

A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal.

Renee do Ó Souza¹

Rogério Sanches Cunha²

A internacionalização ou transnacionalidade do crime frutificou na identificação de vários modelos de resposta estatal, chamando a atenção:

a) Dissuasório clássico: inspirado pela ideia de retribuição, consiste na simples imposição de pena, medida suficiente para retribuir o mal causado pela prática criminosa e para evitar o cometimento de novos delitos;

b) Ressocializador: tem a finalidade de reintegrar o delinquente à sociedade (prevenção especial positiva);

c) Consensuado: tem o propósito de trazer à Justiça criminal modelos de acordo e conciliação que visem à reparação de danos e à satisfação das expectativas sociais por justiça. Pode ser dividido em (1) modelo pacificador ou restaurativo, voltado à solução do conflito entre o autor do crime e a vítima (reparação de danos) e (2) modelo de justiça negociada (*plea bargaining*), em que o agente, admitindo a culpa, negocia com o órgão acusador detalhes como a quantidade da pena, a forma de cumprimento, a perda de bens e também a reparação de danos.

Vê-se, especialmente pela introdução do modelo de Justiça consensual, que a resposta para o crime tem sofrido o influxo de novas ideias, voltadas para uma solução cada vez menos retributiva (meramente punitiva) e mais construtiva (reparadora).

Nesta quadra, destacam-se os instrumentos dos acordos na seara criminal, que podem ser compreendidos, em geral, como ajustes obrigacionais celebrados entre o órgão de acusação e o investigado/acusado (assistido por advogado), que, assumindo ou não sua culpa/responsabilidade, aceita cumprir, desde logo, condições socialmente relevantes, bastante abrandadas se comparadas às penas previstas como sanção penal em troca da renúncia estatal ao processo criminal.

Sobretudo em países do *Common Law*, o uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos penais demonstrou que este instituto é útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina,

1 Mestrando em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília- Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional, em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso. Promotor de Justiça em Mato Grosso. Professor na Pós-Graduação de Prevenção e Repressão à Corrupção no CERS e da Fundação Escola do MPMT. E-mail: renee Souza@hotmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/244952498993703>.

2 Membro do Ministério Público de São Paulo (promotor de Justiça). Professor de Penal da Escola Superior do MP/SP. Professor de Penal e Processo Penal no CERS - CURSOS ONLINE (www.cers.com.br).

principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna³. A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirmam essa tendência mundial.

No Brasil, o instituto da transação penal da lei 9.099/95 é considerado a semente da justiça consensual (da qual a negociada aparece como a mais promissora espécie), principalmente porque nela – transação penal - a pretensão punitiva é inteiramente disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento de obrigações pelo autor dos fatos, notadamente pecuniárias. Talvez a mais significativa diferença desse instituto com o do *plea bargaining*, é que naquele não existe reconhecimento efetivo de culpa (*plea do nolo contendere*).

A novidade desembarcou no ordenamento jurídico brasileiro. A novel resolução n.º 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) prevê uma espécie de acordo penal, denominado acordo de não persecução penal, cujos requisitos estão no artigo 18. Vale a transcrição do dispositivo⁴:

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:

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.

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95;

IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal;

V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006;

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente

3 SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHÜNEMANN, Bernd; GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 240.

4 Redação de acordo com a Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018 que alterou a redação original de todo o art. 18 ora transcrito.

para a reprovação e prevenção do crime.

§ 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor.

§ 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

§ 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial.

§ 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.

§ 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 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.

§ 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 11 Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução.

§ 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina.

§ 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o caput, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto:

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.

§1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

I – for cabível a transação penal, nos termos da lei;

I – o dano causado for superior a vinte salários-mínimos ou a parâmetro diverso definido pelo respectivo órgão de coordenação;

III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal.

§ 2º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu advogado.

§ 3º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo deverão ser registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

§ 4º É dever do investigado comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo.

§ 5º O acordo de não-persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia.

§ 6º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

§ 7º O descumprimento do acordo de não-persecução pelo investigado, também, poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não-oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 8º 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.

No pronunciamento final da comissão que elaborou a Resolução em estudo, consta como fundamento para edição do instituto, além da contextualização mundial acima mencionada, o princípio da eficiência e a opção da Constituição de 1988 pelo sistema acusatório – e não pelo sistema inquisitorial – o que cria as bases para uma mudança profunda na condução das investigações criminais e no processamento das ações penais no Brasil, e possibilita a criação, por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, do acordo de não-persecução penal⁵. E conclui a comissão redatora do pronunciamento:

5 Pronunciamento final no Procedimento de Estudos e Pesquisas n.º 01/2017, p. 31-32. Disponível em http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acessado em 07 jul 2018.

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.

O Acordo de não persecução penal é alvissareiro e uma legítima manifestação do funcionalismo penal na medida em que previsto em norma editada dentro daquilo que se denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal. A política criminal, segundo Figueiredo Dias, tem a função de:

*servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.*⁶

A definição de situações e pressupostos capazes de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, por meio de uma norma infralegal, equivale a legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin⁷, que, por este motivo, já proclamou, textualmente, que “*É possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consentimento entre o acusado e a Promotoria*”⁸.

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas.

Semelhante recorte é efetuado, anualmente, pela edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por meio de decreto do Presidente da República e implicam na extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos por aquela autoridade, lembrando que atualmente, o instituto abarca quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). Aquela liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de uma política criminal entregue ao Presidente da República, o que nos remete a conclusão de que decisões sobre a punição penal são, já há algum tempo, permeadas por valorações extra-jurídicas. Podemos citar outros

6 DIAS, J. de F. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT. 1999. p. 42.

7 ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002. p. 49.

8 ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 100.

exemplos de atos infralegais que manifestam legítimas valorações de políticas criminais editados por outros importantes atores, todos vigentes e reconhecidamente produtores de bons resultados institucionais:

I) o protagonismo do CNJ, que regulamentou, por meio da Resolução n.º 213, as audiências de custódia;

II) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para se autorizar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (ADCs 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância (HC n.º 84.412-0/SP);

III) os chamados procedimentos da Verificação Preliminar de Informação (VPI), utilizados pela polícia judiciária, destinados à verificação da procedência das informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada, por exemplo, o Departamento da Polícia Federal pela Instrução Normativa n.º 01/1992;

IV) baseado na celeridade e eficiência, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, **por meio de portaria**, implantou o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo.

Pretende-se demonstrar com estes exemplos, que uma proposta de política criminal pode ser exercida por um dos seus principais atores - o Ministério Público – notadamente quando voltada, como no caso em análise, à valoração consequencialista garantista dos crimes contemplados pela proposta. O exercício da ação penal não pode ser reduzido a uma atividade mecânica, desprovida de um crítico juízo institucional e desconhecedor das peculiaridades do sistema de justiça atual. Diante de tantos exemplos emblemáticos – e aceitos sem resistência pela comunidade jurídica -, nada mais natural que o Ministério Público atue neste espaço de conformação, editando ato que expresse uma diretriz de política criminal. Nesta linha de ideias ensina Busato:

(...) as eleições de diretrizes político-criminais referentes à atuação do Ministério Público têm, necessariamente, grande influência nos rumos que seguirá o Direito penal brasileiro, tanto no estudo da dogmática, da Política Criminal, como no desenvolvimento de uma necessária linguagem própria que corresponda aos objetivos visados pelo Estado com a aplicação das consequências jurídicas do delito. Não tenho qualquer dúvida de que cada Promotor de Justiça, em sua atuação político-criminal cotidiana, ao decidir, a respeito dos rumos interpretativos de cada impulso da Justiça Criminal, traz a lume os pontos que vão ser objeto de discussão técnico-jurídico. (...) Assim, é muito importante que o Ministério Público esteja consciente do papel determinante que exerce na evolução do desenvolvimento dogmático do Direito penal brasileiro, dado que suas opções político-criminais representam um papel de verdadeiro 'filtro' das questões que doravante tendem a ser postas em discussão⁹.

E antes que se acuse a proposta de ativismo ministerial, cumpre destacar que uma das principais funções de uma política criminal institucional é justamente servir de instrumento de combate aos voluntarismos individuais que acabam por desagregar a unicidade do direito e a segurança jurídica.

9 BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, pp. 69-70.

Também se verifica uma fina sintonia entre o Acordo de Não Persecução Penal com o Direito Internacional. A Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110, editou a conhecida Regras de Tóquio, oportunidade em que assentou a necessidade de implementação de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo, consoante dispõe o item 5.1. da referida Resolução:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado¹⁰

Quanto a legalidade estrita, não se verifica qualquer nocividade ao investigado, pois o instituto não amplia o poder punitivo do Estado. Ao contrário. Trata-se de instituto que beneficia o implicado que, além da diminuição da pena, não experimentará qualquer sentença penal condenatória contra si proferida¹¹. Além disso, na verdade, a extensão de institutos penais benéficos é prática comum na dogmática penal brasileira, bastando lembrar o que ocorre, por exemplo, com o pagamento de cheque sem fundos antes do recebimento da denúncia. A rigor, referida situação levaria tão somente a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do CP. Porém, a jurisprudência consolidou que, neste caso, por razões de política criminal, há uma exceção mais favorável ao réu, e a ação penal não pode ser iniciada. Neste sentido é a súmula 554 do STF “*O pagamento de cheque emitido sem provisão de fundos, após o recebimento da denúncia, não obsta ao prosseguimento da ação penal*”.

O Acordo de Não Persecução Penal não implica qualquer desvantagem ao ofendido, notadamente nos crimes em que ele é bem definido, visto que o primeiro requisito para celebração do Acordo de Não Persecução Penal é a necessidade imperiosa de reparação de danos sofridos o que atende seus interesses imediatos e à moderna tendência criminológica de revalorização da vítima no processo penal.

Em suma, não se vislumbra prejuízo à Justiça Pública/interesse público, porque sob a análise do custo-benefício trazido pelo instituto, fruto da onda consequencialista em que se encontra o direito atualmente, em que já se reconhece a incapacidade do Judiciário dirimir, tempestiva e satisfatoriamente todos os conflitos que a ele são levados, é muito mais vantajosa uma imediata decisão negociada, que cumpra a função dirimente do conflito do que um julgamento proferido ao longo de anos, incapaz de cumprir com as funções da pena e nem de recompor o sentimento social de validade das normas.

10 Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em 20 out 2018.

¹¹ Aliás, é por isso que o Acordo de Não Persecução Penal não caracteriza, em nenhum aspecto, o plea bargaining norte americano. Para maiores detalhes, remetemos à nossa obra Acordo De Não Persecução. coordenadores Rogério Sanches Cunha, Francisco Dirceu Barros, Renee do Ó Souza, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. 2 ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

Por fim, não se pode deixar de analisar a norma aqui discutida sob um enfoque pragmático, ainda que em breves linhas. O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, deu ensejo a multiplicação de instrumentos negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes políticos-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral. Inegavelmente, o Acordo de Não Persecução Penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

Referências Bibliográficas:

- BUSATO, Paulo César. Reflexões sobre o Sistema Penal do nosso tempo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- DIAS, J. de F. Questões fundamentais de direito penal revisitadas. São Paulo: RT. 1999.
- ROXIN, Claus. Derecho Procesal Penal. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- ROXIN, Claus. Política criminal y sistema del derecho penal, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002.
- SCHÜNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano.
- GRECO, Luís (coord.). Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. São Paulo: Marcial Pons, 2013.