga a uma espécie de preclusão consumativa, porque o *Parquet* já provocou o Judiciário, comunicando acerca de sua exclusiva decisão de não processar, **sem que**

---

<sup>30</sup> Entendemos que se o acordo de não persecução penal é instituto criado por ato normativo inconstitucional, é possível ao juiz singular, diante do caso concreto, decretar *inter partes* a inconstitucionalidade, afastando a incidência da normativa.

<sup>31</sup> Embora seja discutível em análise casuística, aqui denominamos de **despacho** por se tratar de ato judicial sem conteúdo decisório, cujo poder foi suprimido do magistrado.

**tenham surgido, após, novas provas**<sup>32</sup>. A manifestação do magistrado pode ser então de rejeição da ação penal, nos termos do artigo 395 do CPP:

Código de Processo Penal: Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:  
I - for manifestamente inepta;  
II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou  
III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Se, contudo, novas provas surgirem, seja após o cumprimento ou descumprimento do acordo firmado, instaura-se sensível controvérsia. Indaga-se se há uma renovação da possibilidade da persecução penal.

É que, cumprido o acordo, supostamente não há mais interesse acusatório por parte do Ministério Público, que deve arquivar a investigação (§11 do artigo 18 da resolução). Mas, como não há análise exauriente do caso, a probabilidade de ocorrência de equívocos quanto ao enquadramento típico, à autoria ou à participação e às circunstâncias do crime é maior, e pode ensejar tanto impunidade quanto excesso de penalização, prejudicando a retributividade.

FISCHER e ANDRADE (2018, p. 221-223) fornecem exemplo muito preciso da confusão iminente, considerando a pluralidade de agentes e de crimes, senão:

Ilustra-se com um exemplo hipotético: dois sujeitos, “A” e “B” são investigados no mesmo expediente. Ao final da investigação, conclui-se que o sujeito “A” cometeu um homicídio qualificado e um furto qualificado; e o sujeito “B”, o mesmo furto qualificado. O sujeito “B” realiza o acordo de não persecução penal, o que não é possibilitado ao sujeito “A”, dados os crimes por ele cometidos.

O sujeito “B” cumpre as condições impostas no acordo, e é pedido o arquivamento quanto a ele por tal motivo [...], antes do encerramento da instrução do processo no qual o sujeito “A” responde.

Finalizada a instrução do, agora, réu “A”, percebe-se que não se tratava de um homicídio qualificado em concurso com um crime de furto qualificado. Na verdade, o fato havido foi um latrocínio, e o sujeito “B” era partícipe deste mesmo crime, cometido com violência e que não poderia ter sido objeto de acordo de não persecução penal [...]. Qual a solução que a Resolução dá para este caso? Pode ser reaberta a persecução penal contra o sujeito “B”?

[...]

Assim, cabe dizer que a lei se mostra essencial para a definição dos acordos por uma razão simples: **a revisão criminal pro societate não é possível em nosso sistema**, e isso molda diversas interpretações dentro do processo. (Grifo nosso)

---

<sup>32</sup> Essa (notícia de novo material probatório), inclusive, é a única hipótese em que o CPP admite a reabertura do IP após a determinação judicial de arquivamento. Veja-se: “Art. 18. Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.”. O enunciado da Súmula nº 524 do STF trata ainda da impossibilidade de deflagração de ação penal enquanto o IP estiver arquivado sem que novas provas tenham surgido: “Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada, sem novas provas.”

Também no caso de descumprimento, uma vez surgidas novas provas de crime eventualmente mais gravoso do que aquele que inicialmente supunha o Ministério Público em determinado contexto fático, devolve-se a pretensão acusatória? E sob quais fundamentos? É possível rescindir o acordo e razão de uma “má-fé” negocial do investigado, que não é obrigado a produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), nem sequer se autoacusar? Lembre-se ainda que que a autoacusação falsa (prevista no artigo 341 do CP<sup>33</sup>) é crime cujo objeto consiste na imputação a si próprio de crime **inexistente** ou **cometido por outrem**. Questionável concluir que autoacusar-se de conduta **efetivamente** praticada, mas em menor extensão ou de enquadramento típico distinto, constitua essa mesma infração penal. “Quando a lei usa o termo **acusar-se**, significa que o próprio agente atribui falsamente a si mesmo a prática de um crime que não existiu ou que foi praticado por outrem.” (GRECO, 2015b. p. 1159. Grifo no original).

Não se pode sequer falar em coisa julgada, pois a decisão judicial é homologatória, sem caráter terminativo. Entendemos, portanto, que outra vez o risco de se aplicar o instituto previsto em norma infralegal é preocupante, pois não proporciona segurança jurídica nem regula todas as hipóteses potenciais, dado que não foi submetido a amplo debate acadêmico, político, jurídico e social, como o seria durante o devido processo legislativo.

Especulamos ainda acerca da fiscalização do cumprimento do acordo, que deve ser efetivada pelo próprio Ministério Público. Os efeitos práticos dessa atribuição não foram tratados na resolução com minúcias. Antes de tudo, incumbe-lhe a estruturação administrativa nesse intuito, com investimento de recursos (humanos, institucionais e financeiros), ainda que seja obrigação do acusado demonstrar o cumprimento das condições. Seria necessário também um cadastramento ou convênio de instituições parceiras, perante as quais o investigado comparecerá para prestar serviços ou efetuará pagamento de prestação pecuniária. No caso de descumprimento, não há hipótese de audiência admoestatória como em outros institutos, e eventual justificativa para o descumprimento é submetida diretamente ao *Parquet* que, entendendo não seja plausível, de plano pode oferecer denúncia.

Registre-se ainda a situação de descumprimento parcial. Ora, como aferir se o inadimplemento do pacto há de fato que desencadear a ação penal? Devem o Ministério Público e o magistrado considerarem que o acusado cumpriu algumas das condições estipuladas do

---

<sup>33</sup> Código Penal: Art. 341 - Acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem: Pena - detenção, de três meses a dois anos, ou multa.

acordo quando, respectivamente, da imputação e da condenação? São tantas as fragilidades regulamentativas da norma, que não podemos esgotá-las, mas a realidade tratará de expô-las oportunamente.

Em seu §7º, o artigo 18 faculta a celebração do acordo de não persecução penal durante a audiência de custódia, o que vem a desvirtuá-la por completo. Bem se sabe que a referida oportunidade é destinada **exclusivamente** à análise de legalidade da prisão efetuada, ficando proibido o ingresso no mérito da acusação.

[...] Durante a realização da audiência de custódia, a autoridade judiciária deverá: [...] **abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova** para a investigação ou ação penal, sem prejuízo de mandar consignar as declarações que o preso desejar fazer espontaneamente: como se percebe, **é vedada a inquirição do preso sobre o mérito da imputação**. Portanto, não devem ser admitidas perguntas que antecipem instrução própria de eventual processo de conhecimento. **Afinal, em um sistema acusatório que visa preservar a imparcialidade do magistrado, ter-se-ia ressuscitada a figura do juiz inquisidor se o juiz aproveitasse da audiência de custódia para assumir iniciativa acusatória incompatível com a sua função de garante das regras do jogo.** (LIMA, 2015. p. 929. Grifos nossos.)

Pois bem, se para a celebração do acordo é imprescindível a formalização da confissão minudenciada da prática da infração penal, afigura-se de todo impossível pactuar a não persecução, eis que um de seus pressupostos está inviabilizado. Embora a manifestação do custodiado a respeito de sua culpabilidade possa ser voluntária, não será espontânea para a finalidade do acordo, que há de ser **proposto** pelo Ministério Público. Aliás, confissão implicará que o magistrado se imiscuirá intempestivamente em assunto atinente ao mérito da imputação, violando o sistema acusatório. É preciso ter em mente que (i) o Ministério Público deverá ter convencimento formado sobre a autoria e a materialidade para propor o acordo, o que haveria de ser explicitado durante a audiência de custódia; e que (ii) o magistrado, que não deve participar das tratativas acerca da não persecução, presenciaria a negociação dos termos. Esses dois pontos já maculam de plano a intenção de celebrar o acordo de não persecução durante a audiência de custódia.

No sistema de investigação preliminar a cargo do MP, o promotor é o diretor da investigação, cabendo-lhe receber diretamente a notícia-crime ou indiretamente (através da polícia) e investigar os fatos nela constantes. Para isso, poderá dispor e dirigir a atividade da Polícia Judiciária (dependência funcional) ou praticar por si mesmo os atos que julgue necessários para formar sua convicção e decidir entre formular a acusação ou solicitar o arquivamento (visto como não processo em sentido lato).

Em regra (e assim é aconselhável que seja), o MP dependerá de autorização judicial para realizar determinadas medidas limitativas de direitos fundamentais, como as medidas cautelares, buscas domiciliares intervenções telefônicas, etc. Caberá ao **juiz**

**da instrução** (que não se confunde com a figura do **juiz instrutor**) decidir sobre essas medidas). (LOPES JUNIOR; GLOECKNER, 2014, p. 152. Grifos no original)

Por oportuno, não é demais relembrarmos que a resolução do CNMP sob análise não deve sofrer comparação com aquela do CNJ que regulamenta a audiência de custódia (Resolução nº 213/2015). Afinal, a audiência de custódia não suprime direitos, ao revés: os assegura e os reforça, na linha de mandamentos constitucionais e diplomas internacionais; além de não tratar em momento algum do mérito persecutório. Nesse sentido:

Conforme a doutrina expressa, referida audiência tem o objetivo precípua de **prevenir ameaças, maus-tratos e a constatação de eventuais privações de liberdade ilegais e arbitrárias**. [...] O que se quer dizer, portanto, é que **o ato regulamentador do CNJ disciplinou um momento de análise da prisão, unicamente**. Em momento algum, o CNJ buscou ditar o destino final da persecução iniciada, pois isto depende de lei, como já visto. Noutro passo, fica evidente que **o CNMP, administrativamente, quer dizer o que justifica, ou não, o ajuizamento da ação penal**. São fins, objetivos e resultados absolutamente distintos. (FISCHER; ANDRADE, 2018, p. 218-219. Grifos nossos.)

Passemos, então, no subcapítulo seguinte, à compreensão do quadro fático no qual se optou pela regulamentação do acordo de não persecução penal via ato normativo infralegal.

#### **4.1 O contexto de edição da Resolução nº 181/2017 do CNMP**

A Resolução nº 13/2006 do CNMP regulamentava o artigo 8º da Lei Complementar nº 75/93 (Estatuto do MPU) e o artigo 26 da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal, e dava outras providências.

Ocorre que a atribuição de poderes investigativos ao Ministério Público, questão polêmica à época, foi objeto de deliberação no Recurso Extraordinário nº 593.727, de relatoria do Ministro Cezar Peluso, em 14 de maio de 2015. Na ocasião, a Suprema Corte reconheceu a legitimidade investigatória criminal do Ministério Público em sede de repercussão geral, nos seguintes termos:

[...] o Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição.

Em seu voto, a Ministra Rosa Weber afirmou ser prescindível a existência de tratamento legal expresso acerca dos poderes investigativos ministeriais em matéria criminal, uma vez que a Constituição e o CPP já estabelecem balizas para a atuação do Ministério Público. Acresceu ainda que o Estatuto do Ministério Público da União e a Lei Orgânica do Ministério Público já tratam do tema, bem como anotou a existência da Resolução nº 13/2006:

Embora fosse até desejável, não é absolutamente necessário um diploma legal específico para regular o tema, já que incidem, nas investigações realizadas pelo Ministério Público, as normas mais gerais do Código de Processo Penal, sem olvidar os direitos e garantias fundamentais do investigado contemplados na Constituição. **Anoto, por oportuno, que, com base nas normas legais citadas, o Conselho Nacional do Ministério Público editou Resolução, a disciplinar, no âmbito do Ministério Público, a instalação e tramitação do procedimento investigatório criminal.** (Grifo nosso. p.12)

No entanto, as críticas do relator Ministro Cezar Peluso, que votou em sentido contrário, não passaram desapercibidas:

Vem logo, daí, que são írritas e frustradas, senão até inconcebíveis, as tentativas de regulamentação da matéria por via de resoluções – e aqui me refiro, dentre outras, estaduais e federais, designadamente à Resolução nº 13, de 02.10.2006, do Conselho Nacional do Ministério Público. À minguada de regulamentação legal específica, aplicam-se ao lado da Resolução nº 13 de 2006 do CNMP e por analogia, os parâmetros definidos pelo Código de Processo Penal para a fase de instrução prévia, aí incluídos os prazos, regras sobre sigilo e outras formalidades cabíveis. (p.44)

Também a própria Ministra Rosa Weber se preocupou em atentar para a fixação de parâmetros para a persecução penal investigativa levada a efeito pelo Ministério Público, entendendo importante destacar a inafastável observância dos direitos do investigado, da reserva constitucional de jurisdição, das prerrogativas da defesa, e da separação de poderes no que diz respeito à competência jurisdicional e ao controle judicial da atividade investigativa. Leia-se:

De todo modo, na esteira do entendimento do eminente Relator, não deixo de reconhecer algumas condições, a maioria delas de certa obviedade, para o exercício desse poder de investigação. A primeira e mais importante é a necessidade de observância dos direitos constitucionais e legais do investigado, como, dentre outros, o direito ao silêncio, o direito à assistência por um advogado, a reserva de juiz para determinadas diligências investigatórias, em elenco apenas exemplificativo. Inclui-se aqui a observância do disposto na Súmula vinculante nº 14 desta Suprema Corte. Outra, de natureza procedimental: a obrigatoriedade da submissão da produção investigatória do Ministério Público ao controle judicial, como ocorre com o inquérito policial, exigindo-se (i) que, após prazo razoável da instauração de um procedimento investigatório, sua eventual prorrogação seja solicitada ao juiz e (ii) que, com a conclusão do processo investigatório, seja ele submetido ao juiz, com o oferecimento da denúncia ou promoção de arquivamento.

Tanto do voto do relator vencido quanto do voto condutor vencedor se apercebe a manifestação de preocupações pertinentes à insuficiência da regulamentação das garantias

básicas a serem observadas no procedimento investigatório criminal, exortando-se o CNMP a amoldar a normativa então existente. Assim, se ao tempo do julgamento do RE nº 593.727 vigia a Resolução nº 13/2006 do CNMP, é de se grifar que o ato normativo não dispunha expressamente acerca dos pontos indicados no julgado pela Suprema Corte, sendo medida de primeira ordem a sua atualização.

Contudo, o CNMP permaneceu inerte quanto à efetivação das mudanças necessárias desde o julgado de 2015, até que sobreveio nova redação de dispositivos do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (EOAB), promovida por meio da Lei nº 13.245/2016. A fim de promover adequação pontual da normativa quanto aos direitos do investigado e de seu defensor, o Conselheiro Walter Agra apresentou a Proposição nº 1.00580/2016-19/2016 na 4ª Sessão Ordinária do Conselho, em 21 de fevereiro de 2017. Vide a ementa:

PROPOSTA DE RESOLUÇÃO. ALTERAÇÃO NAS RESOLUÇÕES CNMP Nº 13/2006 E 23/2007. PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL E INQUÉRITO CIVIL. DISCIPLINA ADEQUADA DO ACESSO AOS AUTOS PELO DEFENSOR. DIREITO DE ACOMPANHAR E AUXILIAR O INVESTIGADO DURANTE O INTERROGATÓRIO OU DEPOIMENTO NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. CONSONÂNCIA COM O DISPOSTO NA LEI Nº 13.245/2016. APROVAÇÃO DA PROPOSTA DE RESOLUÇÃO, COM ALTERAÇÕES. 1. Trata-se de Proposição apresentada pelo Conselheiro Nacional Walter de Agra Júnior por ocasião da 14ª Sessão Ordinária do CNMP, realizada no dia 27/07/2016, que visa alterar o artigo 7º da Resolução CNMP nº 13/2006 (que disciplina o Procedimento Investigatório Criminal), e os artigos 6º e 7º da Resolução CNMP nº 23/2007 (que dispõe sobre o Inquérito Civil no âmbito do Ministério Público). 2. O que se busca é incluir nas Resoluções acima destacadas as novas previsões da Lei nº 13.245/2016 (que alterou o Estatuto da OAB), especialmente aquelas relacionadas à possibilidade de amplo acesso aos autos pelo Defensor, ressalvadas as hipóteses que envolvem sigilo, e o direito do Causídico de acompanhar e auxiliar o investigado durante o interrogatório ou depoimento no curso da investigação, podendo apresentar razões e quesitos. 3. Os dispositivos, que passarão a dispor sobre a possibilidade de o Defensor examinar, mesmo sem procuração específica, autos não sigilosos de procedimentos conduzidos pelo Ministério Público, podendo copiar documentos e assistir o investigado durante o interrogatório ou depoimento, precisam ser incorporados às Resoluções que dispõem sobre os procedimentos Ministeriais. 4. O próprio legislador não delimitou que as investigações versadas na Lei nº 12.345/2016 seriam apenas aquelas que envolvessem matéria criminal, não cabendo ao intérprete, portanto, restringir o alcance da norma. 5. As mudanças propostas no presente feito, assim como aquelas introduzidas pela Lei nº 13.245/2016, não têm o condão de afastar a natureza inquisitorial das investigações preliminares, mas sim de outorgar um viés mais garantista à investigação, buscando assegurar os direitos fundamentais do investigado. Evitam-se, assim, expedientes inquisitoriais eventualmente arbitrários, vez que a disciplina adequada do acesso aos autos e a participação nas investigações são ferramentas indispensáveis ao Defensor, sem as quais não há que se falar em exercício do direito de defesa dos cidadãos. 6. É necessário, na esteira da sugestão apresentada pelo Exmo. Sr. Presidente do CNMP, adequar as referências às palavras “advogado” e “cliente”, presentes na Proposição apresentada, substituindo-as, respectivamente, por “defensor” e “investigado”, suprimindo, ainda, as alusões ao Estatuto da OAB. Além disso, há também a necessidade de modificar a redação do art. 7º, caput, da Resolução CNMP nº 13/2006, de modo a substituir a palavra “advogado” por “defensor”. 7. É forçoso observar que,

para além da relação privada “advogado-cliente”, também é possível a atuação do Defensor Público ou dativo no curso das investigações promovidas pelo Órgão Ministerial. Assim, uma vez que o acesso aos autos de procedimentos investigatórios tem como foco o exercício da defesa, as mencionadas alterações mostram-se necessárias. 8. É necessária a inversão de posições entre os §§ 1º e 2º do art. 7º da Resolução CNMP nº 13/2006, sugeridos pelo Conselheiro Proponente, de modo a adequar a localização das disposições em comento à ordem topográfica prevista no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. 9. Impende suprimir a expressão “requerer certidão” na redação sugerida pelo Proponente nos arts. 7º, § 2º, da Resolução nº 13, de 02 de outubro de 2006, e art. 7º, § 6º, da Resolução nº 23, de 17 de setembro de 2007. Tal disposição não consta da alteração trazida pela Lei nº 13.245/2016, fundamento legal para a presente Proposta de Resolução, tampouco está presente em qualquer outro dispositivo da Lei nº 8.906/1994 (Estatuto da OAB), razão pela qual sua inclusão foge do escopo da Resolução e não guarda relação com seu objeto. 10. A Proposta de Resolução objeto dos autos merece contemplar também os dispositivos que preveem a necessidade de procuração nos procedimentos sujeitos a sigilo e a possibilidade de restringir, de modo fundamentado, o acesso à identificação do(s) representante(s) e a diligências em andamento e elementos de prova ainda não documentados, sobretudo como forma de deixar expresso os temperamentos ao exercício da defesa. 11. As alterações introduzidas no Estatuto da OAB pela Lei nº 13.245, de 12 de janeiro de 2016, que trata especificamente dos direitos do Defensor relativamente a procedimentos investigativos, não mencionam, em nenhum momento, a carga dos autos, ou seja, a retirada do feito das dependências da Instituição condutora da apuração. 12. Em se tratando de procedimentos investigatórios inquisitoriais, o Estatuto da OAB não assegura ao Defensor o direito de retirada dos autos mediante carga, prevendo apenas o direito de amplo acesso ao feito, podendo realizar apontamentos e copiar as peças que entender pertinentes, em meio físico ou digital. 13. Necessária a alteração redacional do art. 13, parágrafo único, inciso II, da Resolução CNMP nº 13/2006, excluindo a exigência de procuração com poderes específicos para a extração de cópias ou exame dos autos de investigações, porquanto contrária ao disposto na Lei nº 13.245/2016. 14. Previsão de que as disposições em contrário contidas em atos normativos do Ministério Público da União e dos Estados deverão ser adequadas à presente Resolução. 15. APROVAÇÃO da presente Proposta de Resolução, com as alterações apresentadas no voto do Relator.

A alteração, que culminou na edição da Resolução nº 161/2017, que altera os artigos 7º e 13 da Resolução nº 13/2006, e os artigos 6º e 7º da Resolução nº 23/2007, se destinou à adaptação não somente da resolução que tratava do procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público, mas também da resolução que disciplina a instauração e tramitação do inquérito civil.

Mesmo assim, ainda persistia a necessidade de aprimoramento do texto, e de fixação de outros parâmetros para o procedimento investigativo. Então, em 18 de janeiro de 2017, o então Corregedor Nacional do Ministério Público, Cláudio Henrique Portela do Rego, instaurou o Procedimento de Estudos e Pesquisas (PEP) nº 1/2017, cujo objeto era, nos termos do Despacho Inaugural, o levantamento de sugestões e apresentação de propostas de aperfeiçoamento:

a) sobre o exercício mais efetivo da função orientadora e fiscalizadora das Corregedorias do Ministério público, com o objetivo de aprimorar a investigação criminal presidida pelo Ministério Público;

b) da Resolução nº 13/2006 do CNMP (que disciplina o procedimento investigatório criminal do Ministério Público, com o objetivo de tornar as investigações ministeriais mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados.

Foram designados para a instrução do procedimento Rodrigo Leite Ferreira Cabral (promotor de justiça do MPPR, membro auxiliar da Corregedoria Nacional); Vladimir Barros Aras (Procurador Regional da República) e Antônio Henrique Graciano Suxberger (MPDFT), com prazo fixado para encerramento dos trabalhos em 12 de maio de 2017.

O Pronunciamento Final do PEP foi apresentado em 22 de junho de 2017, com dois anexos: o primeiro contendo o texto propositivo de resolução; e o segundo detalhando as contribuições dadas pelas autoridades consultadas. O texto propositivo foi incluído em pauta para apreciação na 12ª Reunião Ordinária do CNMP, realizada em 27 de junho de 2017, oportunidade em que ficou decidido que:

Na sequência, o Corregedor Nacional, Conselheiro Cláudio Portela, apresentou Proposição que dispõe sobre a instauração e tramitação de procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, que foi precedida de estudo realizado pelo membro auxiliar da Corregedoria Nacional, Rodrigo Leite Ferreira Cabral; pelo membro do Ministério Público Federal, Vladimir Aras, integrante da equipe do Procurador-Geral da República; pelo membro do Ministério Público Militar, Luiz Felipe Carvalho Silva; e pelo membro do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Antonio Henrique Graciano Suxberger. Na oportunidade, o Presidente deu por lida a mencionada Proposição e determinou o seu processamento regular.

Já a deliberação final acerca da proposição se deu em 7 de agosto de 2017, na 4ª Reunião Extraordinária do CNMP, quando o Conselho aprovou o texto por unanimidade. Veja-se:

**PROPOSTA DE RESOLUÇÃO QUE DISPÕE SOBRE INSTAURAÇÃO E TRAMITAÇÃO DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL A CARGO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

1. Trata-se de proposta que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, revogando a Resolução n. 13, de 02 de outubro de 2016.

2. A proposta tem o objetivo de tornar as investigações mais céleres, eficientes, desburocratizadas, informadas pelo princípio acusatório e respeitadoras dos direitos fundamentais do investigado, da vítima e das prerrogativas dos advogados.
3. Procedência parcial da Proposta, que deverá ser aprovada com as alterações apresentadas.

Importa ressaltar que havia tramitação paralela de outra proposição (anterior) acerca do mesmo tema, a qual foi julgada prejudicada por perda de objeto na mesma oportunidade. Vide a ata da 4ª Reunião Extraordinária:

24) PROPOSIÇÃO Nº 1.00578/2017-01

Relator: Conselheiro Walter de Agra Júnior

Requerente: Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego

Objeto: Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Resolução. Instauração e tramitação. Procedimento Investigatório Criminal a cargo do Ministério Público.

Decisão: **O Conselho, por unanimidade, aprovou a presente Proposição**, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Presidente do CNMP, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. (Grifos nossos)

25) PROPOSIÇÃO Nº 1.00120/2016-08

Relator: Conselheiro Otávio Brito Lopes

Requerente: Conselheiro Valter Shuenquener de Araújo

Objeto: Proposta de Resolução que altera a Resolução nº 13/2006, que regulamenta o art. 8º, da Lei Complementar nº 75/93 e art. 26, da Lei nº 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do Procedimento Investigatório Criminal.

Decisão: **O Conselho, por unanimidade, julgou prejudicada a presente Proposição pela perda superveniente do objeto**, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, o Presidente do CNMP, Rodrigo Janot Monteiro de Barros. (Grifos nossos)

Com a aprovação por unanimidade da Proposição nº 1.00578/2017-01, o ato normativo foi subscrito pelo Presidente do CNMP, Rodrigo Janot Monteiro de Barros, e a Resolução nº 181/2017 do CNMP, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público, foi publicada em 7 de agosto de 2018.

Repare-se no curto período de pesquisa e maturação institucional do assunto: entre a criação do PEP (em 18 de janeiro de 2017) e a edição da proposta de resolução (em 22 de junho de 2017) passaram-se pouco mais de cinco meses; e entre a apresentação da proposição de texto normativo e a sua publicação (em 7 de agosto de 2018), menos de dois meses. Todo o procedimento encerrou-se no mesmo semestre, o que põe em xeque a acuidade do engajamento ministerial em democratizar a discussão, até mesmo dentre os próprios membros. ZIESEMER (2017, p.27) alerta para a mesma questão:

Chama a atenção rapidez com que o Conselho Nacional do Ministério Público deflagrou, instruiu e concluiu o processo de edição da nova resolução, restando tudo concluído, inclusive a aprovação da nova regulamentação, até agosto de 2017 (de janeiro a agosto de 2017). Entende-se que o debate deveria ser ampliado, com o

específico estudo de números, estatísticas, entrevistas com membros, visitas a unidade do Ministério Público com atuação na área criminal, enfim, a remodelação de uma resolução deste porte não deveria utilizar conceitos genéricos, como tratado mais adiante. (ZIESEMER, p.27)

Antes que outra ilação açoitada seja cogitada, no sentido de que a intenção do ato normativo seria justamente atender aos conclamos sociais e institucionais por um processo mais célere, daí a rapidez de sua tramitação, lembremos que já havia proposição anterior, de nº 1.00120/2016-08, datada de 2016, que sequer havia sido apreciada pelo CNMP. A referida proposição somente foi julgada conjuntamente com aquela que culminou na Resolução nº 181/2017, mesmo após sucessivas inclusões em pauta, adiadas sem apreciação. Ademais, a proposição anterior se restringia à demanda inicial: apenas atualizar a Resolução nº 13/2016, regulamentando a investigação criminal conduzida pelo Ministério Público.

A inclusão do acordo de não persecução penal foi realizada por conta em risco dos proponentes, mas imediatamente encampada pelos membros do CNMP. Eis as razões para a criação do novo instituto, conforme elencadas no Pronunciamento Final do PEP:

Diante dessas razões, é que esta Comissão entende que, com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais.

Como era de se esperar, dado o tempo recorde de sua instituição, a Resolução nº 181/2017 já era objeto de inúmeros questionamentos e críticas transcorridos poucos meses de sua vigência, o que resultou no ajuizamento, em outubro do mesmo ano, de duas ações diretas de inconstitucionalidade: a ADI nº 5790 e a ADI nº 5793, que relatamos a seguir.

#### **4.2 ADI nº 5790 e ADI nº 5793**

Encontram-se ainda pendentes de julgamento no Supremo Tribunal Federal as duas ações diretas de inconstitucionalidade em face do teor do artigo 18 da Resolução nº 181/2017.

A primeira delas, protocolizada sob o nº 5790, foi ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) em 5 de outubro de 2017, e distribuída ao Ministro Ricardo Lewandowski. A segunda, de nº 5793, foi apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) seis dias depois, em 11 de outubro de 2017, tendo sido distribuída por prevenção ao mesmo relator.

Após a proposição das ADIs, dando-se conta das inconstitucionalidades aventadas e no exercício de seu poder de autotutela, o CNMP entendeu por bem proceder ao aprimoramento do ato normativo mediante análise mais detida do seu teor. Nesse intuito, instituiu-se Procedimento Interno de Comissão sob a coordenação de três conselheiros, quais sejam: Dermeval Farias Gomes Filho; Marcelo Weitzel Rabelo de Souza; e Silvio Roberto de Oliveira Amorim Júnior. A Comissão Especial, por sua vez, incumbiu Grupo de Trabalho composto pelos promotores de justiça Vanessa Wendhausen Cavallazzi (MPSC); Rodrigo Iennaco de Moraes (MPMG); e Antonio Suxberger (MPDFT) de estudar medidas de atualização da resolução, formulando sugestões de alterações.

Os estudos do Grupo de Trabalho foram compilados em nota técnica e submetidos à Comissão Especial para apreciação, em reuniões realizadas em 7 e 8 de novembro de 2017. E, finalmente, em reunião extraordinária realizada dia 13 de novembro de 2017, na sede da Procuradoria-Geral do Trabalho, o CNMP e o Colégio Nacional de Procuradores Gerais (CNPJ) aprovaram a nota técnica e protocolizaram a Proposição nº 1.00927/2017-69.

Impende reparar nos seguintes trechos do Parecer do Conselheiro Relator Lauro Machado Nogueira, em que é admitida a relevância de se instar (embora tardiamente, somente em sede de retificação da Resolução nº 181/2017) as entidades representativas pertinentes, democratizando a discussão e trazendo valiosas contribuições para o texto normativo; além de se considerar os questionamentos apontados em sede de controle de constitucionalidade concentrado:

Oportunizou-se, então, à Associação do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios - AMPDFT, à Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho - ANPT, à Associação Nacional do Ministério Público Militar - ANMPM, à Associação Nacional dos Procuradores da República - ANPR, à Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP e ao Conselho Nacional de Procuradores-Gerais - CNPJ a apresentação de sugestões concernentes à presente proposição de alteração dos artigos 9º e 15 da Resolução nº 181/2017.

É importante pontuar, desde já, que as entidades representativas instadas, como será esclarecido ainda neste relatório, sugeriram alterações que foram muito além da

proposição inicial, e trouxeram, como consequência, vigorosa qualificação para os debates.

[...]

Por último, necessário mencionar que a Resolução nº 181/2017 foi objeto de duas ações diretas de inconstitucionalidade, **ADI nº 5.790 e nº 5.793**, interpostas, respectivamente, pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB e pelo Conselho Federal da OAB. Vale mencionar que foram vários os questionamentos veiculados nessas ações abstratas, **muitos dos quais reconhecidos e adotados por este voto**, conforme será melhor exposto na fundamentação. (Grifos nossos).

Seja como for, a Proposição nº 1.00927/2017-69 foi aprovada à unanimidade, resultando na Resolução nº 183/2017, que altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução nº 181/2017. Eis a ementa:

PROPOSIÇÃO. RESOLUÇÃO QUE ALTERA OS ARTIGOS 9º E 15 DA RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017, QUE DISPÕE SOBRE A INSTAURAÇÃO E TRAMITAÇÃO DE PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ADEQUAÇÃO À LEI Nº 13.245/16. CRISE DE LEGALIDADE. PRESERVAÇÃO DE DIREITOS DO ADVOGADO E DO INVESTIGADO. ACOLHIMENTO DA PROPOSIÇÃO PARA CONSTAR, EXPRESSAMENTE, AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.245/16 JUNTO À LEI Nº 8.906/94. POSTERIORES SUGESTÕES DE ALTERAÇÃO POR INSTITUIÇÕES REPRESENTATIVAS, BEM COMO PROPOSTA DE EMENDA POR CONSELHEIRO, ALTERANDO DIVERSOS DISPOSITIVOS. NECESSIDADE DE ESTENDER O OBJETO DA PROPOSIÇÃO INICIAL. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS TAMBÉM NOS ARTIGOS 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 10, 13, 16, 18, 19 e 21, CALCADAS, EM VIAS GERAIS, NA NECESSIDADE DE APRIMORAMENTO DE REDAÇÃO, NO EXPRESSO RECONHECIMENTO DAS PRERROGATIVAS DE AUTORIDADES INVESTIGADAS PELA PRÁTICA DE DELITO, NA PREVISÃO DE DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS DO INVESTIGADO, NO RESPEITO ÀS HIPÓTESES DE RESERVA CONSTITUCIONAL DE JURISDIÇÃO E NO CONTROLE PRÉVIO JUDICIAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

Mesmo após a edição da resolução retificadora, na qual se reconheceu a procedência de críticas e houve o acatamento de sugestões, remanescem indagações quanto à constitucionalidade da criação do acordo de não persecução penal por meio de ato normativo infralegal.

#### **4.2.1 A ADI nº 5790**

O objeto inicial da ADI nº 5790, proposta em 5 de outubro de 2017 pela AMB, com pedido de medida cautelar, é a integralidade da Resolução nº 181/2017 do CNMP, ressalvado o artigo 24, que revoga ato normativo antecedente. Na peça vestibular, a autora alegou que a regulamentação teria invadido e usurpado a competência do legislador, inovando em matéria penal, processual penal e do Estatuto da Magistratura, além de violar direitos e garantias individuais. Os fundamentos para o questionamento acerca da constitucionalidade do ato normativo são, em síntese:

- (i) a inobservância do parágrafo único do artigo 33 da LOMAN, pois a resolução olvidou de ressaltar que o PIC não pode submeter os magistrados à investigação sem remessa dos autos ao tribunal ou órgão especial competente para o julgamento, dada a prerrogativa de foro;
- (ii) a desconsideração dos limites legais estipulados pelo Código de Processo Penal para o inquérito policial, sempre submetido ao Poder Judiciário, o que deveria se aplicar igualmente para o acordo de não persecução penal (artigo 18 da resolução);
- (iii) a criação de hipótese de delação premiada (acordo de não persecução penal) sem sujeição ao Poder Judiciário e à revelia da lei;
- (iv) a viabilização de quebra de sigilo de investigado sem autorização judicial (artigo 7º, §1º da resolução).

Quanto ao cabimento de ADI, a AMB asseverou que a resolução impugnada é ato normativo que decorre diretamente da Constituição, constituindo ato normativo primário passível de controle concentrado de constitucionalidade.

A resolução estaria, portanto, eivada de inconstitucionalidade formal no que concerne à invasão de competência legislativa de iniciativa do STF quanto à garantia do parágrafo único do artigo 33 da LOMAN. No entanto, nesse tocante não seria necessária a proclamação de nulidade dos dispositivos que tratam da presidência do PIC pelo MP, bastando a interpretação conforme a Constituição no caso de se tratar de magistrado sujeito à investigação.

Também haveria inconstitucionalidade formal e material no que diz respeito à regulamentação do PIC por meio de ato normativo diferente de lei federal, principalmente quando este exorbita os limites estabelecidos pelo CPP, de apreciação do procedimento investigatório pelo juiz.

Por derradeiro, assevera ainda inconstitucionalidade formal e material quando da criação de hipótese de delação premiada sem previsão legal por meio do acordo de não persecução penal, que impõe penas e não sofre controle jurisdicional, a menos que ofertado em audiência de custódia.

A relatoria coube ao Ministro Ricardo Lewandovski, que, em 26 de outubro de 2017, determinou a solicitação de informações prévias ao CNMP, antes de deliberar acerca do pedido de medida cautelar.

Solicitaram o ingresso na qualidade de *amici curiae*: a Associação dos Delegados de Polícia do Estado de São Paulo (ADPESP), a Associação Nacional dos Membros do Ministério (CONAMP), a Associação Nacional dos Procuradores da República (ANRP), a Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal (ADPF), a Associação Nacional das Defensoras e Defensores Públicos (ANADEP), a Associação dos Juízes Federais do Brasil (AJUFE). Nenhum dos pedidos foi apreciado.

Em 14 de dezembro de 2017, por meio do Ofício nº 243/2017-PRESI-CNMP, o CNMP apresentou informações. Consta do documento que a proposta de resolução foi resultado dos trabalhos do Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 1/2017, apresentada na 12ª Sessão Ordinária do CNMP, de 26 de junho de 2017 e aprovada por unanimidade na 4ª Sessão Extraordinária de 7 de agosto de 2017. Há, ainda, alegação de suposta inépcia da exordial da ADI e de não cabimento de ADI contra ato regulamentar.

Ademais, tratou-se de cada um dos pontos impugnados na ADI. Suscintamente, sobre a alegação de violação do artigo 33 da LOMAN, esclareceu-se que estão fora do alcance regulamentar as hipóteses de prerrogativa de foro; sobre a suposta inobservância do CPP, pontuou-se que a atividade investigativa não está disciplinada somente no CPP, mas também na jurisprudência e em legislação esparsa e que a resolução impugnada observou o ordenamento jurídico como um todo; sobre a alegação de promoção de quebra de sigilo sem autorização judicial, aduziu-se que, embora não conste expressa ressalva do texto normativo, são de observância obrigatória as hipóteses constitucionais de reserva de jurisdição; e, finalmente sobre o acordo de não persecução penal configurar hipótese de criação de delação premiada à revelia da lei, asseverou-se que, ao contrário da delação premiada, o instituto não é meio de obtenção de prova e atende à demanda do próprio STF por medidas administrativas que combatam o estado de coisas inconstitucional, especialmente do sistema prisional brasileiro, bem como que não houve regulamentação atinente ao processo penal, que as medidas de responsabilização previstas não configuram pena, pois não decorrem de decisão jurisdicional, que a confissão obtida pelo acusado tem status de informalidade característico da fase de

investigação preliminar e não serve à formação da *opinio delicti* do Ministério Público, que já está formada pelo cabimento de ação penal.

Conclui o CNMP comunicando acerca de providencias tomadas após a edição da resolução: criação de comissão para sugestões e aprimoramento do texto; reunião conjunta entre os membros do CNMP e o Colégio Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG); e compilação dos estudos e trabalhos em nova proposição, a ser submetida na próxima reunião plenária do CNMP.

Em 15 de dezembro de 2017, após a revogação parcial da Resolução nº 181/2017, a AMB aditou a petição inicial, afirmando persistirem inconstitucionalidades no ato normativo, mesmo após as alterações promovidas. Houve a correção das seguintes inconstitucionalidades:

- (i) acrescentou-se o §2º ao artigo 1º da resolução, ressaltando o cabimento do PIC quando se tratar de autoridade com prerrogativa de foro, inclusive aquelas constantes do parágrafo único do artigo 33 da LOMAN;
- (ii) quanto às providencias a serem tomadas pelos membros do Ministério Público, foi incluída em várias ocorrências a observância da reserva constitucional de jurisdição, como no §1º do artigo 7º da resolução;
- (iii) apesar da manutenção do acordo de não persecução penal no artigo 18 da resolução, incluíram-se vedações de sua incidência para crimes hediondos, equiparados e constantes da Lei Maria da Penha (inciso V); e para os casos em que a persecução penal judicial não trouxer responsabilização mais gravosa que o acordo (inciso VI); reformularam-se os §§5º e 6º para assegurar o controle judicial e atrair a incidência do teor do artigo 28 do CPP; reuniram-se os deveres do investigado no §8º.

No entanto, as alterações não teriam sido capazes de esgotar as hipóteses de inconstitucionalidade apontadas na petição inicial, eis que subsiste a criação do acordo de não persecução penal à revelia de previsão legal (artigo 18 da resolução), gerando insegurança jurídica. Assim, a AMB pugnou pela perda de objeto parcial da ADI, devendo a impugnação judicial ao ato normativo prosseguir no que remanesce inconstitucional após as mudanças regulamentares.

Em 19 de dezembro de 2017, o relator decidiu pelo recebimento do aditamento à inicial e entendeu por bem consultar a Câmara dos Deputados e o Senado Federal sobre a potencial ofensa às suas competências. Determinou, na sequência, a oitiva da Advocacia Geral da União (AGU) e da Procuradora Geral da República.

Em 30 de janeiro de 2018, o CNMP encaminhou o Ofício nº 8/2018-PRESI-CNMP, informando sobre a alteração da Resolução nº 181/2017 pela Resolução nº 183/2018.

Em 14 de fevereiro de 2018, a Câmara dos Deputados se manifestou, alegando que o CNMP inovou no cenário processual penal brasileiro ao criar o acordo de não persecução penal, hipótese até então inexistente no ordenamento jurídico. Acrescentou que, apesar de a resolução ser ato normativo primário, o CNMP não é dotado das mesmas competências legislativas do Congresso Nacional. Apontou violação aos artigos 22, inciso I e 130-A, §2º da Constituição, concluindo pela inconstitucionalidade da Resolução.

Em 12 de março de 2018, a AGU apresentou informações atentando para a ausência de procuração específica para impugnação do artigo 18 da resolução, bem como de cópia atual do ato impugnado após a alteração das disposições normativas. Quanto ao mérito, a AGU defendeu a equivalência entre o CNMP e o CNJ em termos de competência para expedição de ato normativo primário, mas entendeu que o acordo de não persecução penal não se alinha com o princípio da indisponibilidade da ação penal

Finalmente, em 11 de abril de 2019, o Senado Federal manifestou-se, alegando que, mesmo após as alterações levadas a efeito pela Resolução nº 183/2018, persistem vícios insuperáveis de inconstitucionalidade no ato normativo, como a exorbitância do poder normativo do CNMP; a violação da competência privativa do Congresso Nacional para expedir normas primárias em matéria de Direito Penal e de Direito Processual Penal; a estipulação de sanções ou de restrição de direitos sem lei; a ausência de mecanismo de controle interno e externo da proporcionalidade e da oferta de tais acordos; e o vilipêndio ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, e pugnou pela integral procedência da ADI.

Ademais, porque a matéria litigiosa aguarda apreciação no STF, diversos juízos penais, a título de precaução, encaminharam ofícios ao relator da ADI comunicando acerca da pendência de pedidos de homologação de acordo de não persecução penal, como a 1ª Vara

Criminal da Comarca de Vinhedo/SP, a Vara Criminal e Tribunal do Júri de Águas Claras/DF a 10ª Vara Criminal Federal da 1ª Subseção Judiciária de São Paulo/SP.

#### **4.2.2 A ADI nº 5793**

A segunda impugnação em sede de controle concentrado foi apresentada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB), com pedido de medida cautelar, opondo-se especificamente aos seguintes dispositivos: artigo 1º, caput, §2º, inciso V; artigo 7º, incisos I a III; e artigo 18 da Resolução nº 181/2017.

O fundamento para o questionamento acerca da constitucionalidade se deu em razão da suposta usurpação de competência privativa da União (prevista no artigo 22, inciso I da Constituição) e da instituição policial; de extrapolação do poder regulamentar conferido ao CNMP (previsto no artigo 130-A, §2º, inciso I da Constituição); de ofensa aos princípios da reserva legal, da segurança jurídica (artigo 5º, *caput* da Constituição), da indisponibilidade da ação penal (prevista no artigo 129, inciso I da Constituição), da imparcialidade e da impessoalidade (previstas no artigo 37 da Constituição), da ampla defesa e do contraditório (previstos no artigo 5º, inciso LV da Constituição), do devido processo legal (previsto no artigo 5º, inciso LIV da Constituição), e da inviolabilidade de domicílio (artigo 5º, inciso XI da Constituição).

Na inicial, ao tratar do acordo de não persecução penal, a autora discorreu amplamente sobre a violação do princípio da indisponibilidade da ação penal pelo Ministério Público e sobre a reserva de lei para tratar do tema, na mesma linha argumentativa da AMB na outra ADI.

Ao despachar a inicial, em 26 de outubro de 2017, o relator determinou a solicitação de informações prévias no prazo de dez dias. Solicitaram o ingresso na qualidade de *amici curiae*: a CONAMP, a ADPF, a Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (ABRACRIM), a ANADEP, e a AJUFE, restando estes pedidos pendentes de apreciação até a presente data.

As informações prestadas pelo CNMP, em 14 de novembro de 2017, foram idênticas àquelas prestadas na ADI nº 5790, inclusive foram encaminhadas no mesmo ofício.

Em 19 de dezembro de 2017, diante da notícia de alteração da normativa impugnada, supostamente saneando os questionamentos acerca da constitucionalidade, o relator exarou despacho determinando vista à autora, bem como determinando a oitiva do Senado Federal, da Câmara dos Deputados, da AGU e da PGR. Também nestes autos foi juntado o Ofício nº 8/2018-PRESI-CNMP, informando sobre a alteração da Resolução nº 181/2017 pela Resolução nº 183/2018.

Provocado, em 8 de fevereiro de 2018, o CFOAB asseverou que, em que pese as modificações tenham observado as prerrogativas profissionais dos advogados, a homologação judicial dos acordos e o respeito à reserva de jurisdição para a realização de diligências pelo Ministério Público, persistem as inconstitucionalidades aventadas na exordial quanto aos artigos 1º, *caput*; 2º, inciso V e 18 da resolução. Dessa forma, reiterou-se o pedido de medida cautelar e pleiteou-se o prosseguimento da ADI.

Em 14 de fevereiro de 18, a Câmara dos Deputados apresentou informações, sustentando que a resolução pretendeu criar um novo modelo processual penal sem base legislativa alguma, tornando-se o CNMP legislador de fato, a violar competências privativas de natureza constitucional e relativizar o princípio da obrigatoriedade, vulnerando o sistema acusatório.

Em 23 de março de 2018, a AGU manifestou-se, preliminarmente, pelo não conhecimento da ADI, em razão da ausência de cópia atual do ato impugnado após a alteração das disposições normativas e, no mérito, pela sua integral procedência, a fim de que seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP.

Em 24 de abril de 2018, o CFOAB esclareceu já ter apresentado, noutra oportunidade, quadro comparativo das alterações normativas, a fim de facilitar a compreensão das modificações perpetradas. Por este motivo, teria deixado de proceder à juntada da nova versão da regulamentação, o que, de todo modo, se afigura desnecessário, pois a cópia com novo teor já constava dos autos antes mesmo de sua petição pelo prosseguimento da ADI.

O Senado Federal, em 26 de novembro de 2018, prestou informações de igual teor às aquelas prestadas na ADI nº 5790, novamente se posicionando pela procedência do pedido de declaração de inconstitucionalidade.

De resto, havemos que aguardar sejam julgadas as ADIs, num ou noutro sentido, para que finalmente se aponha termo às discussões doutrinárias, aos embates institucionais e à insegurança jurídica, conferindo-se certeza e estabilidade acerca das tratativas firmadas nos termos da Resolução nº 181/2017. E, talvez, embora improvável, seja o projeto novo CPP aprovado e promulgado antes do julgamento em sede de controle concentrado. Ou, por fim, ainda é possível que sobrevenha primeiro que tudo uma nova legislação emergencial, tratando de instituto similar ou substitutivo, fazendo com que a normativa ministerial perca o objeto.

De todo modo, esperamos não haja endosso, em nenhuma dessas frentes (judicial ou legislativa), do agigantamento *extrainstitucional* do Ministério Público, a gerar desequilíbrio nocivo para o sistema de justiça penal, comprometedor de garantias e direitos fundamentais que, ao contrário do acordo de não persecução penal, foram conquistados, e não impostos à força.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, é signo manifesto do presente trabalho – desde o título e em todo seu decurso – que temos por **inconstitucional** o acordo de não persecução penal, seja do ponto de vista formal, seja do ponto de vista material. Mas a principal questão que indicamos como objeto de inquietação é a ausência de expressa previsão legal para o instituto. Nesse sentido, um dos membros da própria comissão composta para o Procedimento de Estudos e Pesquisas nº 1/2017 do CNMP admite que:

Não há dúvidas que a melhor forma para a criação de um sistema de consenso em nossa persecução penal seria a aprovação de lei nesse sentido pelo Congresso Nacional, já que afastaria qualquer alegação de inconstitucionalidade na regulamentação do referido instituto (CABRAL, 2019. p. 22)

Logo, o fato de também vislumbrarmos como imprescindível e urgente a introdução de instrumentos de efetivação e de abreviamento da justiça criminal não significa que partilhemos da visão açodada e descurada do CNMP, autorizativa da criação de um pacto alheio à consulta popular, ao devido processo legislativo, e à adequação sistêmica com o modelo brasileiro de justiça criminal.

Nesse aspecto, importam as contribuições dos estudos em *Law and Economics* para a construção de uma lógica econômico-normativa a partir do pragmatismo jurídico. A ilação será, obrigatoriamente, que mais que uma questão de simples respeito à lei, fixa-se também a importância da natureza empírica das escolhas trágicas, na busca do melhor resultado para o alcance da finalidade normativa. Afinal, nada mais pragmático que admitir que até mesmo o formalismo tem seu campo numa escolha pragmática, a fim de se evitar o comprometimento da segurança jurídica. Veja-se:

Para o pragmatismo jurídico, enfim, Direito não é um fim em si mesmo. O compromisso central do magistrado pragmático não é com a fidelidade ao ordenamento posto, nem com a coerência em relação a alguma teoria filosófica qualquer, mas com o atendimento das necessidades humanas e sociais que o Direito visa a promover. [...] **se justifica que em determinadas áreas do Direito se mantenha o formalismo** – Posner fala em “bolsões de formalismo” (*formalism pockets*) –, pois, se fosse permitido, em determinados domínios mais sensíveis, que os juízes decidissem cada caso de acordo com suas avaliações consequencialistas de resultado, sem maior atenção às regras em vigor, os resultados gerais para a sociedade seriam danosos, pelo aumento da insegurança. (SARMENTO, 2012. Grifo nosso)

Assim, a Dromologia já não serve à justificação de tais atropelos procedimentais. Ao contrário, ela aponta para que não sejam tomadas medidas ineficientes e contraproducentes, que tendem a retardar e complicar o fluxo jurisdicional. No caso de eventual declaração de

inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, imaginem-se as consequências a macularem as investigações penais. E, independentemente do resultado do controle concentrado, muita dissonância tem ocorrido nesse ínterim, de ordem acadêmica, prática e até mesmo *intraministerial*.

A tentativa de remendo normativo por meio da Resolução nº 183/2018, em tão breve espaço temporal, afigura-se o mais claro reconhecimento pelo próprio CNMP de que a regulamentação demandava retificações, tendo sido instituída e implementada antes da adequada maturação regulamentar.

Já decidiu o STF que, sem embargo da competência administrativa, financeira e disciplinar de órgãos como o CNJ (que está para o Poder Judiciário tal qual o CNMP está para o Ministério Público), estes não podem normatizar questões estranhas à regulamentação *interna corporis*, a fim de impor deveres para além da instituição, estendendo sua atribuição constitucional. Senão, leia-se o teor do Informativo nº 899 do STF:

O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente o pedido formulado em ação direta para declarar a inconstitucionalidade do § 1º do art. 13 da Resolução 59/2008 do CNJ, o qual dispõe que não será admitido pedido de prorrogação de prazo de medida cautelar de interceptação de comunicação telefônica, telemática ou de informática durante o plantão judiciário, ressalvada a hipótese de risco iminente e grave à integridade ou à vida de terceiros. [...] O Plenário, inicialmente, assentou a constitucionalidade da Resolução 59/2008 – exceto pelo § 1º do art. 13 –, na medida em que o CNJ, órgão que não possui natureza jurisdicional, não desborda dos limites de sua atuação quando disciplina as obrigações que incumbem aos agentes do Poder Judiciário nas rotinas e trâmites cartoriais de pedidos de interceptação telefônica. O CNJ é órgão interno de controle administrativo, financeiro e disciplinar da magistratura, possuindo natureza meramente administrativa. No âmbito de sua competência normativa, lhe é possível regular as rotinas cartorárias dos órgãos do Poder Judiciário, **desde que isso não implique estender, para além da reserva legal**, as hipóteses legalmente autorizadas de interceptação das comunicações. Por outro lado, **o CNJ não pode criar obrigações que se estendam a órgãos estranhos ao Poder Judiciário**. O ato normativo em questão, de modo geral, observa tais premissas. Entretanto, em relação ao § 1º do art. 13 da Resolução 59/2008, o CNJ *extrapolou* sua competência normativa, adentrando em seara que lhe é imprópria. [ADI 4.145, rel p/ o ac. min. Alexandre de Moraes, j. 26-4-2018, P, Informativo nº 899. Grifos nossos.)

Como se nota, não está em xeque a competência normativa do CNMP, já exaustivamente assentada pela Suprema Corte em casos análogos. Mas as fronteiras regulamentares certamente sofreram vilipêndio quando da criação do acordo de não persecução penal. Então, não são escassos os presságios de que o questionamento do teor do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 poderá ter procedência, ainda que parcialmente. Isso porque a intrusão

do órgão administrativo em atribuição jurisdicional para limitá-la está patente, conforme amplamente demonstrado no presente trabalho. Nesse sentido:

A Constituição Federal não permite que o CNMP, por ato meramente administrativo, crie novo modelo de resolução de conflitos penais, ou seja, que promova alterações no âmbito do Direito Processual Penal, ignorando a competência constitucional do parlamento brasileiro. Não se sustenta a alegação de que não houve desrespeito ao texto constitucional pelo fato de a resolução ter regulado acordo pré-processual, uma vez que, embora celebrado durante a fase de investigação, versa sobre a solução consensuada de conflitos penais e requer a intervenção do Poder Judiciário, na medida em que envolve a renúncia ou o exercício negativo de direitos fundamentais pelo acusado. O próprio CNMP, ao modificar a disciplina normativa original, incluindo a submissão do acordo ao controle judicial, acabou por reconhecer que o tema versa, sim, sobre processo penal e não podia ter sido tratado num ato regulamentar daquele órgão. (FISCHER; ANDRADE, 2018. p. 275)

A própria concepção consensualista de resoluções pactuadas pressupõe que todos os interessados convençam entre si, numa postura predisposta à transação, e opõe-se diametralmente à noção de coercibilidade exógena ora praticada pelo órgão de controle do Ministério Público. Ocorre que, em contramão principiológica, o acordo de não persecução penal veio ao mundo jurídico por ocasião de um nascimento violento, graças a um vácuo extrator manuseado pelas luvas usurpadoras do órgão de controle do Ministério Público.

A um só golpe, em manobra atropelada e a pretexto de regulamentar a atuação dos membros do Ministério Público nos procedimentos de investigação criminal, o CNMP não apenas fez as vezes de legislador como também pretendeu a substituição do julgador em suas funções. E apercebe-se da produção jurídico-acadêmica recente que a constatação não é unicamente nossa:

Como se vê, o texto expedido pelo CNMP é uma resolução e, como tal, tutela – ou deveria tutelar – um interesse ou assunto interno. Logo, deve estar em consonância com a lei processual, não podendo a ela se sobrepor. A edição de normas pelo CNMP não obedece ao processo legislativo constitucionalmente estabelecido [...] O CNMP não possui autorização constitucional para alterar lei formal, pois de Poder Legislativo, em sua essência, não se trata. (FISCHER; ANDRADE, 2018. p. 217)

Para além, impõe-se ainda questão nevrálgica, mas de imediata resposta, no presente trabalho: afinal, quem representa o Estado no exercício da função punitiva? Poderia o Ministério Público fazer as vezes de Estado-Juiz? Entre nós, apesar de ser indispensável que se percorra todo um processo regrado e estruturado para que findemos na imposição de sanção, o que envolve as mais diversas instituições, em regra somente está autorizado a dar, a dizer e a quantificar a pena criminal o juiz competente. Eis como TÁVORA (2018, p. 366) define

jurisdição penal, e toma por imprescindível a atuação do magistrado como figura isenta e equidistante:

É o poder-dever pertinente ao Estado-Juiz de aplicar o direito ao caso concreto. Como a autotutela foi banida, em regra, do ordenamento, **coube ao Poder Judiciário a missão constitucional de certificar o direito**, dirimindo as demandas que lhe são apresentadas. Em que pese a jurisdição ser ínsita ao Poder Judiciário, outros órgãos, com assento constitucional também a exercem, como acontece na atuação política do Senado Federal no julgamento do Presidente e do Vice-Presidente da República nos crimes de responsabilidade (art. 52, I. CF)

[...]

De fato, a **concretização do direito exige um órgão supra partes, desinteressado, que atue de forma imperativa e tenha condição de criativamente solucionar o conflito objetivamente apresentado**, maximizando a pacificação do litígio, em decisão apta à imutabilidade pela coisa julgada. (Grifos nossos)

Portanto, não se pode negar que, ao fim das contas, o acordo de não persecução penal entalhado implica efetivamente no cumprimento de pena criminal pela via acusatória, negociada que foi com o Ministério Público. Não bastasse isso, estabelece como condição a autoincriminação e, ao revés de encerrar a pendência de eventual processo no futuro, o protrai cronologicamente, prolongando sua potencialidade e suspendendo-o até que, das duas, uma: encontre termo, quando sobrevém o total cumprimento; ou dê margem ao início da ação criminal, como nunca tivessem acordado as partes, em razão do total ou parcial descumprimento.

Daí, cai por terra a justificativa pioneira para a criação do acordo de não persecução penal, uma vez que o escopo redutivo ou excludente dos efeitos deletérios do processo penal ou de agilização da justiça penal sucumbem ao primeiro esboço de descumprimento pelo acusado. O que ocorre, em realidade, é uma dilação da persecução penal com forte vocação para a perpetuação da incerteza cronológica. Em termos mais simplórios: o tiro sai pela culatra.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fábio Portela Lopes de. **A teoria dos jogos: uma fundamentação teórica dos métodos de resolução de disputa.** In: Estudos em arbitragem, mediação e negociação, p. 175, 2003. Disponível em: <[http://iced.org.br/artigos/democracia\\_fabio\\_almeida.pdf](http://iced.org.br/artigos/democracia_fabio_almeida.pdf)> Acesso em 6 ago 2019.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios.** Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

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, nº 37, p. 240-261.

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. **Processo penal.** 9ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense; São Paulo: Método, 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas.** Tradução de Torrieri Guimarães. São Paulo, SP: Hemus Editora Ltda, 1983.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** Tradução de Sebastião Nascimento. 2ª ed. São Paulo, SP: Editora 34, 2011.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ata Extraordinária nº 4/2017 – Plenário.** Ata da 4ª Sessão Extraordinária do Conselho Nacional do Ministério Público, realizada em em 7/8/2017. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/sessoes\\_plenario/ATA\\_4\\_SE\\_2017.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/sessoes_plenario/ATA_4_SE_2017.pdf)> Acesso em 28 ago 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Ata nº 12/2017 – Plenário.** Ata da 12ª Reunião Ordinária do Conselho Nacional do Ministério Público, realizada em 27/6/2017. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/sessoes\\_plenario/12\\_Ordinria.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/sessoes_plenario/12_Ordinria.pdf)> Acesso em 28 ago 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Proposta de Resolução nº 1.00580/2016-19.** Alteração nas resoluções CNMP nº 13/2006 e 23/2007. Procedimento investigatório criminal e inquérito civil. Disciplina adequada do acesso aos autos pelo defensor. Direito de acompanhar e auxiliar o investigado durante o interrogatório ou depoimento no curso da investigação. Consonância com o disposto na lei nº 13.245/2016. Aprovação da proposta de resolução, com alterações. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/voto\\_rochadel\\_pic.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/voto_rochadel_pic.pdf)> Acesso em 28 ago 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério público. **Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017.** Dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 179, de 26 de julho de 2017.** Regulamenta o § 6º do art. 5º da Lei nº 7.347/1985, disciplinando, no âmbito do Ministério

Público, a tomada do compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017.** Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 15 mai 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018.** Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

BRASIL. **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019.** Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9830.htm)> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del4657compilado.htm)> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp35.htm)> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. **Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993.** Dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/Lcp75.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp75.htm)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (VETADO) e dá outras providências.

Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L7347orig.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm)> Acesso em 17 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm)> Acesso em 17 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990.** Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/18078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18078.htm)> Acesso em 17 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990.** Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8112cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8112cons.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992.** Dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/Ccivil\\_03/leis/L8443.htm](http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/L8443.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

**BRASIL. Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993.** Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8625.htm)> Acesso em 16 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995 (Justificativa).** Diário do Congresso Nacional, Seção 1, 24/2/1989, Página 329 (Exposição de Motivos).

**BRASIL. Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.** Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm)> Acesso em 16 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9868.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm)> Acesso em 17 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Dispõe sobre o processo e julgamento da arguição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1º do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19882.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm)> Acesso em 17 set 2019.

**BRASIL. Lei nº 12.830, de 20 de junho de 2013.** Dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/CCIVIL\\_03/\\_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm](http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12830.htm)> Acesso em 15 mai 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013.** Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm)> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016.** Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis nºs 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13260.htm)> Acesso em 5 abr 2019.

BRASIL. Senado Federal. **Comissão de Juristas responsável pela elaboração de anteprojeto de reforma do Código de Processo Penal (Anteprojeto).** – Brasília: Senado Federal, 2009. 133p.

BRASIL. Senado Federal. **Projeto de Lei nº 513, de 2013.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal) dispendo sobre seu objeto e sua aplicação, sobre o condenado e o preso provisório (classificação, assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e ao egresso); dispõe sobre o trabalho interno e externo do condenado, sobre os deveres, direitos e disciplina do detento; dispõe sobre as sanções, recompensas, do procedimento disciplinar, dos órgãos de execução penal (Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Juízo da execução, Ministério Público, Conselho Penitenciário, Departamento Penitenciário Nacional e Secretarias de Estado de Execução Penal no sistema de justiça, Departamento Penitenciário Nacional, Secretarias de Estado de Execução Penal no Sistema de justiça, estabelecimentos Penais, Fundo Penitenciário Estadual, Fundo Rotativo nos Estabelecimentos Penais, Centrais Estaduais e Municipais Alternativas Penais e Patronato, Conselho da Comunidade, Defensoria Pública, Conselho Nacional de Secretários de Estado de Execução Penal no Sistema de Justiça - CONSEJ, OAB); dispõe sobre os estabelecimentos penais (penitenciária, colônia agrícola, industrial ou similar, casa do albergado, recolhimento domiciliar, centro de observação, hospital de custódia e tratamento psiquiátrico, cadeia pública); dispõe sobre a execução das penas em espécie (penas, privativas de liberdade, regimes, autorizações de saída, permissões de saída, saída temporária, remição, detração, livramento condicional, penas restritivas de direito, suspensão condicional, multa); dispõe sobre a execução das medidas de segurança, dos incidentes de execução e do procedimento judicial. Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3751577&ts=1567533525159&disposition=inline>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1498034 – Rio Grande do Sul.** Relator Ministro Rogério Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?repetitivos=REPETITIVOS&processo=1498034&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 231.** A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27231%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27231%27).sub.)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 243.** O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um ano. 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.)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 536.** A suspensão condicional do processo e a transação penal não se aplicam na hipótese de delitos sujeitos ao rito da Lei Maria da Penha. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27536%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27536%27).sub.)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula nº 545.** Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, II, d, do Código Penal. Disponível em: <[https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27545%27\).sub.](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27545%27).sub.)> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5790.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5793.** Relator Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5288159>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo de Jurisprudência nº 899.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo899.htm>> Acesso em 17 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 593.727 – Minas Gerais.** Inteiro teor do acórdão. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>> Acesso em 28 ago 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 524.** Arquivado o inquérito policial, por despacho do juiz, a requerimento do promotor de justiça, não pode a ação penal ser iniciada,

sem novas provas. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2731>>  
Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 696**. Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2666>>  
Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 723**. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2651>>  
Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 14**. É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa. Disponível em: <  
<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230> > Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 35**. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>> Acesso em 16 set 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Tesouro**. Disponível em:  
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarTesouro.asp?txtPesquisaLivre=SIL%C3%8ANCIO%20ELOQUENTE%20DA%20LEI>> Acesso em 28 ago 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da resolução n. 183/18-CNMP)**. In: Acordo de não persecução penal. 2ª ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2019. p. 19-45

CAEIRO, Pedro. **Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da justiça absoluta e o fetiche da gestão eficiente do sistema**. Revista do Ministério Público de Lisboa, Lisboa, v. 21, nº 84, p.31-47, out-dez 2000.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 31ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris, 2002.

FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. (org.); MARIN FILHO, Airton Pedro et al. **Investigação Criminal pelo Ministério Público: comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado, 2018.

FLEINER-GERSTER, Thomas. **Teoria Geral do Estado**. Colaboração de Peter Hanni. Tradução de Marlene Holzhausen. São Paulo, SP: Fontes, 2006 – (Justiça e Direito)

FOUCAULT, Michel. **A sociedade punitiva: curso no Collège de France (1972-1973)**. Tradução de Ivone C. Benedetti. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2015. (Coleção obras de Michel Foucault).

\_\_\_\_\_. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, RJ: Vozes, 1987.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da Modernidade**. Tradução de Raul Fiker. São Paulo, SP: Editora UNESP, 1991.

GRECO, Rogério. **Código Penal: comentado**. 9ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Penal**. 17ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Impetus, 2015.

GUYAU, Jean-Marie. **Crítica da ideia de sanção**. Tradução de Regina Schopke e Mauro Baladi. São Paulo, SP: Martins, 2007.

HORTA, Ricardo de Lins e; COSTA, Alexandre Araújo. **Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade**. Cadernos Adenauer XVIII (2017), nº 1. p. 11-34. Disponível em: <[https://www.researchgate.net/profile/Ricardo\\_Horta2/publication/318710855\\_Vieses\\_na\\_decisao\\_judicial\\_e\\_desenho\\_institucional\\_uma\\_discussao\\_necessaria\\_na\\_era\\_da\\_pos-verdade/links/597905caa6fdcc30bdc32c9f/Vieses-na-decisao-judicial-e-desenho-institucional-uma-discussao-necessaria-na-era-da-pos-verdade.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Ricardo_Horta2/publication/318710855_Vieses_na_decisao_judicial_e_desenho_institucional_uma_discussao_necessaria_na_era_da_pos-verdade/links/597905caa6fdcc30bdc32c9f/Vieses-na-decisao-judicial-e-desenho-institucional-uma-discussao-necessaria-na-era-da-pos-verdade.pdf)> Acesso em 5 out 2019

IHERING, Rudolf von. **A luta pelo direito**. Rio de Janeiro, RJ: Liber Juris, 1987.

ISMAEL, André Gomes; RIBEIRO, Diaulas Costa; AGUIAR, Julio Cesar de. **Plea bargaining: aproximação conceitual e breve histórico**. Revista de Processo vol. 263/2017, p. 429 – 449. Jan/2017. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/54358227/Plea\\_bargaining\\_aproximacao\\_o\\_conceitual\\_e\\_breve\\_historico.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%20Plea\\_bargaining\\_aproximacao\\_conceitual\\_e.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190730%2Fus-east-1%2Ffs%2Faws4\\_request&X-Amz-Date=20190730T124958Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=562cdfae2432992c83b4b7d875eaadd9ca7de30dd616d789c5ca9e7415bc7474](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/54358227/Plea_bargaining_aproximacao_o_conceitual_e_breve_historico.pdf?response-content-disposition=inline%3B%20filename%3D%20Plea_bargaining_aproximacao_conceitual_e.pdf&X-Amz-Algorithm=AWS4-HMAC-SHA256&X-Amz-Credential=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A%2F20190730%2Fus-east-1%2Ffs%2Faws4_request&X-Amz-Date=20190730T124958Z&X-Amz-Expires=3600&X-Amz-SignedHeaders=host&X-Amz-Signature=562cdfae2432992c83b4b7d875eaadd9ca7de30dd616d789c5ca9e7415bc7474)> Acesso em 30 jul 2019.

JAKOBS, Gunter; MELIÁ, Manuel Cancio. **Direito Penal do Inimigo: noções e críticas**. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal**. vol. 1: Parte Geral. 32ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2011.

KAHNEMAN, Daniel. **Rápido e devagar: duas formas de pensar**. Tradução de Cássio de Arantes Leite. 1ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Objetiva, 2012.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Consensual e efetividade no processo penal**. Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2013.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2015.

LIMA, Roberto Kant de. **Sensibilidades jurídicas, saber e poder: bases culturais de alguns aspectos do direito brasileiro em uma perspectiva comparada**. Anuário Antropológico [online], II. 2009 - 2, 2010: 25-51. Disponível em: <<https://app.uff.br/riuff/bitstream/1/5335/1/02-anuarioantropologico-robertokant.pdf>> Acesso em 27 jul 2019

LOPES JÚNIOR, Aury. **Introdução Crítica ao Processo Penal: fundamentos da instrumentalidade constitucional**. 4ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Editora Lumen Juris, 2006.

\_\_\_\_\_; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Investigação Preliminar no processo penal**. 6ª ed. 2ª tiragem. São Paulo, SP: Saraiva, 2014.

MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. Atualizador: Miguel Alfredo Malufe Neto. 30ª ed. São Paulo, SP: Saraiva, 2010.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. 4ª ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2018.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. 2 ed. Campinas, SP: Millenium, 2003.

MASI, Carlo Velho. **A plea bargaining no sistema processual norte-americano**. In: Canal Ciências Criminais. 29 jun 2016. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/355840123/a-plea-bargaining-no-sistema-processual-penal-norte-americano>> Acesso em 30 jul 2019.

MASSON, Cleber. **Direito Penal Esquematizado: parte geral. Vol. 1**, 11ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense; São Paulo, SP: Método, 2017.

MENDONÇA, Jacy de Souza. **Introdução ao estudo do Direito**. São Paulo, SP: Saraiva, 2002.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais**. 6ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Volume XIV, nº 1 (2014). ISSN 1982-7636. Periódico da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Processual da UERJ. P. 331-365. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/index>> Acesso em 30 jul 2019.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11ª ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 11ª ed. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Ana Margarida Pratas Correia Shirley. **O acordo no processo penal: um caminho já iniciado em Portugal**. Lisboa, PT: 2016. 60 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa. Orientadora: Prof. Dra. Helena Morão Lisboa. Disponível em: <[https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37253/1/ulfd136265\\_tese.pdf](https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/37253/1/ulfd136265_tese.pdf)> Acesso em 8 ago 2019.

PÁDUA, Gelson Luiz Daldegan de. **A epistemologia genética de Jean Piaget**. Revista FACEVV. 1º Sem 2009, n. 2, p. 22-35. Disponível em: <[https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39349855/A\\_EPISTEMOLOGIA\\_GENETICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1553883763&Signature=NI%2F43sfp7yUuqUGdZHRr0i936jI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA\\_EPISTEMOLOGIA\\_GENETICA.pdf](https://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/39349855/A_EPISTEMOLOGIA_GENETICA.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1553883763&Signature=NI%2F43sfp7yUuqUGdZHRr0i936jI%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DA_EPISTEMOLOGIA_GENETICA.pdf)> Acesso em 1 abr 2019

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 21ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2017.

\_\_\_\_\_; CALLEGARI, André. **Manual de Direito Penal: parte geral**. 2ª ed. São Paulo, SP: Atlas, 2016.

POLASTRI, Marcellus. **O chamado acordo de não persecução penal: uma tentativa de adoção do princípio da oportunidade na ação penal pública**. In: Gen Jurídico. 5 abr 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/>> Acesso em 4 out 2019.

POSNER, Richard Allen. **Response, Legal Pragmatism Defended**, 71 University of Chicago Law Review 683 (2004).

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Almiro Pisetta e Lenita M. Esteves. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social e discurso sobre a economia política**. Tradução de Márcio Pugliesi e Norberto de Paula Lima. São Paulo, SP: Hemus Editora Ltda, 1983.

\_\_\_\_\_. **O contrato social**. In: Os Grandes filósofos do Direito: leituras escolhidas em Direito. Clarence Morris (org.). Tradução de Reinaldo Guarany. São Paulo, SP: Martins Fontes, 2002 (Coleção Justiça e Direito).

SETTERVALL, Cristina Helena Costanti; SOUSA, Regina Marcia Cardoso de. **Escala de coma de Glasgow e qualidade de vida pós-trauma cranioencefálico**. Acta Paul Enferm. 2012;25(3). p. 364-370. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ape/v25n3/v25n3a08>> Acesso em 28 mai 2019.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Gláucia Carvalho. Rio de Janeiro, RJ: Forense, 2006.

SILVA, Edimar Carmo da. **A essencialidade da função acusatória no Estado Democrático de Direito**. Revista do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, Brasília, DF, n. 8, p. 441-481. Anual.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, Goiânia, GO, ano XXI, p. 35-50, jul-dez de 2017.

\_\_\_\_\_. **Acordo de não persecução penal: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público**. 1ª ed. Brasília, DF: Fundação Escola, 2019.

\_\_\_\_\_; GOMES FILHO, Dermeval Farias. **Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal Negocial**. Revista de Direito Internacional, Brasília, DF, v. 13, n. 1, 2016, p. 377-396.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. 13 ed. Salvador, BA: Ed. Juspodivm, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Porto Alegre, RS: 2014. 361 f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, PUCRS. Orientador: Prof. Dr. Nereu José Giacomolli.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Não-obrigatoriedade e acordo penal na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público**. Boletim Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Ano 25, nº 299, out 2017, ISSN 1676-3661. p. 7-9

\_\_\_\_\_; MOELLER, Uriel. **Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa**. Boletín mexicano de derecho comparado, v. 49, n. 147, p. 13-33, 2016. Disponível em: <<https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863318300899>> Acesso em 8 ago 2019

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jadel da. **As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, nº 5346, 19 fev 2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/64178/as-persistentes-inconstitucionalidades-da-resolucao-181-e-183-do-cnmp>> Acesso em 22 mai 2019.