

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)

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

1. INTRODUÇÃO

A avaliação geral de quem trabalha no sistema de justiça criminal brasileiro é de que as coisas não vão nada bem. Sente-se que, cada vez mais, aumentam os números da cifra oculta. Assim, um grande percentual de delitos que são cometidos, jamais chegam às agências estatais de persecução penal. Consta-se, também, que a investigação criminal no Brasil é, em termos gerais, um grande fracasso. Em regra, a autoria e participação em delitos somente é identificada quando existe prisão em flagrante dos envolvidos. Ademais, verifica-se que os casos que efetivamente chegam às Varas Criminais têm, normalmente, tramitação morosa e sofrem com um infindável número de incidentes e dificuldades burocráticas. Obter uma sentença penal com trânsito em julgado, parece algo quase inalcançável para os delitos graves.

O problema está posto e as alternativas para a sua solução devem ser buscadas, de forma obstinada, por aqueles que, de algum modo, têm compromisso com a aprimoramento do nosso sistema penal, sob pena de o quadro acima delineado deteriorar-se, ainda mais, e, quem sabe, chegarmos a um patamar praticamente intolerável.

1. Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad Pablo de Olavide/Espanha. Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma Instituição. Foi pesquisador-visitante do *Max-Planck-Institut* para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alemanha. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná.

Uma das alternativas mais promissoras para tornar o sistema mais eficiente e adequado repousa na implementação de um modelo de acordo no âmbito criminal. Com isso, seria estabelecido um sistema com a eleição inteligente de prioridades, levando para julgamento plenário (é dizer, processo penal com instrução e julgamento perante o Juiz) somente aqueles casos mais graves. Para os demais casos, de pequena e média gravidade, restaria a possibilidade da celebração de acordos que evitariam o *full trial*, economizando-se tempo e recursos públicos e lançando mão de uma intervenção menos traumática para esses tipos de delitos.

É evidente que essa não é uma solução perfeita. Num mundo ideal, a melhor opção seria levar todos os casos a um juízo plenário. No entanto, temos que lidar com os problemas reais, de pessoas de carne e osso. Nosso país longe está desse mundo ideal, os recursos são escassos e as práticas ilícitas são elevadas. Existe uma carga desumana de processos que se acumulam nas Varas Criminais do país, que causam sérios prejuízos e atrasos no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais.

O diagnóstico da imprescindibilidade de soluções alternativas à persecução em juízo de todos os casos penais não é exclusivo do Brasil. Por exemplo, em países como a Alemanha, a conclusão acerca da necessidade da implantação do princípio da oportunidade é apresentada como inexorável, inclusive por penalistas que são abertamente contrários ao instituto do acordo, como é o caso de Bernd SCHÜNEMANN. Referido professor reconhece que:

“O ideário do século XIX, de submeter cada caso concreto a um juízo oral completo (audiência de instrução e julgamento), reconhecendo os princípios da publicidade, oralidade e imediação somente é realizável em uma sociedade sumamente integrada, burguesa, na qual o comportamento desviado cumpre quantitativamente somente um papel secundário. Nas sociedades pós-modernas desintegradas, fragmentadas, multiculturais, com sua propagação quantitativamente enorme de comportamentos desviados, não resta outra alternativa que a de chegar-se a uma condenação sem um juízo oral detalhado, nos casos em que o suposto fato se apresente como tão profundamente esclarecido já na etapa da investigação, que nem sequer ao imputado interessa uma repetição da produção da prova em audiência de instrução e julgamento.”²²

2. SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones Básicas de la Estructura y Reforma del Procedimiento Penal bajo una Perspectiva Global*, in Obras. Tomo II, Rubinzal-Culzoni: Buenos Aires, 2009, p. 423. Tradução minha.

A conclusão pela imprescindibilidade da implementação de um sistema penal de acordo é tão amplamente aceita, que há autores, como ROSA e LOPES JUNIOR, que chegam a afirmar que somente: *“Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.”*³

De tal maneira, é possível concluir que a realização de acordos penais no Brasil – apesar de não ser a única e suficiente alternativa para a resolução dos graves problemas de nosso sistema – afigura-se como uma medida imprescindível e urgente para deflagrar um sério processo de aprimoramento e reforma do modo com que é realizada a nossa persecução penal.

Essa conclusão inicial, provoca um necessário estudo para saber como é possível implementar, no Brasil, esse modelo de acordo, uma vez que não há lei específica nesse sentido, não havendo, ademais, no curto prazo, sinalização de que o legislador efetivamente vá implementá-lo.

Foi precisamente essa necessidade de buscar-se soluções céleres e efetivas, que inspirou a edição do art. 18 da Resolução n. 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público (posteriormente, reformado pela Resolução n. 183/18), que criou a possibilidade da celebração de acordo de não persecução penal.

Assim, com o objetivo de examinar se o caminho seguido pela Resolução é viável e constitucional, afigura-se bastante interessante estudar, inicialmente, a experiência estrangeira na temática dos acordos penais, nomeadamente a da França e da Alemanha e, em um segundo momento, avaliar se o Conselho Nacional do Ministério Público detinha legitimidade para estabelecer referida normativa⁴.

3. MORAIS DA ROSA, Alexandre; LOPES JUNIOR, Aury. Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP, in: <http://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>, consultado no dia 09.10.2017.

4. Sobre o acordo, cf.: CUNHA, Rogério; BARROS, Francisco; SOUZA, Renne, CABRAL, Rodrigo (orgs.). Acordo de Não Persecução, Resolução n. 181 do CNMP. Salvador: Juspodivm, 2018., pp. 325pp. Alegando a inconstitucionalidade do acordo, cf.: ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução n. 181 do CNMP – artigo 18º, in Investigação Criminal pelo Ministério Público: Comentários à Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público. FISCHER, Douglas; ANDRADE, Mauro Fonseca. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017, pp. 212 e seguintes. Da leitura dos argumentos a seguir expedidos, é possível constatar, desde a nossa perspectiva, que não subsistem as objeções feitas no aludido artigo.

2. DA CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO IMPLEMENTADO PELA RESOLUÇÃO N. 181/17, DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

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.

Infelizmente, como já vimos, nossa vida cotidiana nem sempre oferece soluções ideais e, esperar por elas, pode nos custar muito caro ou pode nos oferecer respostas demoradas demais.

A situação atual vem se deteriorando. A sensação de impunidade e a falta de credibilidade do sistema penal vêm acarretando uma série de movimentos em nosso tecido social, que são altamente nocivos e que, uma vez instalados, acarretam extrema dificuldade para a recuperação da normalidade.

Nesse sentido, basta observar os preocupantes movimentos de milícias, de grupos de extermínio e de justiceiros que vêm se espalhando, com uma força cada vez maior, em nossa sociedade. Na própria polícia, tem-se notado um grande sentimento de revolta contra a impunidade. No meio de certas facções policiais e no seio de muitas comunidades e agrupamentos menos esclarecidos, a revolta contra a impunidade tem se transformado em um aberto ataque aos direitos humanos. Como se não fosse possível punir, respeitando-se os direitos fundamentais. Esse movimento de rebelião contra o sistema normativo posto, ainda que muitas vezes camufle tentativas de legitimar a violência policial, não pode ser ignorado ou menosprezado, já que representa um sério sintoma de uma situação pré-falimentar do sistema penal⁵.

5. Sobre esse movimento de resistência e rebelião contra o sistema normativo e que é decorrente da ausência de reconhecimento, derivada da impunidade e falta de credibilidade do sistema de justiça criminal, pode ser compreendido com a seguinte explicação de HONNETH: *“(...) os motivos de resistência social e da rebelião se forma no quadro de experiências morais que procedem da infração de expectativas de reconhecimento profundamente arraigadas. Tais expectativas estão ligadas na psique às condições da formação da identidade pessoal, de modo que elas retêm os padrões sociais de reconhecimento sob os quais um sujeito pode se saber respeitado em seu entorno sociocultural como um ser ao mesmo tempo autônomo e individualizado; se essas expectativas normativas são desapontadas pela sociedade, isso desencadeia exatamente o tipo de experiência moral que se expressa no sentimento de desrespeito. Sentimentos de lesão dessa espécie só podem tornar-se a base motivacional de resistência coletiva quando o sujeito é capaz de articulá-los num quadro de interpretação intersubjetivo que os comprova como típicos de um grupo*

Tal contexto exige – não um Direito penal de emergência – mas o desenvolvimento de um movimento sério de solução institucional dos nossos problemas.

Por essas razões – apesar da constatação de que a solução legislativa seria a ideal – é que se afigura plenamente justificada e adequada a iniciativa do Conselho Nacional do Ministério Público de prever expressamente a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal.

Como se verá, essa solução, sem autorização legal, foi adotada, também, em outros países de tradição claramente democrática. É dizer, não é a primeira vez que a implementação do consenso na persecução penal derivou de iniciativas institucionais, mesmo sem respaldo legal, como se verá a seguir.

Antes, no entanto, é importante lembrar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, já em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução n. 45/110, conhecida como Regras de Tóquio, assentou a necessidade da implementação de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo.

Nesse sentido, o item 5.1. da referida Resolução, recomenda que: *“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 sistema brasileiro, em que o Ministério Público é o titular da ação penal, a única solução viável para o acolhimento da referida Resolução, é a adoção de critérios oportunidade pelo MP, com a possibilidade de abrir-se mão da ação penal, mediante cumprimento de obrigação de natureza não privativa de liberdade, exatamente nos termos propostos pelo CNMP.

Assim, ainda que a Resolução da ONU não consubstancie norma vinculante, é certo que essa recomendação tem força de *soft law*, no sentido de impor um constrangimento ao Brasil, para a implementação de tais medidas,

inteiro.” HONNETH, Axel. Luta por Reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais. Trad. Luiz Repa. São Paulo: Ed. 34, 2003, p. 258.

o que somente reforça a necessidade e possibilidade da criação de um amplo sistema de acordo, relativamente aos delitos de pequena e média gravidade.

2.1. Da experiência estrangeira da implementação do acordo, mesmo sem autorização legal.

Afora a recomendação da ONU, verifica-se, em outros países, a solução para os problemas de excesso de carga de trabalho, que dificultam a plena efetivação de uma Justiça Criminal, foram enfrentados por meio da adoção de um sistema de acordos penais.

Tal solução, porém, nem sempre veio acompanhada de uma prévia autorização legislativa, como se verá a seguir, ao se discorrer sobre a experiência francesa e alemã.

a) A experiência francesa:

Na França, as primeiras experiências de soluções alternativas para os casos penais surgem não da lei, mas sim da iniciativa pessoal de juizes e promotores de justiça, que se conscientizam da incapacidade da Justiça Penal de lidar com a grande carga de trabalho decorrente da persecução penal da delinquência de menor importância⁶.

De tal maneira, o surgimento do acordo penal na França:

“(...) é resultado de um processo ideológico protagonizado, por um lado, pela contestação em relação às instituições repressivas, consideradas estigmatizantes, ineficazes e lentas, que passam a ser dinamizadas pela busca de soluções de “diversificação”, e, por outro lado, do enaltecimento da figura da vítima, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito social em geral. (...) Nesse contexto, surgem as primeiras experiências de mediação penal, que não tinham fundamento normativo, com exceção do princípio da oportunidade, previsto no CPP. Não é de estranhar, pois, que essas primeiras manifestações de regulação de conflitos, de forma extrajudicial, tenham surgido de modo desordenado e sem grande uniformidade.”⁷

Assim, como se vê, a realização dos acordos na França iniciou-se sem prévia autorização legislativa, o que levou a uma profusão desordenada desses negócios jurídicos.

6. ETXEBERRIA GURIDI, José Francisco. *El modelo francés de mediación penal*, in: *La mediación penal para adultos. Una realidad en los ordenamientos jurídicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 181.

7. *Ibidem.*, pp. 181-182.

Em virtude dessa prática, inicialmente, heterogênea é que surgiu, pela primeira vez, um processo de institucionalização dos acordos penais na França, por meio da Nota de Orientação do Ministério da Justiça, de 03 de junho de 1992. Referida regulamentação, em um segundo momento, fundamentou a aprovação da Lei n. 92-2, de 04 de janeiro de 1993, que promove uma reforma no procedimento penal francês, incorporando a mediação penal em seu sistema legal⁸.

Essa intervenção do legislador serviu precipuamente para suprir as dificuldades derivadas de uma prática forense não regulada, buscando, fundamentalmente, assegurar, também, o respeito à igualdade no trato dos delinquentes⁹.

O acordo francês guarda muita semelhança com o modelo adotado pelo art. 18 da Resolução n. 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, uma vez que na França:

*“o Promotor pode oferecer ao defensor a opção diversionista para o seu caso, evitando o julgamento criminal padrão, em troca da admissão da culpa e do preenchimento de condições, como o pagamento de multa, a entrega dos objetos utilizados no delito (ou objetos obtidos em virtude dele), a perda da carteira de motorista ou da autorização de caça durante determinado período de tempo, a prestação de serviços à comunidade e/ou a reparação do dano causado à vítima.”*¹⁰

Ademais, à semelhança do previsto na Resolução n. 181/17, no sistema francês, *“caso o investigado não aceite a oferta, ou não preencha os requisitos para o acordo, o Promotor simplesmente iniciará o procedimento formal”*, ou seja, oferecerá denúncia¹¹.

A grande vantagem que o sistema brasileiro ostenta em relação às práticas iniciais francesas, é que a Resolução do CNMP já traz detalhadamente as hipóteses em que é possível celebrar o acordo, evitando-se, assim, a profusão desordenada de acordos, com violações ao princípio da igualdade.

8. *Ibidem.*, p. 183.

9. *Ibidem.*, p. 183.

10. LANGER, Máximo. *From legal transplants to legal translations: The globalization of plea bargain and the Americanization thesis in criminal procedures*, in *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 75.

11. *Idem.*

b) A experiência alemã:

Na Alemanha ocorreu situação semelhante à francesa. O acordo penal iniciou-se em virtude das práticas dos Promotores de Justiça e Juízes, apesar da ausência de lei prevendo tal possibilidade¹².

Sobre o fundamento da criação do acordo penal na Alemanha, TURNER consigna que:

*“O acordo penal foi introduzido na Alemanha pela prática dos atores processuais, como resposta ao aumento do número de casos complexos no sistema de justiça criminal. Juízes e promotores queriam economizar tempo e recursos, a medida que a carga de trabalho crescia. Defensores buscavam uma segurança maior e penas menores para os réus, em troca de sua cooperação. Considerando que a legislação não autorizava esses acordos, essa prática se desenvolveu de forma lenta e, inicialmente, se limitava aos casos de delitos sem violência.”*¹³

Ademais, como explica SCHÜNEMANN, “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.”¹⁴

A legalidade desses acordos foi questionada perante o *Bundesgerichtshof* (BGH), tribunal semelhante ao nosso Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu, no dia 28 de agosto de 1997, que “os acordos (*Absprachen*), que tenham por

12. TURNER, Jenia. *Plea bargain across the borders*. New York: Aspen Publisher, 2009, p. 74.

13. *Idem*, p. 74. Assim, também, consignam VASCONCELLOS e MOELLER: “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.” VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; MOELLER, Uriel. *Acordos no processo penal alemão: descrição do avanço da barganha da informalidade à regulamentação normativa*, in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 147, p. 15. Nesse sentido, sustenta TURNER que: “A adoção pela Alemanha do ‘plea bargain’ ilustra como as práticas dos atores da lei podem se espalhar para novos territórios, sem uma intenção deliberada de importar conceitos estrangeiros. O acordo penal na Alemanha se desenvolveu informalmente e não em virtude da introdução de uma norma legal.” TURNER, Jenia. *Plea bargain across the borders*. New York: Aspen Publisher, 2009, p. 73.

14. SCHÜNEMANN, Bernd. *Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo una perspectiva global*, in *Revista de Derecho Penal y Criminología*, vol. 25, núm. 76, 2004, pp. 179-180. Tradução minha.

*objeto a confissão do acusado em troca de uma diminuição da pena, são fundamentalmente possíveis. Eles não violam os princípios constitucionais e processuais.”*¹⁵

De tal maneira, conforme ensina ROXIN, para o referido Tribunal, “*é possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consenso entre o acusado e a Promotoria*”¹⁶.

Posteriormente, o legislador alemão acabou prevendo expressamente a possibilidade do acordo¹⁷. Sobre essa possibilidade, o *Bundesverfassungsgericht*, o Tribunal Constitucional alemão, no dia 19 de março de 2013, consignou que: “*O legislador pretendeu fortalecer um procedimento comunicativo e aberto de negociação perante a Corte, mas não chegou a introduzir um novo modelo de processo consensual.*”¹⁸

E continua a Corte Constitucional alemã, no referido voto: “*com o objetivo de realizar essa tarefa, o legislador, não apenas pretendeu normatizar o conteúdo permitido para o acordo e seu procedimento, como também enfatizar, através de um conceito legal, que a sua celebração somente pode ocorrer por meio de um acordo transparente, público e com plena documentação, de modo a permitir um pleno e efetivo controle judicial, entendido por ele como necessário.*”¹⁹

Como se pode verificar, a Suprema Corte alemã reconheceu a possibilidade da realização de acordos penais (mesmo sem previsão em lei – já que, como dito, o legislador não chegou a criar um processo consensual). O único reparo imposto pela Corte foi a necessidade da realização de um acordo público, transparente e formalizado, já que, anteriormente, os acordos realizados eram informais e baseados apenas na confiança.

Aqui, a exemplo do que ocorreu no modelo francês, o sistema apresentado pela Resolução n. 181/2017, do CNMP, apresenta uma grande vantagem com relação ao sistema alemão.

Isso porque – além de não ter surgido da simples prática, mas sim de um ato normativo autônomo do Conselho Nacional – a resolução impõe uma negociação transparente, com necessidade de filmagem em áudio e vídeo de

15. BGH 4 StR 240/97 - Urteil vom 28. August 1997 (LG Dortmund). Corpo do voto. Tradução minha.

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

17. É interessante consignar que a reforma legal operada na Alemanha, não chegou a inovar nas práticas legais, mas tão somente apresentar uma regulamentação mais detalhada.

18. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 - Rn. (1-132). Corpo do voto. Tradução minha.

19. BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 19. März 2013 - 2 BvR 2628/10 - Rn. (1-132). Corpo do voto. Tradução minha.

todo procedimento negocial, devendo o acordo ser devidamente celebrado por escrito e assinado pelo Membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

2.2. Da constitucionalidade formal da regulamentação do acordo de não persecução pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Uma vez enfatizada a experiência estrangeira, em que a celebração de acordos decorreu de uma prática dos atores jurídicos, mesmo sem prévia autorização legal, é importante assentar as seguintes premissas que fundamentam, a nosso sentir, a constitucionalidade da regulamentação do acordo de não persecução penal, por meio de resolução do Conselho Nacional do Ministério Público:

- 1a) As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público ostentam caráter normativo primário, com atos de comando abstrato, que vinculam seus membros.
- 2a) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza processual.
- 3a) O acordo de não persecução penal não é matéria de natureza penal.
- 4a) O acordo de não persecução penal veicula matéria de política criminal a ser realizada pelo titular da ação penal, o Ministério Público.

A seguir trataremos com maior detalhe as razões que fundamentam cada uma das premissas a acima assentadas, não sem antes, apresentar a conclusão lógica que delas decorre, que é a seguinte:

A regulamentação do acordo de não persecução penal, por meio de resolução do CNMP, é claramente constitucional, seja desde uma perspectiva formal, seja material.

2.2.1 Da força normativa das resoluções do CNMP.

O art. 130-A, § 2o, inciso I, da Constituição da República estabelece que compete ao Conselho Nacional do Ministério Público “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*”.

Sobre esse poder regulamentar, o Supremo Tribunal Federal já assentou que as resoluções do CNJ (e portanto, também, as do CNMP) ostentam “*caráter normativo primário*”²⁰.

20. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – ADC 12 MC, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 16/02/2006, DJ 01-09-2006 PP-00015 EMENT VOL-02245-01 PP-00001 RTJ VOL-00199-02 PP-00427.