

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
IGOR MACHADO BERNARDINELLI**

A RESOLUÇÃO 181 DO CNMP E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Juiz de Fora

2019

IGOR MACHADO BERNARDINELLI

A RESOLUÇÃO 181 DO CNMP E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal sob orientação do Prof. Dr. João Beccon de Almeida Neto

Juiz de Fora

2019

FOLHA DE APROVAÇÃO

IGOR MACHADO BERNARDINELLI

RESOLUÇÃO 181 DO CNMP E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Artigo apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. João Becon de Almeida Neto

Universidade Federal de Juiz de Fora

Profª. Dra. Ellen Cristina Carmo Rodrigues

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Ms. Felipe Fayer Mansoldo

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 06 de Novembro 2019

RESUMO

O acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro recentemente através da Resolução 181, de 7 de Agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), e busca o não oferecimento de denúncia para crimes cuja pena mínima seja de até 4 anos, quando cometidos sem violência ou grave ameaça. O trabalho tem como objetivo analisar a forma de aplicação do acordo de não persecução penal, os limites subjetivos do Ministério Público, e a constitucionalidade da resolução, discutindo temas como indisponibilidade da ação penal e reserva legal. Para isso, analisará dois acordos realizados perante a Justiça Federal de Juiz de Fora, fazendo uso de bibliografias que abordam Direito Penal, Direito Processual Penal e Direito Constitucional. Por fim, prevalecerá o entendimento pela inconstitucionalidade do dispositivo, mas pela possibilidade de inserção no ordenamento jurídico através do Projeto de Lei Anticrime, que atualmente está em tramitação.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Direito Processual Penal.. Constitucionalidade.

ABSTRACT

The non-prosecution agreement was introduced in Brazilian Law recently by the resolution n°181 of August 7, 2017, of the Prosecution Office's National Council (Conselho Nacional do Ministério Público). The non-prosecution agreement aims at the avoidance of filing charges against crimes which minimum sentences are no bigger than 4 years, when committed without violence or serious threatening. This article intends to analyze the mode of application of the agreement, the subjective limits of the Prosecution Office and the resolution, discussing themes such as mandatory prosecution and legal reserve. For that purpose, it studies two non-prosecution agreements made before Federal Justice of Juiz de Fora, using references which address Criminal Law, Criminal Procedural Law and Constitutional Law. Finally, it concludes that the resolution is unconstitutional, but also that the non-prosecution agreement can be inserted in Brazilian Law through the anticrime bill of law ("Projeto de Lei Anticrime"), which is currently being discussed in the National Congress.

Keywords: Non-prosecution agreement. Criminal Procedural Law. Constitutionality.

SUMÁRIO

1) INTRODUÇÃO	7
2) A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	7
3) A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO EM DOIS CASOS CONCRETOS	8
4) OUTRAS MEDIDAS DESENCARCERADORAS, O DIREITO SUBJETIVO AO ACORDO E OS LIMITES DO MINISTÉRIO PÚBLICO	11
5) A SELETIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	14
6) OS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	15
7) A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 181.....	17
8) AS ADIS 5790 E 5793 E A RESOLUÇÃO 183 DO CNMP	19
9) O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PROJETO ANTICRIME	19
10) CONCLUSÃO	20
11) REFERÊNCIAS	21

1) INTRODUÇÃO

O presente artigo se dedicará a analisar o acordo de não persecução penal trazido pela Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Inspirada no modelo americano de justiça negocial *plea bargain*, a resolução inovou ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade de acordo entre Ministério Público e investigado para o não oferecimento de ação penal, mediante estabelecimento de acordo de não persecução penal.

A *plea bargain* é um modelo que declaração negociada, presente no Código Penal dos Estados Unidos, que consiste em obtenção de acordo com o órgão acusador, que passa a negociar a pena imposta ao acusado a partir de sua confissão. Inspirada em tal modelo, a resolução estabelece a confissão como condição principal para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

A medida surge no contexto de acúmulos de processos nas varas criminais, buscando assim, soluções alternativas ao Processo Penal, visando celeridade e priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário, bem como a redução dos efeitos sociais prejudiciais da pena e o desafogamento dos estabelecimentos prisionais.

Para este artigo, serão analisados dois acordos celebrados mediante homologação em juízo da Justiça Federal de Juiz de Fora. Um se refere à prática do crime de importação de mercadoria importada (art. 334-A, §1º, IV, CP), e outro ao crime de moeda falsa (art. 289, §1º, CP). Ambos foram celebrados em conformidade com a resolução, respeitados os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela resolução.

Durante o trabalho, serão analisados a constitucionalidade da resolução, o princípio da obrigatoriedade e os limites do *Parquet*, as formas de negociação penal, e os requisitos objetivos e subjetivos para homologação do acordo e a inserção do dispositivo no Projeto Anticrime.

2) A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal, previsto na Resolução 181 do CNMP¹ estabelece a possibilidade de resolução de demanda judicial de natureza penal entre Ministério Público e

¹ RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em 23/10/2019.

investigado, sem a necessidade de intervenção do Poder Judiciário. Sob o argumento da justiça consensual e a autocomposição judicial, é esperado que as partes cheguem por si só a um acordo que as beneficie, de forma que elas mesmas negociem o próprio conflito.

Nesse sentido, o art. 18 da Resolução 181 do CNMP possibilita a realização do acordo de não persecução penal para crimes com a pena mínima abstrata inferior a 4 anos, desde que cometidos sem violência ou grave ameaça, e que haja confissão. Assim, como condição de cumprimento, ele deverá reparar o dano, renunciar aos produtos oriundos do proveito do crime, prestar serviço à comunidade e pagar prestação pecuniária, entre outras condições estabelecidas nos parágrafos do art. 18. Em caso de descumprimento do acordo de não persecução, o Ministério Público promoverá o oferecimento da denúncia. Já em caso de cumprimento integral, O Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos moldes do art. 28 do Código de Processo Penal.

3) A CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO EM DOIS CASOS CONCRETOS

A primeira aplicação² do acordo de não persecução a ser abordada neste trabalho decorre da prática do crime de descaminho (art. 344-A do Código Penal)³. Inicialmente é feita prisão em flagrante em 12 de dezembro de 2016 do acusado, que estaria mantendo em depósito e comercializando 280 cigarros falsificados. Após o devido deslocamento de competência, tendo em vista que a investigação ocorria no âmbito da Justiça Estadual, os autos são transferidos para a Justiça Federal. Após as devidas manifestações do Ministério Público Federal, a Polícia Federal realiza as diligências para apuração do crime em questão.

Nesse sentido, em 11 de julho de 2018 é realizado laudo pericial com base nos quesitos formulados pelo Ministério Público Federal com base no material apreendido (20 pacotes de cigarros da marca Madison *Special* e 08 pacotes de cigarros da marca Outback). O laudo tem como objetivo identificar marca, origem e valor dos produtos, utilizando-se de

² IPL Nº 0198/2017-4 - DPF/JFA/MG

³ Art. 334-A. Importar ou exportar mercadoria proibida:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena quem:

IV - vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria proibida pela lei brasileira.

comparações a partir de métodos pré-determinados. O laudo conclui que os cigarros da marca Madison Special foram fabricados no Brasil e não preenchem os requisitos para a comercialização em território nacional, enquanto os da marca Outback estão regulares.

Em 23 de agosto de 2018, o Ministério Público Federal se manifesta a respeito da prática do crime do art. 334-A, §1º, IV, do Código Penal, referente exposição à venda de mercadoria importada proibida, 200 cigarros da marca Madison, de origem paraguaia. Inicialmente, destaca a impossibilidade da transação penal ou da suspensão condicional do processo nos termos da Lei nº9.099/95, tendo em vista a pena em abstrato cominada⁴, e logo em seguida, destaca a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal e expõe suas condições.

Tal acordo tem como proposta a prestação de serviços à comunidade, pelo período de 8 meses, à razão de uma hora por semana (valor obtido a partir da redução da pena mínima cominada ao contrabando, art. 334-A do Código Penal), e a doação de uma cesta básica, no valor de um salário-mínimo, a uma entidade de assistência social. Como ainda falta a comprovação dos requisitos de caráter subjetivo, bem como a confissão, bem como a necessidade de acompanhamento de advogado para realização do acordo, é designada audiência para realização do mesmo.

Por fim, em 18 de dezembro de 2018, sob a presidência do Juiz Federal, e na presença do Ministério Público Federal, do investigado e de seu advogado, é realizada audiência e celebrado o acordo de não persecução penal, em que o investigado confessa através de depoimento gravado o comércio de cigarros falsificados de origem paraguaia, e se compromete a prestar serviços comunitários durante oito meses para entidades assistenciais, na proporção de uma hora por semana. Além disso, ele deverá depositar R\$500,00 em juízo em até 30 dias. Ele também renuncia aos bens apreendidos e se compromete a comunicar mudança de endereço durante o cumprimento do acordo. Por fim, o Ministério Público se compromete a oferecer denúncia na hipótese de descumprimento, bem como o arquivamento da investigação ao término do cumprimento. Após isso, o juiz homologa o acordo, determinando a suspensão dos autos e condicionando a destruição dos bens a pedido de arquivamento.

⁴ Lei 9.099/95:

Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

No mesmo mês, no dia 28, tem-se o primeiro registro de cumprimento da prestação de serviços à comunidade, em ofício emitido pela Central de Acompanhamento de Alternativas Penais (CEAPA) de Juiz de Fora. Após as demais guias de comprovação das prestações subsequentes e o comprovante do depósito financeiro, em 23 de julho de 2019 o Ministério Público Federal se manifesta, requerendo o arquivamento do inquérito policial. Assim, em 02 de setembro de 2019, decisão judicial determina com base no cumprimento do acordo a destruição do material apreendido e o arquivamento do inquérito policial

Já o outro caso⁵ de aplicação do acordo de não persecução trata da prática do crime de moeda falsa⁶. Após prisão em flagrante realizada no dia 22 de novembro de 2018, referente à apreensão de 24 cédulas de R\$10,00 falsas como o mesmo número de série, é realizada audiência de custódia no dia seguinte. Na oportunidade, sob presidência de Juiz Federal, na presença do Ministério Público Federal, do acusado e de sua advogada, é realizado o acordo de não persecução⁷.

Tal acordo é realizado mediante as seguintes condições: confissão da aquisição das cédulas de dez reais, conforme depoimento gravado em mídia; a prestação de serviços comunitários durante dois anos na razão de sete horas por semana; o recolhimento de R\$954,00 em juízo; a renúncia a direitos sobre as células apreendidas; a comunicação em caso de mudança de endereço; a comprovação mensal em juízo das condições estabelecidas; a possibilidade do acordo ficar sem efeito caso o investigado seja preso ou denunciado por novo fato no período de dois anos; e o oferecimento da denúncia em caso de descumprimento.

Aceito o acordo, é expedido alvará de soltura, com a determinação da suspensão dos autos durante o cumprimento das condições ajustadas, bem como a solicitação de perícia sobre as notas falsas, que confirma, futuramente, a falsidade das mesmas.

O acusado inicia o cumprimento da prestação de serviços à comunidade em 27 de novembro de 2018, conforme ofício emitido pela Central de Acompanhamento de Alternativas Penais (CEAPA) de Juiz de Fora, comprova o pagamento de parte do recolhimento em juízo, e anexa os demais comprovantes mensais da CEAPA, tendo cumprindo de forma regular o acordo até o fechamento deste artigo.

⁵ IPL N° 0568/2018-4 – DPF/JFA/MG

⁶ Art. 289 - Falsificar, fabricando-a ou alterando-a, moeda metálica ou papel-moeda de curso legal no país ou no estrangeiro:

Pena - reclusão, de três a doze anos, e multa.

§ 1º - Nas mesmas penas incorre quem, por conta própria ou alheia, importa ou exporta, adquire, vende, troca, cede, empresta, guarda ou introduz na circulação moeda falsa.

⁷ Resolução 181/CNMP. Art. 18:

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

4) OUTRAS MEDIDAS DESENCARCERADORAS, O DIREITO SUBJETIVO AO ACORDO E OS LIMITES DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Resolução 181 do CNMP em muito se assemelha com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo da Lei 9.099/95. Todos estes institutos surgiram com a necessidade de buscar a reparação à vítima e promover medidas desencarceradoras para as infrações de menor potencial ofensivo, entendidas como as contravenções penais e os crimes com pena máxima inferior a 2 anos, e que visam a não aplicação de pena privativa de liberdade. Tem-se aí a primeira diferença em relação à Resolução 181 do CNMP, já que esta permite a realização de acordo para crimes com pena mínima cominada de até 4 anos, quando cometido sem violência ou grave ameaça.

A transação penal é a negociação que ocorre entre Ministério Público e autor dos fatos no âmbito dos Juizados Especiais Criminais após frustrada a tentativa de conciliação ou a transação civil⁸ e implicará em aplicação imediata de pena restritiva de direito ou multa. Pela leitura do dispositivo, percebe-se que caberá ao membro do Ministério Público propor ou não a transação penal, e seu descumprimento ocasionará a execução civil ou o oferecimento de denúncia.

Já a Suspensão Condicional do Processo (Suspro)⁹ é a paralisação do curso do processo, com possibilidade extintiva da punibilidade, mediante o cumprimento de

⁸ Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.

§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.

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

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

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

⁹ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

determinadas condições. Assim, durante determinado período de prova, o acusado ficará cumprindo determinadas condições, e em caso de descumprimento, haverá o prosseguimento do processo.

Tanto na transação penal, quanto na Suspro não haverá a necessidade de confissão detalhada de culpa, que é condição intrínseca para celebração de acordos desta natureza.

Em face disso, é perceptível o poder discricionário do Ministério Público nos três institutos, e o questionamento se o direito ao acordo de não persecução penal é direito subjetivo do acusado. Nesse sentido, aplicando analogicamente o instituto da transação penal com o acordo de não persecução penal, tendo em vista que a Resolução 181 do CNMP faz referência à Lei 9.099/95 para não admissão de proposta de acordo¹⁰, será utilizado aqui os mesmos argumentos para a compreensão do acordo de não persecução penal como direito subjetivo do acusado.

Assim, como também se trata de modelo de transação não condenatória, deve ser entendida como um direito subjetivo daquele que preenche os requisitos legais exigidos. Assim pontua Eugênio Pacelli (2019):

A transação penal, enquanto modelo processual de natureza não condenatória, deveria ser entendida como um verdadeiro direito subjetivo daquele a quem se atribui a autoria da infração de menor potencial ofensivo, desde que devidamente preenchidos os requisitos legais exigidos. O problema é que, na prática, surgem significativos entraves de ordem processual penal que impedem o exercício desse direito. Talvez por isso os tribunais não consigam ainda reconhecer a sua existência (dele, direito).

§ 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de freqüentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O Juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

§ 3º A suspensão será revogada se, no curso do prazo, o beneficiário vier a ser processado por outro crime ou não efetuar, sem motivo justificado, a reparação do dano.

§ 4º A suspensão poderá ser revogada se o acusado vier a ser processado, no curso do prazo, por contravenção, ou descumprir qualquer outra condição imposta.

§ 5º Expirado o prazo sem revogação, o Juiz declarará extinta a punibilidade.

§ 6º Não correrá a prescrição durante o prazo de suspensão do processo.

§ 7º Se o acusado não aceitar a proposta prevista neste artigo, o processo prosseguirá em seus ulteriores termos.

¹⁰ § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

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

Um desses entraves é refletido no STF, e diz respeito à impossibilidade do Poder Judiciário conceder os benefícios da Lei 9.099/95 à revelia do Ministério Público. Diz a Súmula 696 do STF:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

No mesmo sentido, o STJ divulgou recentemente em uma edição da Jurisprudência em Teses¹¹ o seguinte entendimento: “A suspensão condicional do processo não é direito público subjetivo do réu, mas um poder-dever do Ministério Público, e o magistrado, caso discorde do não oferecimento da benesse, deve aplicar, por analogia, a norma do art. 28 do CPP e remeter os autos à Procuradoria-Geral de Justiça”.

Os entendimentos do STF e do STJ reforçam a ideia de que o direito à transação penal não seria um direito subjetivo do acusado. No entanto, proporcionam um controle interno do Ministério Público à propositura através do art. 28 do CPP¹², fazendo com a questão seja remetida ao Procurador-Geral de Justiça para reexame. Apesar da Resolução 181 do CNMP não dispor de controle interno através do art. 28 do CPP, pode-se entender que seria razoável a aplicação do dispositivo da lei processual para controle interno.

Por outro lado, é válido o entendimento análogo da interpretação da expressão “poderá” no sentido de que presentes os pressupostos, ele será oferecido. Dessa forma, o promotor, ao analisar o caso deve observar a presença dos requisitos objetivos e subjetivos, e se estiverem todos presentes, será direito do acusado o oferecimento da proposta de acordo. Nesse sentido:

“a lei confere ao juiz a tarefa de, apreciando as circunstâncias do caso concreto em face das condições exigidas, aplicar ou não o sursis especial. Assim, ele “pode”, diante do juízo de apreciação, aplicá-lo se presentes os requisitos; ou deixar de fazê-lo, se ausentes.” (DAMÁSIO, 2014).

Nos dois inquéritos apresentados neste trabalho foi observado que os acusados preencheram os requisitos objetivos e subjetivos exigidos pela Resolução, de forma que o oferecimento do acordo pelo Ministério Público Federal efetivou tal garantia.

¹¹ STJ. Jurisprudência em Teses. Edição N. 3. Disponível em:

<https://scon.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%2096%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf>. Acesso em 23/10/2019.

¹² Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação 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.

No entanto, é de se observar que no caso do crime de contrabando, houve grande alcance do poder de negociação, visto que não é sequer permitido o princípio da insignificância em crimes desse tipo, conforme entendimento do STF¹³ e do STJ. O próprio Tribunal Regional Federal da Primeira Região confirmou tal entendimento em julgamento recente¹⁴ que também tratou de contrabando de cigarros:

PENAL. CONTRABANDO, CIGARROS (CP: ART. 334-A, § 1º, V). MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DEVIDAMENTE COMPROVADOS. ERRO DE PROIBIÇÃO. NÃO CARACTERIZADO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. ATENUANTE CONFISSÃO ESPONTÂNEA INAPLICÁVEL. SÚMULA 231 DO STJ. RE 597.27/RS.

1. Não merecem ser acolhidas as alegações do recorrente de ausência do dolo, erro de proibição e desconhecimento da origem estrangeira dos cigarros, à medida que, embora seja uma pessoa de “pouco estudo”, o conjunto probatório aponta que o réu tinha potencial conhecimento da ilicitude do fato
2. Inoportuna a aplicação do princípio da insignificância em se tratando de crime de contrabando (precedentes desta Corte).
3. Inaplicável a aplicação da atenuante confissão espontânea no cálculo da pena, conforme preceitua a Súmula 231 do Col. STJ, *in verbis*: “*a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.
4. O Col. Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o tema, quando do julgamento do RE 597.270/RS, sob o rito de repercussão geral, decidiu que: “*circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal*”.
4. Apelação desprovida.

Por outro lado, há de se concluir que o acordo beneficiou o acusado do caso abordado aqui, visto que ele possivelmente seria condenado, conforme o entendimento do Tribunal acima, apesar de previsão normativa estabelecer como teto mínimo o valor de R\$20.000 para ajuizamento de execuções fiscais de débitos contra a União¹⁵.

5) A POSSIBILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO PENAL

¹³ HC 131.205/MG, Dje 22/09/2016

¹⁴ APCRIM 0004197-45.2015.4.01.3803, Publicado no e-DJF1 em 30/08/2019

¹⁵ Portaria nº 75, de 22 de março de 2012 do Ministério da Fazenda. Disponível em:

<<http://fazenda.gov.br/acesso-a-informacao/institucional/legislacao/portarias-ministeriais/2012/portaria75>>. Acesso em 23/10/2019

Conforme explicado anteriormente, o acordo poderá ser realizado em crimes com pena mínima cominada inferior a 4 anos, desde que cometidos sem ameaça ou grave violência. Isso representa uma ampla variedade de crimes que poderiam ser passíveis de acordo de não persecução penal.

Para se ter uma ideia, das 275 modalidades penais presentes na parte especial do Código Penal, considerando modalidade culposa e privilegiada, apenas 14 possuem pena mínima maior do que 4 anos.

Esse número reforça a ideia que boa parte dos crimes poderá ser alvo de acordo de não persecução penal, ao passo que também lança a ideia de que deveria ser a regra a possibilidade do acordo. Ora, se é possível em tantos crimes, é válido que a figura do Ministério Público seja afastada e o caráter do acordo se torne cada vez mais objetivo, e não mera disposição do *Parquet*. Tal argumentação reforça a ideia de que seria sim um direito subjetivo do acusado a possibilidade do acordo.

6) OS PRINCÍPIOS DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Os princípios do Direito Processual Penal são as normas que garantem a justa aplicação do *jus puniendi* pelo Estado, buscando garantir ao acusado suas garantias durante o processo penal. Nesse sentido, os princípios que dizem respeito à ação penal pública podem ser relativizados com a Resolução 181 do CNMP, conforme exposto a seguir.

O Princípio da Obrigatoriedade, presente no art. 24 do CPP¹⁶ norteia os demais princípios relativos à ação penal pública incondicionada é didaticamente explicado por Eugênio Pacelli da seguinte forma:

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. (PACELLI, 2019)

¹⁶ Art. 24. Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Como consequência dele, tem-se o Princípio da Indisponibilidade, que é a impossibilidade do Ministério Público dispor da ação penal a qual é obrigado a propor. O CPP apresenta o Princípio da Indisponibilidade de forma bem clara, inclusive na forma recursal¹⁷.

Já o Princípio da Oficialidade se refere à atribuição exclusiva do Ministério Público para exercer suas atribuições. Ele é apresentado na Constituição Federal da seguinte forma:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:
I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

Apesar de esses princípios encontrarem previsão no ordenamento jurídico, não se pode dizer que o Princípio da Obrigatoriedade encontra-se previsto expressamente na Constituição Federal. É importante a compreensão dessa ideia, pois ele será o mais afetado com aplicação do acordo de não persecução penal, visto que após o período de cumprimento do acordo, o Ministério Público não promoverá a denúncia do acusado.

Porém, não é a primeira vez que o Princípio da Obrigatoriedade é mitigado no ordenamento jurídico brasileiro. Já existe a possibilidade do não oferecimento de denúncia quando houver a possibilidade de transação penal nos casos da Lei 9.099/95, conforme explicado anteriormente, que introduziu a solução consensualizada.

Para que o afastamento do Princípio da Indisponibilidade seja feito, é necessário esclarecer novamente que a Resolução 181 do CNMP tem como fim o desafogamento dos estabelecimentos prisionais. Nesse sentido, a Resolução 183 do CNMP, que retificou alguns dispositivos da Resolução 181 do CNMP, traz como argumento as Regras de Tóquio, que são Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade.

As Regras de Tóquio¹⁸ surgem no contexto de preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento de ações capazes de garantir a proteção dos direitos humanos. Assim, as Regras de Tóquio buscam sempre que possível o estímulo de medidas não privativas de liberdade, objetivando a construção de um modelo humanizado de distribuição da justiça. Tal norma ganha relevância para o estudo deste trabalho a partir do momento que se busca por medidas alternativas para combater a superlotação prisional.

Assim, alçando a hipótese de busca por medidas alternativas para combater a superlotação prisional à categoria de princípio, utilizando-se a definição de Alexy de

¹⁷ Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

Art. 576. O Ministério Público não poderá desistir de recurso que haja interposto.

¹⁸ ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1.

princípios¹⁹, que seria materializado pela realização do acordo de não persecução penal, teríamos a colisão com o Princípio da Obrigatoriedade.

Assim, para resolver tal conflito, será necessário realizar a ponderação de princípios da seguinte forma:

Já quando os princípios se contrapõem em um caso concreto, há que se apurar o peso (nisso consistindo a ponderação) que apresentam nesse mesmo caso, tendo presente que, se apreciados em abstrato, nenhum desses princípios em choque ostenta primazia definitiva sobre o outro. Nada impede, assim, que, em caso diverso, com outras características, o princípios antes preterido venha a prevalecer” (MENDES, 2017)

Dessa forma, ao passo que o Princípio da Indisponibilidade é afastado durante o oferecimento do acordo, ele passa a ganhar força durante o cumprimento do mesmo, visto que, conforme visto nos casos concretos, o Ministério Público acompanhou o cumprimento da prestação de serviço à comunidade, tendo ainda, a possibilidade de oferecimento da denúncia em caso de descumprimento.

7) A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 181

Superada a suposta inconstitucionalidade em relação à indisponibilidade da ação penal pública, é necessário falar sobre a forma como se deu a inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro.

A Resolução 181 causou polêmica, tendo muitas vezes a sua aplicabilidade rejeitada pelos Ministérios Públicos Estaduais e por juízes pelo fato de ser uma resolução advinda de um órgão do Ministério Público no Brasil. Tem-se a dúvida então se uma resolução poderia dispor de matéria de processo penal, e se haveria outros elementos passíveis de terem sua constitucionalidade questionados.

O art. 22 da Constituição Federal estabelece que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:
I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho

¹⁹ “(...) norma que ordena que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas”. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/31472>>. Acesso em 23/10/2019.

Assim, pode-se falar que houve vício formal, visto que a matéria a ser tratado deveria ser feita a partir de uma lei, respeitado o processo legislativo do Poder Legislativo.

“Os vícios formais traduzem defeito de formação do ato normativo, pela inobservância do princípio de ordem técnica ou procedimental ou pela violação de regras de competência. Nesses casos, viciado é o ato nos seus pressupostos, no seu procedimento de formação, na sua forma final.” (MENDES, 2017)

Dessa forma, é viável o controle de constitucionalidade, pois houve não apenas violação do poder da União de legislar, como também a inserção de uma resolução no mundo penal que passa a ter valor como se fosse uma lei.

Poderia ser argumentado que a atribuição CNPM estaria em consonância com a Constituição, visto que a mesma atribui a ele diversas atribuições²⁰. No entanto, é de se perceber que tais atribuições devem se limitar ao caráter administrativo ou funcional, de forma que uma resolução administrativa não pode dispor de direito processual e penal, matérias que são vedadas inclusive por medidas provisórias²¹.

Além disso, poderia também ser argumentado que na verdade não se trata de matéria de direito penal ou direito processo penal, mas sim de política criminal, de forma que a exigência por lei não seria necessária. Ora, o argumento parece inviável, pois se o acordo permite a possibilidade do não oferecimento da denúncia, ainda que sua intenção seja promover melhorias na política criminal, é bem claro que ele se refere a direito processual penal.

Para corrigir esses defeitos, é necessário a realização de controle de constitucionalidade

Defeitos formais, tais como inobservância das disposições constitucionais atinentes ao processo legislativo, por exemplo, as relativas à iniciativa da lei ou competência legislativa – levam, normalmente, à declaração de inconstitucionalidade da lei em partes válidas e inválidas. Trata-se, portanto, de uma declaração de nulidade total como expressão de unidade técnico-legislativa (MENDES, 2017).

Assim, é necessário que seja realizada o controle de constitucionalidade mediante propositura daqueles legitimados para propor tal questionamento.

²⁰ § 2º Compete ao Conselho Nacional do Ministério Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, cabendo-lhe:

I zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências;

²¹ ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádél da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64178>. Acesso em: 23/10/2019.

8) AS ADIS 5790 E 5793 E A RESOLUÇÃO 183 DO CNMP

Assim que a Resolução 181 do CNMP entrou em vigor, foram propostas duas Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) perante o STF, ambas com julgamento pendente.

A ADI 5790²², proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMBO) alegou que a norma invade a competência legislativa, inova em matéria penal e processual penal e viola direitos e garantias individuais. Além de argumentar a violação de atividades consideradas próprias à magistratura, a ADI também argumentou que houve ofensa ao princípio da reserva legal, bem como vício de inconstitucionalidade material, uma vez que usurpou a competência do Poder Judiciário para julgar e impor sanções aos jurisdicionados.

No mesmo sentido, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) propôs a ADI 5793²³, argumentando que a resolução extrapolou seu poder regulamentar, violou matéria legislativa privativa da União, bem como a indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório, devido processo legal, dentre outros.

Assim, para atender os questionamentos interpostos pelas associações, o CNMP editou a Resolução 183, alterando alguns artigos da Resolução 181. No que refere ao acordo de não persecução penal (art. 18), as alterações foram as seguintes: os requisitos podiam ser cumpridos de forma alternada; a renúncia aos bens do crime era feita na forma de uma condenação criminal e não havia restrição para crimes hediondos. Além disso, outras mudanças na Resolução como um todo foram realizadas, relacionada a outros dispositivos.

No entanto, permanece a inconstitucionalidade quanto ao fato de uma Resolução dispor de uma matéria que deveria estar no ordenamento jurídico através de lei por iniciativa da União.

9) O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PROJETO ANTICRIME

O Projeto Anticrime²⁴ é um conjunto de leis que visa o aumento do combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, promovendo alterações em dispositivos como o

²² Magistrados questionam norma sobre investigação criminal pelo MP. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=358960>>. Acesso em: 23/10/2019.

²³ Norma sobre investigação criminal pelo Ministério Público é questionada pela OAB. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=359581>>. Acesso em 23/10/2019.

²⁴ PL 882/2019. Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=CB9FFE1A498FD1640FB55ED0FCCF00E6.proposicoesWebExterno2?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em 23/10/2019

Código Penal, o Código de Processo Penal, dentre outros. Uma das alterações é a inserção do art. 28-A no Código do Processo Penal, que passa a contar com o acordo de não persecução penal. Atualmente, encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados.

Para Alexandre Morais da Rosa²⁵, a inserção do acordo no Projeto Anticrime se deu “da lógica do acordo de não persecução penal previsto na Resolução 181 e alterações, do Conselho Nacional do Ministério Público”, sendo necessário frisar que “o projeto do novo Código de Processo Penal, em debate legislativo já iniciado, trata a questão de modo mais profundo”.

Ambos os acordos possuem bastante semelhança, pois o acordo do Projeto Anticrime também exige confissão. A primeira diferença está no quantum da pena. Enquanto o acordo da Resolução 181 abrange crimes cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 anos, o acordo do Projeto Anticrime se destina a crimes cuja pena máxima cominada seja não superior a 4 anos. Além disso, deixa explícita a possibilidade de aplicação das causas de aumento e diminuição para obtenção do limite da pena. Também estabelece coloca mais rigor no critério subjetivo, ao levar em conta a reincidência, antecedentes e conduta social como condicionantes para o oferecimento, além de trazer a hipótese de recusa do acordo.

Além, amplia o papel do Poder Judiciário ao estimular que o descumprimento do acordo deverá ser comunicado ao juiz para sua rescisão e oferecimento de denúncia. E por fim, adiciona dispositivo que declara a extinção de punibilidade para aquele que cumpre o acordo e destaca que durante o acordo não ocorrerá a prescrição.

Dispensadas as críticas ao Projeto Anticrime, é necessário destacar que essa é uma forma de inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico que respeita o devido processo legal. Não se sabe ao certo o que ocorreria com os acordos celebrados com a vigência da resolução quando a alteração no CPP fosse realizada. Mas já é possível que tal alteração encontrará maior suporte constitucional do que a resolução.

10) CONCLUSÃO

A Resolução 181 CNMP inovou ao trazer para o ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal. A promoção de medidas desencarceradoras e a imediata

²⁵ Proposta ‘anticrime’ de Moro despista sobre foco principal – Alexandre Morais da Rosa. Disponível em: <<https://www.emaiseditora.com.br/site/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal-alexandre-morais-da-rosa-2/>> Acesso em 23/10/2019

aplicação da pena são medidas vistas com bons olhos quando se fala num processo penal tão lento como o nosso. Os casos concretos trazidos nos mostram que o cumprimento das ações de forma correta leva ao arquivamento da investigação, de forma que o investigado não sofrerá as marcas de um processo penal.

Em relação às garantias processuais penais, tanto no caso da moeda falsa, quanto no caso do contrabando, apesar da supressão do princípio da indisponibilidade penal, a ampla defesa foi observada de certa forma. Apesar da falsificação de moedas ser clara (eram 10 notas com numerações iguais), foi realizada a perícia mesmo assim. E no caso do contrabando, a perícia constatou que parte dos cigarros apreendidos estavam regulares, de forma que nem toda quantia foi levada em conta para fim de estabelecimento do acordo.

Ambos os casos remetem a importância do conteúdo probatório desenvolvido durante a investigação. Apesar de o acusado poder dispor do seu direito de defesa realizado em juízo, deve ser dado a ele a chance de produzir as provas a que se refere o caso, sob pena de assinar um acordo sobre um crime que pode não ter existido. Dessa forma, o acordo ganha validade ao passo que se baseia em provas que atestam a culpabilidade do acusado, não se atentando meramente à confissão.

Além disso, o acordo de não persecução penal deve ser visto como um direito subjetivo, ainda que o princípio da indisponibilidade seja um pouco mitigado. A ampla quantidade de crimes e a presença de critérios subjetivos reforçam a ideia de que o acordo é um direito subjetivo do acusado. No entanto, é importante ressaltar que uma resolução de um órgão não deve dispor de matérias de direito penal ou direito processual penal, ainda que aparentemente benéficas ao réu. A insegurança jurídica causada por isso ao deixar de lado o processo legislativo realizado no Congresso Nacional passa a sensação de uma “lei” imposta, sem seu debate necessário. Por isso as ADIs 5790 e 5793 são válidas, mas ainda não foram julgadas, de forma que ainda há a uma incerteza sobre a constitucionalidade da resolução.

No entanto, no que refere especificamente ao acordo de não persecução penal, a discussão do Projeto de Lei Anticrime é uma forma viável de inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

11) REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO Nº 181, DE 7 DE AGOSTO DE 2017.** Disponível em: <

<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>.

Acesso em 23/10/2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **RESOLUÇÃO Nº 183, DE 24 DE JANEIRO DE 2018.** Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf>>. Acesso em 23/10/2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 23/10/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em: 23/10/2019.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 23/10/2019

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP.** Revista Consultor Jurídico, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: 23/10/2019.

FREITAS, Juliane Almudi de. Suspensão condicional do processo: direito subjetivo do acusado?. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5598, 29 out. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/69908>. Acesso em: 23/10/2019.

JESUS, Damásio de. **Direito Penal, Volume 1: Parte Geral.** 32ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

LIMA, André Canuto de F.. A teoria dos princípios de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4078, 31 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31472>. Acesso em: 23/10/2019.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

MEDEIROS, Wellington da Silva. **Acordo de não persecução penal: o Judiciário entre a conveniência e a legalidade democrática**. Disponível em: <https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2019/acordo-de-nao-persecucao-penal-2013-resolucao-cnmp-n-181-2017-o-judiciario-entre-a-conveniencia-e-a-legalidade-democratica#_ftn7>. Acesso em: 23/10/2019

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2017.

ONU, doc. ST/CSDHA/22, Comentários às Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Penas Não Privativas de Liberdade, Regra 2.1.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 23ª Edição. São Paulo: Atlas, 2019.

POLASTRI, Marcellus. **O Chamado Acordo de Não Persecução Penal: Uma Tentativa de Adoção do Princípio da Oportunidade na Ação Penal Pública**. GEN Jurídico. Disponível em: <<http://genjuridico.com.br/2018/04/05/o-chamado-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-tentativa-de-adocao-do-principio-da-oportunidade-na-acao-penal-publica/>>. Acesso em 23/10/2019.

ROSA, Alexandre Morais da.; BECKER, Fernanda. **Conheça uma novidade de 2017: a Resolução CNMP 181 viola a isonomia**. Revista consultor Jurídico, Florianópolis. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-29/limite-penal-novidade-2017-resolucao-cnmp-181-viola-isonomia>>. Acesso em: 23/10/2019.

ROSA, Alexandre Morais da. Proposta ‘anticrime’ de Moro despista sobre foco principal – Alexandre Morais da Rosa. Disponível em: <<https://www.emaiseditora.com.br/site/proposta-anticrime-de-moro-despista-sobre-foco-principal-alexandre-morais-da-rosa-2/>>. Acesso em: 23/10/2019

ZIESEMER, Henrique da Rosa; SILVA JÚNIOR, Jádel da. As persistentes inconstitucionalidades da Resolução 181 (e 183) do CNMP. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5346, 19 fev. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/64178>. Acesso em: 23/10/2019.