

# REVISTA

do TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

ANO XIX - N. 137 - ABRIL / JUNHO DE 2018 - ISSN 1982-1506

## Ações coletivas como instrumento de controle jurisdicional de políticas públicas implementadoras de direitos fundamentais sociais

► Thaís Boia Marçal



O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional

► Flávio da Silva Andrade

O princípio da vedação ao confisco e as multas tributárias na atual jurisprudência do STF

► Michelle Camini  
Mickelberg

Suspeição por motivo de foro íntimo à luz do novo Código de Processo Civil

► Reis Friede

Um rápido curso na História da Humanidade e na História do Direito

► Murilo Alves de  
Carvalho

# O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional



## Flávio da Silva Andrade

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Juiz Federal em Minas Gerais.

**RESUMO:** Este ensaio versa sobre o acordo de não persecução penal, concebido pelo Conselho Nacional do Ministério Público, no artigo 18 da Resolução nº 181/2017. O estudo demonstra que o novo instituto de consenso, da forma como introduzido na esfera do processo penal brasileiro, padece de inconstitucionalidades formal e material, que devem ser reconhecidas pelo Poder Judiciário, seja na via de controle direto de constitucionalidade, seja pela via difusa.

**PALAVRAS-CHAVE:** Processo penal. Espaços de consenso. Expansão. Acordo de não persecução penal. Ausência de lei. Inconstitucionalidade.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the agreement of non-prosecution, conceived by the National Council of Prosecution Service, in article 18 of Resolution nº 181/2017. The study shows that this new consensus instrument, introduced in the sphere of Brazilian criminal, suffers from formal and material unconstitutionality, which must be recognized by the Judiciary, either through abstract constitutional control or through diffuse constitutional control.

**KEYWORDS:** Criminal process. Spaces of consensus. Expansion. Non-prosecution agreement. Absence of law. Unconstitutionality.

**SUMÁRIO:** 1. Introdução. 2. A disciplina normativa estabelecida pelo CNMP para o acordo de não persecução penal. 3. A análise da compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal. 4. Considerações finais. Referências.

## 1. Introdução

No Brasil, há atualmente uma clara tendência de expansão dos espaços ou zonas de consenso<sup>1</sup> no âmbito do processo penal.<sup>2</sup> Essa inclinação é retratada especialmente pela inclusão, no projeto do novo Código de Processo Penal,<sup>3</sup> de um rito abreviado calcado na admissão de culpa (confissão) e, também, com a criação do denominado acordo de não persecução penal pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). É deste segundo mecanismo que se almeja tratar nestes apontamentos.

Por intermédio da Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, editada para disciplinar a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do *Parquet*, o CNMP instituiu a possibilidade de celebração do referido acordo entre o Ministério Público e o investigado a fim de que, mediante o cumprimento de condições, haja a resolução antecipada do caso criminal, resultando no arquivamento da investigação.

Duas foram as razões invocadas para a introdução desse novo mecanismo no ordenamento jurídico-penal brasileiro:

[...] 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;

[...] 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 [...].<sup>4</sup>

Esses motivos revelam que há mesmo necessidade de reflexão sobre um possível aprimoramento dos instrumentos brasileiros de consenso no campo do processo penal, com o objetivo de simplificar e acelerar a resolução de casos em que o acusado é confesso e admite a culpa. Entretanto, como ficará evidenciado, na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa.

## 2. A disciplina normativa estabelecida pelo CNMP para o acordo de não persecução penal

De início, cabe assinalar que o tema será exposto considerando as alterações que a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018, também do CNMP, promoveu na Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Em sua nova redação, o artigo 18 da Resolução nº 181/2017 estabelece que:

1 Os chamados espaços de consenso consistem em mecanismos ou ferramentas que permitem a solução do caso penal por meio de um acordo firmado entre as partes. São exemplos, no cenário nacional, os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. (ANDRADE, Manuel da Costa. *Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo*. In: *Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995, p. 334-335)

2 Para uma abordagem mais detalhada: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

3 Artigo 283 do PLS nº 156/2009. Na Câmara dos Deputados, trata-se do PL nº 8.045/2010.

4 BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. 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\\_2.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2018.

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.

Como se vê, havendo confissão do investigado<sup>5</sup> e disposição dele para cumprir medidas alternativas ao encarceramento, a resolução traz a possibilidade de, mediante assistência técnica do defensor, resolver-se de forma antecipada os casos relativos a delitos cometidos sem violência ou grave ameaça

5 Consta do artigo 18, § 2º, o seguinte: “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”.

e para os quais a lei comine pena mínima<sup>6</sup> inferior a 4 (quatro) anos de prisão.<sup>7</sup>

No que tange às condições ou medidas a serem cumpridas pelo investigado, três pontos chamam a atenção. A resolução não indica a destinação a ser dada aos instrumentos, produtos e proveitos do crime, o que pode ensejar enorme falta de uniformidade, com espaços para distorções na construção das cláusulas do acordo.

Ainda, diferentemente da disciplina legal da transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/1995), o ato normativo permite que, no acordo de não persecução penal, seja convencionalizado que o cumprimento de prestação de serviços se dê pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços. Essa possibilidade de redução não existe no regramento da transação penal, de forma que haverá a possibilidade de infrações mais graves serem reprimidas com medidas menos severas.

Além disso, como bem alerta Américo Bedê Junior, “a cláusula genérica de outras condições a serem exigidas pelo MP é problemática, na medida em que abre uma janela para arbitrios”<sup>8</sup> e permite a falta de unidade na aplicação da lei a partir de escolhas discricionárias por parte do membro do *Parquet*. Em contrapartida, como assevera o referido autor, tal cláusula pode servir para uma adequada personalização do acordo, que deverá ser submetido ao controle judicial.

6 Vale assinalar que o § 13 do artigo 18 reza que: “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”.

7 Na primeira redação trazida pela Resolução nº 181/2017, o acordo poderia ser proposto em qualquer caso em que o delito tivesse sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa, isto é, não havia a limitação no sentido de só se admitir a avença quando para o crime fosse cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos de prisão.

8 BEDÊ JUNIOR, Américo. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-312.

De acordo com o § 1º do artigo 18, tal proposta de não persecução penal não será admitida 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 para a reprovação e prevenção do crime.

Nesse dispositivo se verifica que o CNMP agiu tentando não resvalar na disciplina legal da transação penal, até porque o novel instrumento negocial não tem base legislativa e não poderia alterar ou substituir uma lei em vigor. Essa violação da competência do Poder Legislativo e também a desconsideração do princípio da obrigatoriedade da ação penal a partir de um ato infralegal ensejaram o ajuizamento de ações diretas de inconstitucionalidade, como se verá mais adiante.

A resolução ainda estabelece que o acordo será formalizado por escrito, com cláusulas claras no tocante às condições ou medidas a serem cumpridas, devendo ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor (§ 3º).

Com o propósito de aprimorar a redação original e amainar as críticas<sup>9</sup> quanto à

forma como foi concebido tal instrumento e também quanto à exclusão do controle judicial sobre o pacto, a Resolução nº 183/2018 previu a necessidade de o acordo ser submetido à apreciação judicial, não trazendo mais detalhes sobre como deveria ser realizado esse controle, até porque ficaria mais nítido que o tema está reservado à lei. Nessa nova redação do § 4º do artigo 18 também determinou que, “realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo”.

Ainda, cuidando para não estabelecer comandos aos membros do Poder Judiciário, a resolução, no § 5º do artigo 18, não diz que deverá haver a homologação judicial do acordo, mas que os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, se o magistrado o considerar cabível e se as condições se mostrarem adequadas e suficientes. A normatização do CNMP, no § 6º, também dispõe que o juiz, se considerar incabível o acordo, deverá remeter os autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação. Em verdade, a resolução em análise, além de criar uma nova forma de resolução antecipada ou de evitação do processo penal, dita regras ao órgão judicante como se tivesse ela força de lei.

Pelo que se extrai do § 9º e § 11, embora submetido à apreciação judicial, os autos permanecem com o Ministério Público e é ele próprio quem decide se houve descumprimento do acordo ou se foi integralmente cumprido, devendo neste caso promover o seu arquivamento. O texto não faz referência a nenhum mecanismo de controle, seja *interna corporis*, seja via Poder Judiciário.

Não bastasse a ampliação dos espaços de consenso sem base legal, inovando bastante o cenário processual penal brasileiro, o ato normativo em comento preconiza que “o acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia” (§ 7º). Para Vladimir Aras, não há incompatibilidade do acordo de não persecução penal com o propósito da audiência de custódia e o aproveitamento dessa audiência contribui para a razoável

9 PODERES exagerados. OAB vai ao Supremo contra norma do MP que perdoa quem confessa crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-17/oab-questiona-norma-mp-perdoa-quem-confessa-crime>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

duração do processo, sendo “uma solução alternativa de processo penal muito benéfica ao suspeito preso em flagrante”.<sup>10</sup>

Como se sabe, o instituto da audiência de custódia não foi concebido<sup>11</sup> para abrigar soluções simplificadas e céleres na esfera penal. A adoção de uma alternativa de simplificação por consenso já na aludida audiência revela-se polêmica e reclamaria mais debate pela comunidade jurídica e discussão no Congresso Nacional, pois, como asseverou Anabela Miranda Rodrigues, “simplificar é complexo. Celeridade não pode ser sinônimo de não fazer justiça”.<sup>12</sup>

Ao questionar a adequação de ferramentas que visem à resolução antecipada do conflito penal, Nestor Távora combate a reação imediata ao mal causado pelo crime. Afirma que “a reação é impulsiva, muitas vezes desmedida, desproporcional, típica de quem atua sem refletir mais pausadamente no que fazer”,<sup>13</sup> de modo que soluções precoces assim aumentam significativamente os riscos de injustiça. O fato de o acusado estar preso ou ter acabado de ali obter a ordem de soltura “di-



ficulta a percepção do *status* de inocência”,<sup>14</sup> sendo que a proposta de resolução antecipada, já na audiência de custódia, “consolida uma aparente *certeza* de culpabilidade”, retirando a chance de esboçar defesa.<sup>15</sup>

Por outro prisma, a resolução imediata ou antecipada de um caso pode servir tanto ao interesse público como também aos interesses do próprio acusado. O tempo, como garantia, não é de gozo obrigatório ou não precisa ter transcurso imperativo, sobretudo para quem não pensa em impugnar a acusação. Por que, havendo confissão e interesse da defesa técnica num acordo, a audiência de custódia não pode servir de mola propulsora de um procedimento abreviado,<sup>16</sup> sobretudo nos casos em que ao cabo será indicada a aplicação de penas alternativas?

É certo que, nas palavras de Anabela

10 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 280.

11 Segundo Caio Paiva, as finalidades da audiência de custódia são: a) adequar o ordenamento jurídico interno para o cumprimento de obrigações decorrentes da ratificação de tratados internacionais, reforçando o compromisso do Brasil com a proteção dos direitos humanos; b) garantir o controle judicial mais humano, efetivo e preciso das prisões cautelares, refletindo-se sobre o alto índice de encarceramento penal provisório e sobre a superlotação carcerária no país; c) inibir ou prevenir a prática de atos de violência policial contra presos e investigados; e d) viabilizar o respeito às garantias constitucionais, sobretudo às do contraditório e da ampla defesa (PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 45-53).

12 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

13 TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 190.

14 *Ibidem*, p. 198.

15 O artigo 8º, 2, c, da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) dispõe que toda pessoa acusada de um delito tem direito à “concessão do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa”.

16 PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 121-122.

Miranda Rodrigues, “a aceleração não se deve fazer à custa das garantias de defesa do arguido”,<sup>17</sup> mas, em casos mais simples, sem dificuldades do ponto de vista dos fatos e do direito, havendo confissão e interesse do réu e de seu defensor, talvez não se deva obstar a imediata ou direta resolução consensuada do caso.

Aliás, em relação às infrações de menor potencial ofensivo, a Lei nº 9.099/1995, no seu artigo 69, determina que, lavrado o termo circunstanciado, a autoridade policial o *encaminhará imediatamente* ao Juízo. Discordando dessa via de solução antecipada, basta que a defesa assim se manifeste, de modo a ensejar a observância do rito de curso completo.

Essa temática, porém, por seus desdobramentos, demandaria um estudo próprio, buscando-se elementos no direito comparado para melhor se avaliar a possibilidade/conveniência de resolução imediata do caso já por ocasião da apresentação do preso em flagrante ao juiz.<sup>18</sup>

De qualquer modo, em vista do regramento atual, acredita-se que a partir da audiência de custódia já se pode sinalizar para uma solução simplificada ou abreviada. Quer-se dizer: nada impede que, em seguida à audiência de custódia, o Ministério Público, entendendo suficientes as informações trazidas no auto de prisão em flagrante, já ofereça a denúncia, com proposta de suspensão condicional do processo, ficando o acusado citado, concedendo-se a ele um prazo para se pronunciar.

17 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

18 Também não se deve afastar a possibilidade de criação de um rito próprio e simplificado para casos de detenções flagranciais em que o acusado é confesso, consoante há noutros países, como Costa Rica, Peru e México (CHINCHILLA, Carlos Morales; DELGADO, Daniel Sánchez. *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*. Costa Rica: IJSA, 2015). O importante, todavia, é que a ânsia por rapidez e eficiência não atropela os direitos fundamentais do acusado.

O que é indiscutível – como se verá nas linhas que se seguem – é que, ante as sérias questões envolvidas nessa discussão, não caberia ao CNMP, por resolução, conceber um novo figurino de resolução antecipada ou acelerada de casos penais, inclusive por ocasião da audiência de apresentação do preso em flagrante. Deve-se dizer não à morosidade excessiva, porém, é preciso muito cuidado ao se introduzir num ordenamento mecanismos que gerem uma velocidade excessiva, pois esta também pode levar à injustiça, como alertado por Anabela Miranda Rodrigues.<sup>19</sup>

### 3. A análise da compatibilidade constitucional do acordo de não persecução penal

Como era de se esperar, a resolução que concebeu o acordo de não persecução penal teve sua constitucionalidade questionada, pela via direta, perante o Supremo Tribunal Federal. Sob a alegação de ter sido introduzido à margem da lei e com equívocos de normatização, o acordo de não persecução penal está sendo impugnado na ADI nº 5.790,<sup>20</sup> movida pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e na ADI nº 5.793,<sup>21</sup> ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.<sup>22</sup>

Nessas duas ações, argumenta-se que o CNMP exorbitou de seu poder regulamentar

19 RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998, p. 242.

20 Informações disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>>. Acesso em 01 fev. 2018.

21 Informações disponíveis em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>>. Acesso em 01 fev. 2018.

22 Essas duas ações foram reunidas sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski. Aguarda-se o exame dos pedidos de tutela de urgência formulados para suspensão da eficácia do artigo 18 da Resolução nº 181/2017. Entretanto, ante a potencial ofensa às competências do Congresso Nacional, o relator entendeu oportuna a prévia oitiva da Câmara dos Deputados e do Senado da República, por meio de seus Presidentes, bem como da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República.

(art. 130-A, § 2º, I, da CF/1988) e usurpou competência privativa da União, prevista no artigo 22, I, da CF/1988 (compete privativamente à União legislar sobre direito processual). Também se sustenta que houve violação do princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública, uma vez que é função do Ministério Público promover, privativamente, referida ação, na forma da lei, conforme expressamente previsto no artigo 129, I, da Carta da República.

Primeiro será analisada a alegação de inconstitucionalidade formal, calcada no desrespeito da competência constitucional para legislar sobre determinada matéria. Depois se passará à apreciação da apontada inconstitucionalidade material, por possível violação da regra do artigo 129, I, da Carta Magna.

Em relação ao vício da inconstitucionalidade formal, os argumentos apresentados nas ações não merecem reparos. A Constituição Federal (CF/1988) 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 Congresso Nacional.

Não se sustenta a alegação<sup>23</sup> de que não houve desrespeito ao texto constitucional pelo fato de a resolução ter regulado um 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.

Também não deve prosperar o raciocínio<sup>24</sup> de que não haveria inconstitucionalidade porque a resolução trata de matéria procedimental afeta à atuação do Ministério Público. Esse argumento ignora a regra do artigo 24, XI, da CF/1988, que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar, concorrentemente, sobre o assunto. Em verdade, o CNMP não mais quis aguardar o trâmite do PLS nº 513/2013 no Senado Federal, no qual está inserido um regramento (art. 394-B do CPP) para o acordo de não persecução penal, decidindo disciplinar o assunto por meio de resolução.

Naturalmente, é desejável a criação de novos institutos capazes de aprimorar o sistema de justiça criminal de um país, mas inovações assim devem ser fruto de regular processo legislativo, como aconteceu com a transação penal, com a suspensão condicional do processo, com o acordo de leniência e com a colaboração premiada. A Lei nº 9.099/1995, a Lei nº 12.529/2011 e a Lei nº 12.850/2013 regulam institutos próprios, sendo descabido invocá-las para tentar dar fundamento de legalidade e constitucionalidade ao acordo de não persecução penal.

Não se nega que o acordo de não persecução assemelha-se a um termo de ajustamento de conduta (TAC),<sup>25</sup> mediante o qual o Ministério Público e o investigado, assistido por seu defensor, convencionam que não haverá oferecimento da denúncia no caso de integral cumprimento de determinadas obrigações de fazer, não fazer ou dar (condições ou medidas alternativas à prisão). Entretanto, tal acordo possui como pressupostos a confissão de um delito e também a renúncia

23 BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 61.

24 *Ibidem*, p. 63.

25 ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 279.

ou o não exercício de direitos e garantias fundamentais por parte do imputado, sendo imprescindível a baliza normativa pela lei e, ainda, o controle judicial.

O TAC é um negócio jurídico, com eficácia de título executivo extrajudicial, muito usado na atuação dos Ministérios Públicos (Estaduais, Federal e do Trabalho), mas está expressamente previsto na Lei nº 7.347/1985 (art. 5º, § 6º). Assim sendo, por que o acordo de não persecução penal, que envolve direitos fundamentais dos investigados e a renúncia (ou não exercício) de tais direitos, também não deveria ser regulado por lei? Se a transação penal, que alcança autores de infrações penais leves, está disciplinada na lei e deve ser celebrada em juízo, por que o acordo em questão também não deveria ser normatizado por lei, com pressupostos e requisitos de validade bem definidos, sem desarmonia ou discrepância com outras regras legais?

Não se pode olvidar que, assim como acontece com os demais institutos nacionais de consenso, no acordo de não persecução há renúncia ao exercício de direitos fundamentais pelo investigado. Ele precisa abrir mão da garantia contra a autoincriminação e confessar circunstanciadamente a prática do fato delitivo, optando, naquele momento, por não refutar a acusação e não produzir provas. O artigo 18, II, da resolução prevê expressamente que o investigado deverá “renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”.

Contudo, a renúncia ao exercício de direitos fundamentais na esfera do processo penal deve necessariamente atender a dois requisitos de validade, conforme lição de Jorge Reis Novais:<sup>26</sup> a *reserva da lei* e a *preferência de Constituição*. Aquela consiste na necessidade de autorização legislativa enquanto esta diz respeito à exigência de que a renúncia se opere de forma compatível com as regras e

princípios previstos na Constituição Federal. O acordo de não persecução não atende a esses requisitos.

Não se sustenta a tentativa de afastar a inconstitucionalidade formal aqui explicitada sob o argumento de que o acordo não tem natureza penal, pois não enseja a aplicação de sanções penais, mas de obrigações que são ajustadas por consenso em fase pré-processual.<sup>27</sup> Ora, é evidente que as medidas previstas no artigo 18 da resolução não são sanções penais, faltando o elemento da jurisdicionalidade, já que não serão impostas pelo Estado-juiz, no exercício do *jus puniendi*. Em verdade, para os investigados, constituem obrigações a que se vinculam a partir de um acordo, de um encontro de vontades.

Conquanto não sejam penas, as referidas medidas são similares às penas restritivas de direitos previstas no Código Penal (art. 43). Há clara proximidade das condições que deverão ser cumpridas pelo investigado com tais penas alternativas estabelecidas na lei penal brasileira. Algumas delas equivalem aos efeitos de uma condenação criminal (art. 92 do CP). Mas o certo é que o fato de não se tratarem de penas não afasta a necessidade da lei, pois, ao propor o acordo de não persecução penal, o Ministério Público está exercendo um poder decorrente da titularidade da ação penal, de maneira que deve fazê-lo na forma da lei, como exige o artigo 129, I, da CF/1988, consoante será abordado a seguir.

Ainda, se o acordo de não persecução tem o condão de esvaziar o interesse processual do Ministério Público, como expõem os defensores da inovação,<sup>28</sup> com mais razão a

26 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 257.

27 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 34-35.

28 SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Fer-

matéria deve ser regulada por lei (art. 22, I, da Carta Magna), uma vez que versa sobre condição da ação penal. Não é possível que o Ministério Público invoque considerações de política criminal para justificar que sua atuação se dê à margem da lei, por mecanismo não criado pelo legislador constitucionalmente competente, ignorando-se princípios basilares do Estado Democrático de Direito.

Renato Brasileiro de Lima,<sup>29</sup> ao defender a constitucionalidade do acordo de não persecução penal concebido pelo CNMP, faz referência às Regras de Tóquio (denominadas Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas não Privativas de Liberdade), aprovadas pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, como fundamento para a adoção de tal ferramenta alternativa de solução de casos penais. O item 5.1 da aludida resolução dispõe o seguinte:

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 apropriado.

No entanto, tal resolução não possui força vinculante, tratando-se de mera recomendação dirigida aos Estados-membros da

entidade, com a expressa ressalva de que deve haver compatibilidade com sistema jurídico de cada país. A ideia contida na recomendação mostra-se apropriada e conveniente, tanto que há bastante tempo foram introduzidos no ordenamento jurídico pátrio os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, instituídos por lei. O que não se admite é que um órgão administrativo de controle do externo do Ministério Público, a pretexto dar cumprimento à supracitada resolução, descarte a exigência de lei para regerar os mecanismos de consenso penal e estabeleça ou modifique unilateralmente a forma e os critérios para se promover a resolução antecipada de casos criminais. Essa é uma tarefa a ser exercida pelo Congresso Nacional.

Portanto, com o indiscutível impacto do acordo de não persecução nos direitos e garantias do acusado e no modelo brasileiro de consenso penal, trazendo regras e procedimentos nessa seara, não há como aceitar que seja disciplinado por resolução do CNMP, com nítida violação da Carta da República (art. 22, I).

Cumpra agora avaliar se a resolução em estudo padece de vício de inconstitucionalidade material na parte em que introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. O conteúdo do artigo 18 da resolução afronta a regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988, que, ao lado do artigo 24 do CPP, é a base do denominado princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada?<sup>30</sup> É possível uma mitigação

reira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 96 e 106.

29 LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 200-201.

30 Segundo Eugênio Pacelli, “do dever estatal da persecução penal resulta, como regra, que o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal. Daí a regra básica da ação penal pública incondicionada, qual seja, o denominado princípio da *obrigatoriedade*. Estar obrigado à promoção da ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta criminosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal”. Referido autor ainda recorda que “a única distinção que se pode

ou flexibilização do aludido princípio sem respaldo em lei?

Hoje há quem<sup>31</sup> considere um mito o princípio da obrigatoriedade ou da indisponibilidade da ação penal pública. Afirma-se que não existe no Brasil norma positivada que obrigue o exercício da ação penal em todos os casos. Defende-se que, em decorrência da titularidade da ação penal pública, cabe ao Ministério Público moldar a política criminal a ser implementada e realizar o juízo de valor quanto aos casos em que deve haver oferecimento de denúncia ou arquivamento.<sup>32</sup>

Entretanto, como destacam Mauro Fonseca Andrade e Rodrigo da Silva Brandalise, “apesar de não ser fruto de um dispositivo constitucional ou legalmente expresso, a obrigatoriedade da ação penal decorre da interpretação de diversos dispositivos, tanto de cunho constitucional como infraconstitucional”.<sup>33</sup> Recordam que, conforme dispõem os artigos 42 e 576, ambos do CPP, “não pode o Ministério Público desistir da ação penal, nem do recurso interposto”, estabelecendo ainda o artigo 28 do referido código que, se o juiz discordar do pedido de arquivamento do inquérito policial fará a remessa dos autos “ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público

para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”. Ainda, não se pode esquecer que o artigo 5º, LIX, da CF/1988 e o artigo 29 do CPP admitem o ajuizamento da ação privada subsidiária da pública, se esta não for intentada no prazo legal.

Esses preceitos, somados ao já mencionado artigo 129, I, da CF/1988, indicam que tal princípio não é um mito, sendo inegável que o sistema brasileiro é adepto do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, devendo a lei processual disciplinar as hipóteses em que fica mitigado ou flexibilizado.

No Brasil, o suposto mito da obrigatoriedade da ação penal não obriga o Ministério Público a processar tudo e todos. À luz do princípio da insignificância, são comuns os casos de arquivamento nos casos de infrações de pequena monta e nas hipóteses em que as consequências advindas do delito são mínimas. São rotineiros os arquivamentos de inquéritos policiais ou de outros procedimentos investigatórios em que não restaram comprovadas a materialidade ou a autoria dos delitos, assim como quando manifesto que o agente agiu amparado numa causa excludente de ilicitude ou numa causa excludente de culpabilidade. Noutras palavras, a persecução penal só é obrigatória em relação a fatos puníveis e a fatos que não devam ser alcançados pela aplicação do princípio da bagatela.

Como não poderia deixar de ser, comunga-se do entendimento de que a persecução penal deve ser conduzida com racionalidade e sem desperdícios de recursos humanos e materiais, porém, cabe à lei traçar as balizas para a atuação do Ministério Público pautada num juízo de conveniência e de oportunidade quanto ao exercício da ação penal pública. Para garantir unidade e igualdade na aplicação da lei penal, as exceções ao princípio da obrigatoriedade devem ser legalmente normatizadas.<sup>34</sup>

---

observar entre obrigatoriedade e indisponibilidade seria em relação ao momento processual do respectivo exercício, sendo o primeiro aplicável antes da ação penal e o segundo a partir dela” (PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 121 e 124).

31 MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149-192.

32 BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion*: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 15, n. 47, jan./jun. 2016, p. 351-379.

33 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfcdir/article/view/77401>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

34 Nessa linha, Guilherme Madeira Dezem afirma: “Fora das hipóteses previstas pelo legislador (acordo de colabo-



O texto constitucional dispõe que é função institucional do Ministério Público “promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I). O exercício da atribuição de persecução penal pelo *Parquet*, decorrente do fato de ser o titular da ação penal pública, deve efetivar-se na *forma da lei*, não podendo a instituição ignorar as normas legais vigentes para ela própria criar uma ferramenta de consenso penal e estabelecer o regramento que entende mais adequado para os tempos modernos.

Como destaca Vinícius Gomes Vasconcelos:

[...] a oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou a

ração premiada previsto na Lei 12.850/2013, no art. 4º, § 4º, por exemplo), não pode o promotor deixar de promover a ação penal quando presentes os requisitos legais” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 157).

suspensão do processo penal conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamentos em critérios utilitários, político-criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e a autoria de um crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade.<sup>35</sup>

Ainda que não houvesse a inconstitucionalidade material ora indicada, a resolução também não passaria pelo crivo da legalidade,<sup>36</sup> pois contrariou completamente regras que estão expressamente previstas na legislação processual penal brasileira em vigor, conforme antes mencionado.

Na realidade, consoante já indicado, os conselheiros do CNMP optaram por não mais aguardar a morosa tramitação do PLS nº 513/2013 no Senado Federal brasileiro. Rodrigo Leite Ferreira Cabral admitiu ser “bem verdade que a solução ideal seria que a regulamentação do acordo viesse pela via

35 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negociada*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 48-49.

36 Comentando o acordo de não persecução penal criado pelo CNMP, Guilherme Madeira Dezem pontua: “(...) o que temos é que o promotor poderá fazer uma espécie de *plea bargain* com um único detalhe: não há previsão legal desta disposição. A resolução criou hipótese de não persecução penal que não se encontra prevista em lei. Trata-se de resolução ilegal na medida em que viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal de iniciativa pública previsto no art. 24 do Código de Processo Penal” (DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 157).

legislativa, o que evitaria alegações de inconstitucionalidade formal do instituto”,<sup>37</sup> mas, na sua visão, a demora do legislador para disciplinar o assunto, ocorrida também noutros países, como Alemanha e França, acabou por justificar a regulamentação do tema pelo mencionado conselho, compreensão essa com a qual evidentemente não se pode concordar.

Como bem mostram Fonseca e Brandalise, os idealizadores do acordo brasileiro de não persecução penal ignoraram que, na Alemanha, embora inicialmente criado sem previsão legal, o acordo “[...] 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”.<sup>38</sup> Ainda, embora as *Absprachen* só tenham sido regulamentadas por lei mais recentemente, o instituto do *arquivamento com imposição de determinadas condições* há muito está previsto na legislação processual penal alemã (art. 153a do StPO), que traz uma regulação taxativa das hipóteses de rompimento do princípio da obrigatoriedade da acusação.<sup>39</sup>

De mais a mais, o CNMP também olvidou a experiência portuguesa, como apontam Fonseca e Brandalise.<sup>40</sup> Em Portu-

gal, o Ministério Público, inspirado na obra “*Acordos sobre a sentença em processo penal. O ‘fim’ do Estado de Direito ou um novo ‘princípio’?*”,<sup>41</sup> de Jorge de Figueiredo Dias, sugeriu que seus membros, sem amparo legal expresso, mas com a aquiescência dos juízes, começassem a propor aos arguidos acordos sobre a sentença criminal. A Procuradoria-Geral Distrital de Lisboa regulamentou tal espécie de acordo por meio da Recomendação nº 1/2012, enquanto a Procuradoria-Geral Distrital de Coimbra o fez por meio do memorando de 19 de janeiro de 2012.

No entanto, tal nova ferramenta de solução consensuada foi logo questionada perante o Supremo Tribunal de Justiça português, tendo aquela corte anulado a sentença por entender que tal tipo de avença, dentro do contexto lusitano, fere o princípio da legalidade, já que lá não existe previsão legal expressa que a autorize.<sup>42</sup> A ausência de lei é fonte de insegurança e imprevisibilidade quanto à aplicação do instituto, propiciando situações de desigualdade na realização da justiça penal.

Desse modo, em vista do que se expôs, tem-se por evidente que a Resolução nº 181/2017 do CNMP, na parte em que instituiu o acordo de não persecução penal, padece de inconstitucionalidades formal e material, devendo seu artigo 18, pela via difusa ou concentrada, ser declarado incompatível com a Constituição da República. Não obstante, essa compreensão não inibe a possibilidade de que o acordo de não persecução seja mais estudado e discutido para, eventualmente, a

37 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 46.

38 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfcdir/article/view/77401>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

39 ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 196.

40 ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsis-

tência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfcdir/article/view/77401>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

41 Publicada pela editora Conselho Distrital do Porto da Ordem dos Advogados, no ano de 2011.

42 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281fo?OpenDocument>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

partir da disciplina legislativa, vir a constituir um novo e válido instrumento de justiça penal pactuada no Brasil.

#### 4. Considerações finais

O artigo 22, I, da CF/1988, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, não permite que o CNMP, por ato administrativo, crie um novo instrumento de solução antecipada de casos criminais. Uma resolução, por ser um ato normativo secundário, não pode promover alterações na esfera da legislação processual penal, desprezando a competência constitucional do Congresso Nacional.

Embora o acordo de não persecução penal tenha sido criado para ser celebrado durante a fase de investigação, parece inegável que o instituto versa sobre o processo penal, de maneira que não podia ter sido instituído e disciplinado por resolução do CNMP. Ainda que se viesse a entender que a matéria tem natureza procedimental, haveria ofensa ao artigo 24, XI, da CF/1988, que confere à União, aos Estados e ao Distrito Federal a competência para legislar, concorrentemente, sobre a matéria.

A Lei nº 9.099/1995, que disciplina os institutos de consenso para infrações de pequeno e médio potencial ofensivo (transação penal e suspensão condicional do processo), a Lei nº 12.529/2011, que versa sobre o acordo de leniência, e a Lei nº 12.850/2013, que regulamenta o acordo de colaboração premiada, não servem para emprestar legalidade ou constitucionalidade ao acordo de não persecução penal, pois sua introdução no ordenamento pátrio deve decorrer de lei própria.

Conquanto o acordo estudado seja similar a um TAC, na medida em que se convencionou que não haverá oferecimento da denúncia no caso de integral cumprimento de determinadas obrigações de fazer, não fazer ou dar (medidas diversas do encarceramento), não há como se afastar a exigência de lei que

crie e discipline tal tipo de avença, valendo lembrar que o próprio TAC também foi concebido e regrado por lei.

O acordo de não persecução penal, por envolver a renúncia ou o não exercício de direitos fundamentais dos investigados (art. 18, II, da resolução), deve necessariamente ser instituído e regrado por lei, como se deu com as demais ferramentas de consenso do ordenamento processual penal brasileiro.

As obrigações a serem cumpridas pelos investigados em fase pré-processual não são penas, já que não serão impostas pelo Estado-juiz, mas inegavelmente constituem medidas bem similares às penas restritivas de direitos elencadas no Código Penal brasileiro. Isso, todavia, não dispensa a exigência de lei para conceber e reger o mecanismo em discussão, já que o *Parquet*, ao propor tal acordo, estará exercendo um poder decorrente de sua condição de titular da ação penal, o que deve ser feito na forma da lei (art. 129, I, da CF/1988).

Assim, fica clara a inconstitucionalidade formal do artigo 18 da Resolução nº 181/2017 do CNMP.

Não bastasse, o acordo de não persecução penal também padece de inconstitucionalidade material, pois contraria a supracitada regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988. Tal preceito, assim como o artigo 24 do CPP, dá sustentáculo ao princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, que não pode ser mitigado ou flexibilizado sem amparo na lei. Esse postulado não é um mito, pois, além de estar respaldado nos aludidos dispositivos (constitucional e legal), decorre também das regras contidas nos artigos 28, 29, 42 e 576, todos do CPP vigente. Só a lei, nesse contexto, pode prever hipóteses que representem a mitigação ou flexibilização do mencionado princípio.

Enfim, o exercício da atribuição de persecução penal pelo Ministério Público, no atual modelo pátrio de processo penal demo-

crático, deve efetivar-se *na forma da lei*, não podendo um órgão administrativo, mesmo autônomo e de controle, ignorar os preceitos

legais em pleno vigor para conceber e regulamentar um novo mecanismo de justiça penal pactuada.

## Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade – reflexões a propósito da suspensão provisória do processo e do processo sumaríssimo. *In: Jornadas de Direito Processual Penal - O Novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1995.

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, p. 239-262, dez. 2017. Disponível em: <<http://seer.ufrgs.br/index.php/revfacdir/article/view/77401>>. Acesso em: 20 fev. 2018.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 249-299.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. Constitucionalidade do acordo de não persecução penal. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 50-86.

BEDÊ JUNIOR, Américo. O acordo de não persecução penal: permissões e vedações. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 301-312.

BEGGIATO, Túlio Fávaro. *Prosecutorial discretion: o anacronismo do mito da obrigatoriedade da ação penal*. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, ano 15, n. 47, p. 351-379, jan./jun. 2016.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181/2017*. 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\\_2.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181_2.pdf)>. Acesso em: 02 fev. 2018.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 21-48.

CHINCHILLA, Carlos Morales; DELGADO, Daniel Sánchez. *Procedimiento expedito para los delitos en flagrancia*. Costa Rica: IJSA, 2015.

DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 6. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

MELO, André Luis Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. *In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 149-192.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2012.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia e o processo penal brasileiro*. 2. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

PODERES exagerados. OAB vai ao Supremo contra norma do MP que perdoa quem confessa crime. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, 17 out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-out-17/oab-questiona-norma-mp-perdoa-quem-confessa-crime>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Processo nº 224/06.7GAVZL.C1.S1, 3ª Seção, Relator Santos Cabral, julgado em 10/04/2013. Unanimidade. Recurso Penal Provido. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954foce6ad9dd8b980256b5f003fa814/533bc8aa516702b980257b4e003281fo?OpenDocument>>. Acesso em: 03 fev. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de Direito Comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, fasc. 2, abr./jun. 1998.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther; TIEDERMANN, Klaus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual penal*. Trad. Gercélia Batista de Oliveira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; SOUZA, Renee do Ó (Coords.). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 87-107.

TÁVORA, Nestor. *Princípio da adequação e resolução antecipada do mérito do processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2009.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial*. Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.