

A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública

Renee do Ó Souza*

Sumário

1. Introdução. 2. O que é (e o que não é) Acordo de Não Persecução Penal: uma mudança de paradigma. 3. A constitucionalidade do instituto criado por meio de resolução. 4. Crise da legalidade estrita e uso corriqueiro de normas infralegais no âmbito da segurança pública contemporânea. 5. O princípio da juridicidade como fórmula para o poder regulamentar e para princípio da obrigatoriedade da ação penal. 6. Acordo de Não Persecução como manifestação de uma política criminal funcionalista. 7. Implementação das Regras Tóquio. 8. O papel da confissão e a inexistência de *plea bargaining* – efetivo exercício da persecução penal. 9. Vantagens pragmáticas do Acordo de Não Persecução Penal. 10. Conclusão. Referências.

1. Introdução

Neste trabalho, procuraremos demonstrar como o Acordo de Não Persecução Penal amolda-se como um novo instrumento de política criminal, capaz de se inserir em um plano de segurança pública formatado a partir de prioridades emergentes e conectado com a realidade do sistema de justiça criminal atual. A regulamentação que o concebeu é ato típico da atual quadra da história jurídico-institucional em que nos encontramos porque serve de orientação propositiva para enfrentar, com objetivos claros e estratégicos, os alarmantes índices de criminalidade que acometem o país.

O Acordo de não persecução abarca crimes de média gravidade, praticados sem violência ou grave ameaça, por pessoas que não ostentam antecedentes criminais, revelando-se instituto capaz de desobstruir o congestionado sistema de justiça criminal de modo a permitir que seja dada a necessária prioridade aos casos revestidos de maior gravidade. Está regulamentado, no Brasil, no art. 18 da Resolução nº 181/2017¹ do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP da seguinte forma:²

* Mestre em Direito e Políticas Públicas, Estado e Desenvolvimento no Centro Universitário de Brasília-Uniceub. Pós-graduado em Direito Constitucional pela Escola Superior do Ministério Público de Mato Grosso/Fundação Escola Superior do MP do Rio Grande do Sul. Pós-graduado e Especialista em Direito Processual Civil, em Direito Civil, Difusos e Coletivos pela Escola Superior do MP de Mato Grosso/Universidade de Cuiabá. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Mato Grosso. Membro Auxiliar da Unidade Nacional de Capacitação do Conselho Nacional do Ministério Público.

¹ Redação de acordo com a Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018 que alterou a redação original de todo o art. 18 ora transcrito.

² O famigerado projeto de Lei Anticrime, apresentado em fevereiro de 2019 pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, contempla, com alguma diferença redacional, o Acordo de Não Persecução Penal, propondo a inclusão do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente:

I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

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

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

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

§5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação.

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

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

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

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

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

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

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

§9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia.

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

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

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

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

Como se vê, essa norma molda a atuação do Ministério Público em casos de menor gravidade, de modo a produzir alterações na realidade institucional, além de estruturar uma ação estatal, voltada ao cidadão e à realidade social.

Prendemos expor o tema de modo a possibilitar sua compreensão até porque os ataques feitos ao Acordo são, muitas vezes, tomados pelo vício cognitivo conhecido como viés da confirmação, vez que, mal compreendido, vem sendo analisado a partir de institutos jurídicos completamente estranhos a ele, mediante uso de dados e informações selecionadas apenas em torno de si mesmas, de modo apenas a confirmar as crenças e impressões daqueles que relegam o instituto, o que provoca desvios cognitivos e boicota o seu melhor entendimento.³

Como adiante verificar-se-á, o Acordo de Não Persecução representa um novo paradigma, uma nova tecnologia que molda uma política pública criminal pelo Ministério Público de modo, nos dizeres de Coutinho, a: a) formalizar as metas e os “pontos de chegada” das políticas públicas; b) estruturar instituições, seu funcionamento, seus procedimentos a fim de viabilizar suas atuações articuladas; c) desenhar mecanismos de indução ou recompensa para certos comportamentos, de sanções à seleção do tipo de norma a ser utilizada e d) proporcionar a participação de todos os interessados na sua conformação (COUTINHO, 2013, p. 18-22).⁴ Tomada essa lição, o acordo de não persecução pode, como uma “tecnologia”, moldar arranjos institucionais legítimos e efetivos de modo a estabelecer metas, institucionalizar, instrumentalizar e vocalizar a política pública de enfrentamento à criminalidade de média gravidade.

2. O que é (e o que não é) Acordo de Não Persecução Penal: uma mudança de paradigma

O modelo atual de exercício da ação penal mediante um automático oferecimento de denúncias criminais, mesmo em casos de média gravidade, em situações em que, devido às circunstâncias do acusado e do ato praticado, será aplicada, inevitavelmente, na melhor das hipóteses, uma pena alternativa, é ineficiente ao sistema de justiça criminal. Os alarmantes índices de criminalidade que assolam

³ Para um estudo sobre diversas peculiaridades do instituto, sugere-se a leitura da obra *Acordo de Não Persecução Penal*, em que participamos com dois capítulos diferentes. (CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). Salvador: Juspodivm. 2018)

⁴ COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (Org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013, p. 18-22.

nosso país indicam que o sistema de justiça criminal é disfuncional porque não tem mecanismos que permitam um tratamento racional a fim de conferir prioridade aos casos mais graves, preocupação que deve guiar a atuação de uma segurança pública minimamente comprometida com sociedade atual. Por isso, o Acordo de Não Persecução Penal representa um novo paradigma de solução de litígios, fruto da necessidade de melhora nos resultados no sistema de justiça criminal brasileiro de modo a regulamentar, em certa medida, o exercício da ação penal pelo Ministério Público, notadamente nos crimes de média gravidade. Caracteriza-se pela celebração de um negócio jurídico extrajudicial entre investigado, assistido por seu defensor e órgão do Ministério Público em que são entabuladas, de um lado, a fixação de medidas ou condições de interesse social a serem prestadas pelo investigado, em troca, de outro lado, da descaracterização do interesse de agir para o exercício da demanda penal e consequente arquivamento do caso pelo Ministério Público.

Como se pode verificar, o Acordo de Não Persecução amplia, no Brasil, no âmbito da justiça criminal, o modelo negocial de solução de conflitos, caracterizado pela premissa geral de que o litígio pode ser solucionado pela via consensual. Confirmando essa inclinação, o projeto de lei apresentado pela comissão de juristas para a reforma da Lei de Improbidade Administrativa, sob a presidência do Ministro do Superior Tribunal de Justiça Mauro Luiz Campbell Marques, criada e instalada pela presidência da Câmara dos Deputados, prevê, no art. 17-A, a possibilidade de acordo de não persecução cível.⁵

Do mesmo modo, além do já comentado projeto de Lei Anticrime,⁶ o Projeto de Lei nº 513/2013 da Câmara dos Deputados, conhecido como Pacote de Segurança Pública, faz previsão legal para o acordo de não persecução penal, inserindo o art. 394-B no Código de Processo Penal.⁷

Embora sejam uma tendência mundial, os acordos penais estavam relegados, em nosso país, à transação penal, composição civil e suspensão condicional do processo, institutos previstos na Lei nº 9.099/1995. Além desses casos, existe a possibilidade dos acordos de delação/colaboração premiada, moldados com finalidade

⁵ Dispõe o projeto: Art. 17-A. O Ministério Público poderá, conforme as circunstâncias do caso concreto, celebrar acordo de não persecução cível, desde que, ao menos, advenham os seguintes resultados: I – o integral ressarcimento do dano; II – a reversão, à pessoa jurídica lesada, da vantagem indevida obtida, ainda que oriunda de agentes privados; III – o pagamento de multa. §1º Em qualquer caso, a celebração do acordo levará em conta a personalidade do agente, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do ato de improbidade, bem como as vantagens, para o interesse público, na rápida solução do caso. §2º O acordo também poderá ser celebrado no curso de ação de improbidade. §3º As negociações para a celebração do acordo ocorrerão entre o Ministério Público e o investigado ou demandado e o seu defensor. §4º O acordo celebrado pelo órgão do Ministério Público com atribuição, no plano judicial ou extrajudicial, deve ser objeto de aprovação, no prazo de até 60 (sessenta) dias, pelo órgão competente para apreciar as promoções de arquivamento do inquérito civil. §5º Cumprido o disposto no parágrafo anterior, o acordo será encaminhado ao juízo competente para fins de homologação.

⁶ Vide nota de rodapé nº 03.

⁷ Art. 394-B. Nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, havendo prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, o Ministério Público poderá, antes do oferecimento da denúncia, propor a aplicação imediata de pena de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma do art. 46 do Código Penal, respeitados os seguintes requisitos.

eminentemente investigatória. O recorte do Acordo de Não Persecução é maior visto que cabível em relação (a) aos delitos de média gravidade – quando cominada pena mínima inferior a 04 (quatro) anos e perpetrados sem violência ou grave ameaça e com dano inferior a vinte salários mínimos, o que abrange grande parte dos crimes previstos no ordenamento jurídico brasileiro e atinge, sobremaneira, a forma como se opera parte do sistema de segurança pública porque premido pela lógica de que não se deve judicializar o que não ensejará prisão.

Expostas algumas características centrais do instituto, devemos deixar desde já bem assentado nesta seção que o Acordo de Não Persecução não é uma espécie de colaboração premiada, não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal, não é semelhante a um termo de ajustamento de conduta e muito menos uma espécie de *plea bargaining*, principal instituto do direito norte-americano para julgamento dos processos criminais nos EUA. As distinções serão feitas ao longo deste estudo, mas o que pretendemos deixar bem frisado nesta seção é que o Acordo de Não Persecução representa uma mudança exponencial de paradigmas, visto que se assenta na otimização da justiça criminal que, desobstruída dos processos atingidos por ele, despenderá mais energia nos demais casos que atentam, de forma mais preocupante, contra a ordem jurídica, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, particular ou público.

3. A constitucionalidade do instituto criado por meio de resolução

Questão se coloca neste momento é acerca da constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal previsto na resolução 181/2017 que, ao contrário do que pudesse supor, não afronta ao disposto no art. 22, I, da Constituição Federal que prevê que somente lei federal pode veicular matéria de direito penal e processual penal.

Isso porque o Acordo de Não Persecução não se destina à produção de provas, não implica reconhecimento de culpa, não enseja aplicação de qualquer tipo de pena, motes essenciais do processo penal, nem amplia ou atinge, em nenhuma dimensão, o *ius puniendi* propriamente dito, atributo das normas materiais. Na verdade, o instituto é avançado ainda na fase pré-processual, destinada, como cediço, à formação da *opinio delicti* do órgão do Ministério Público e por isso não encontra moldagem nas normas processuais propriamente ditas, entendidas, segundo Edilson Mougenout Bonfim, naquelas que contemplam efeitos que repercutem diretamente sobre o processo e não têm relação com o direito de punir do Estado: “É o caso das regras que disciplinam a prisão provisória, pois a restrição da liberdade não tem relação com o *ius puniendi*, mas com as exigências de conveniência ou necessidade do próprio processo”.⁸ Ora, a função do Acordo não é, destarte, a antecipação do julgamento da lide penal ou produzir um juízo prévio de censurabilidade a partir do reconhecimento da culpa pelo investigado, circunstâncias somente possíveis em meio a um processo regularmente instaurado.

⁸ BONFIM, Edilson Mougenout. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 29.

O Acordo de Não Persecução se estrutura de modo a indicar um caso em que o órgão de acusação não vislumbra uma das condições da ação, a saber, o interesse de agir, pelo que se insere como instituto desatrelado da reserva legal prevista na Constituição da República para edição de leis federais. A criação de um estratégico programa de sistematicidade de política criminal, notadamente no tocante a uma hipótese de ausência de interesse de agir, pautada em critérios decisórios bem ordenados é um grande mérito da resolução 181/2017 que procura enfrentar a inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade com racionalidade, em vistas à realidade social.

Ousamos afirmar que o Acordo de Não Persecução traz para o plano da oficialidade situações que, doravante, recebem tratamento de proposital desatenção do sistema de justiça, marcados por uma atuação penalmente questionável, visto que os delitos por ele alcançados, inexoravelmente, são dragados por altos índices de cifra negra, pela prescrição, ou implicam, ao final, em medidas alternativas à prisão que, à guisa de uma sistematização mais uniforme, são aplicadas de maneira absolutamente distintas de uma comarca para outra. O sistema jurídico atual é marcado por aquilo que Calsamiglia chama de desacordo valorativo institucional que situa o problema não propriamente no texto jurídico, mas no procedimento adotado por cada uma das instituições, pautados em critérios institucionais distintos entre si.⁹ Isso acontece porque cada uma das normas em que se embasam as instituições públicas pode, dado o desacordo ideológico e finalístico entre elas, traduzir objetivos diferentes a serem alcançados pelo Estado. A posição assumida por cada entidade participante do processo decisório que interpreta e aplica essas normas molda e direciona o modo de pensar sobre os mesmos institutos jurídicos, o que produz uma diversidade de atuação estatal em casos semelhantes entre si.

A solução para combater esse isolamento passa pelo desenvolvimento de critérios bem ordenados, capazes de produzir soluções controláveis de resolução deste tipo de conflito, que devem ser pautadas pela racionalidade comum à governança gerencial e pela premissa de que as diferenças entre instituições devem ser superadas pelo conteúdo social expresso pelas normas jurídicas da Constituição.¹⁰ Essa racionalidade deve ser sagaz e suficiente para discernir prioridades das políticas constitucionalizadas.

É por isso que a fase pré-processual, que não é alcançada pela reserva legal prevista na norma do art. 22, I, da Constituição Federal, é constitucional e adequadamente regulamentada pela resolução 181/2017, sendo o Acordo de Não Persecução um importante instrumento que sistematiza parcela de um plano de sistematicidade capaz de emprestar uniformidade, ao menos no plano do Ministério Público, acerca de uma hipótese de falta de condições para ser deduzida uma ação penal. Na verdade, a fase pré-processual é realizada em meio a um procedimento administrativo, o qual não é regrado por lei federal ante a óbvia impraticabilidade disso. Por isso já reconheceu o Supremo Tribunal:

⁹ CALSAMIGLIA, Albert. *Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación*. In: *Anuário de filosofia del derecho*, ISSN 0518-0872, n° 13-14, 1997, p. 499.

¹⁰ *Idem*.

A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal. (Supremo Tribunal Federal – ADI 2886, Rel. Eros Grau. Rel. p/ acórdão: Joaquim Barbosa. Pleno. j. em 03/04/2014).

Não são poucos os exemplos de procedimentos administrativos regulamentados por normas infralegais, tendência que atende a quadra do direito contemporâneo, marcado pela concepção da regulação administrativa, fruto da crise da legalidade estrita a seguir explicada.

4. Crise da legalidade estrita e uso corriqueiro de normas infralegais no âmbito da segurança pública contemporânea

A resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público insere-se em um movimento de ajuntamento e complementação normativa, típico do direito contemporâneo, que se vale cada vez mais de normas infralegais e outras fontes normativas como suporte capaz de emprestar-lhe elasticidade conceitual exigível da disruptiva sociedade atual. A complexidade da vida, movida pela interação entre uma massa crescente de pessoas com interesses multidirecionais, produz novas condutas, conflitos e dilemas sociais que as ciências sociais não são capazes de aplacar de modo tradicional. A velocidade com que os negócios são celebrados e desfeitos, a rapidez com que os ilícitos surgem e a maneira como a vida moderna lida com a tecnologia demandam o natural reajuste do sistema de controle desses fenômenos. Em compensação, a vida contemporânea criou para a sociedade riscos antes inexistentes, que expõem o gênero humano a situações de perigo ao convívio virtuoso ou mesmo à existência da vida. Assim, para produção de alimentos em quantidade suficiente para saciar uma população crescente, admite-se o uso de defensivos agrícolas cada vez mais nocivos à saúde humana. Não se cogita o abandono do conforto proporcionado pelo deslocamento veicular, muito embora, disso decorra um trânsito capaz de matar mais do que muitas guerras. O progresso material e industrial, que produz índices crescentes de poluição, mesmo colocando o planeta sob o risco de uma catástrofe climática e que, ao final, pode atingir a própria espécie humana, continua a galopar na mesma direção e com aspirações cada vez maiores.

Em suma, a sociedade contemporânea convive com riscos e perigos de forma clara, atual e potencial, mas deseja, paradoxalmente, continuar com eles convivendo. O objetivo então é tão somente minimizá-los a índices aceitáveis. Inúmeros são os exemplos de condutas que geram riscos à sociedade moderna, das mais elementares às mais complexas, tema desenvolvido originalmente pelo autor alemão Ulrich Beck

(2011) que demonstra, de um lado, que vivemos em meio a riscos de proporções globais e letais e, de outro, que a reflexividade leva à tomada de medidas pretensamente controladora dos riscos toleráveis. Essa nova maneira de conviver impactou diretamente no direito, que, como instrumento de controle social, também foi capturado e utilizado com esta finalidade.

Toda a moldagem da política de segurança pública também experimentou alterações significativas na vida contemporânea que, premida pela necessidade de tutelar bens jurídicos transindividuais, com resposta aos novos comportamentos perigosos, ainda que tolerados em determinados limites, produziu o intercruzamento e o aumento de diálogo de diferentes fontes normativas entre si, o que frutificou no aumento no uso de normas infralegais acessórias para a definição de objetivos de determinada política pública. Dada a imprecisão dos limites científicos desses perigos, situação que leva a dificuldade de diferenciação entre riscos permitidos e riscos proibidos, torna-se razoavelmente difícil descrevê-los, taxativamente, nos tipos legais, naquilo que se convencionou denominar crise da legalidade estrita. Por isso, o direito penal, por exemplo, passa a se valer, cada vez mais, de tipos abertos, de elementos normativos do tipo e de normas em branco, consagrando o que se convencionou denominar de técnica de reenvio. Explica-se: levada às últimas conseqüências, a taxatividade, para além de uma inegável garantia básica do direito penal, dada a dinâmica com que os comportamentos delituosos são criados freneticamente na contemporaneidade, não deve obstar a proteção a determinados bens jurídicos, razão pela qual, o recurso a essas novas fórmulas redacionais é recorrente no direito de hoje.

Para ficarmos com um caso, tenha-se em mente o crime de dispensa indevida de licitações previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993. Trata-se de tipo penal que criminaliza a dispensa de licitação fora dos limites legais previstos nos artigos 17 e 24 da Lei nº 8.666/1993, art. 5º, §3º, da Lei nº 10.973/2004 e art. 29 da Lei nº 13.303/2016. Os limites que autorizam a dispensa da licitação são fixados em outra norma legal, mais precisamente por meio de decreto federal, de modo a facilitar a correção monetária desses limites sem que a norma penal reste inutilizada pelo simples transcurso do tempo e a ação da inflação. Isso facilita a atuação do legislador penal, que não tem a rapidez necessária para, a todo momento, ser acionado para atualizar os limites entre a dispensa lícita e ilícita. Essa prática não é nociva. Como anotado por Greco, a utilização de conceitos valorativos, típicos do funcionalismo penal, não são menos seguros ao Estado de direito:

(...) sequer conceitos ontológicos (por ex., finalidade; domínio do fato) possuem a univocidade que seus defensores lhes atribuem. Em segundo lugar, uma vez admitido que a tarefa do direito não está em descrever a realidade, mas em realizar valores, tais como a dignidade humana e a garantia ao livre desenvolvimento da personalidade, a utilização de conceitos valorados se torna

inevitável. Cumpre, isso sim, concretizá-los, tornando-os mais seguros e precisos, através do exame da matéria jurídica¹¹.

A complementação de normas previstas em diferentes marcos legais busca assegurar uma coerente unidade de condutas indesejadas pelo legislador, superando a possível antinomia ou anomia que a edição de uma lei possa causar, por mais específica que seja. É comum verificarmos a função de suporte acessório prestado por normas administrativas e infralegais ao direito penal, fornecendo referências jurídicas à sociedade atual. Citem-se como exemplos extremos de maleabilidade típica que se vale da técnica de reenvio os artigos 359-A do CP¹² ou 166 do CPM¹³ que dispõem, textualmente, sobre condutas típicas cuja descrição é reportada pela edição de resoluções.

De modo similar à Resolução 181/2017 do CNMP, vigoram outras normas que de algum modo regulamentam atos pré-processuais administrativos. Como já destacamos em outra oportunidade:

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

I) o protagonismo do CNJ, que regulamentou, por meio da Resolução nº 213, as audiências de custódia;

II) a importante atuação do STF ao definir os parâmetros para se autorizar a execução provisória da pena após a condenação em segunda instância (ADCs 43 e 44), ou a que definiu os pressupostos para a aplicação do princípio da insignificância (HC nº 84.412-0/SP);

III) os chamados procedimentos da Verificação Preliminar de Informação (VPI), utilizados pela polícia judiciária, destinados à verificação da procedência das informações para posterior instauração de inquérito policial, formalmente normatizada,

¹¹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de "Política criminal e sistema jurídico-penal", de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. Nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p. 18.

¹² Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos.

Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:

I - com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em *resolução do Senado Federal*; (...).

¹³ Art. 166. Publicar o militar ou assemelhado, sem licença, ato ou documento oficial, ou criticar publicamente ato de seu superior ou assunto atinente à disciplina militar, ou a qualquer *resolução do Governo*:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, se o fato não constitui crime mais grave.

por exemplo, o Departamento da Polícia Federal pela Instrução Normativa nº 01/1992;

IV) baseado na celeridade e eficiência, a Polícia Civil do Estado de São Paulo, por meio de portaria, implantou o Núcleo Especial Criminal – NECRIM, ambiente policial de conciliação para infrações de menor potencial ofensivo. (CUNHA. SOUZA, 2018).

Há inúmeras outras medidas infralegais que se prestam a moldurar algumas atitudes dos órgãos públicos em vistas da segurança pública, como a Resolução nº 461/2018, editada pela Agência Nacional de Aviação - ANAC, que regulamenta o processo de autorização, feito pela Polícia Federal, relativo ao embarque em aeronaves por agentes públicos armados, que somente será possível se comprovarem: estar realizando atividades específicas como escolta de autoridade, testemunha ou passageiro custodiado; execução de técnica de vigilância (investigação); ou deslocamentos em que precisem estar armados para cumprir, logo ao desembarcar, missão para a qual foram convocados. Trata-se de regulamentação que, em certa medida, restringe o direito daqueles que têm o porte funcional, o que tem implicações jurídicas e práticas bastantes controversas.

Recorde-se da modelagem feita por meio da Resolução nº 2.173/2017 do Conselho Federal de Medicina que define os critérios clínicos e tecnológicos para a comprovação da morte encefálica, apta a autorizar a remoção e transplante de órgãos. Trata-se de norma infralegal de reflexos jurídicos significativos, sobre direitos fundamentais e sobre a política pública de segurança pública.

O que se pretende deixar assentado nessa seção é que a regulamentação feita acerca do Acordo de Não Persecução deve ser vista como uma arrumação estrutural administrativa da fase pré-processual, como tantas outras realizadas por outras instituições, típicas da regulação administrativa em que se insere a atuação estatal de modo a promover uma filtragem sobre automatismos improdutivos e dar vazão as demandas da sociedade complexa da atualidade.

5. O princípio da juridicidade como fórmula para regulamentar o princípio da obrigatoriedade da ação penal

A regulação administrativa, como a operada pela Resolução 181/2017 e propugnada pelo Acordo de Não Persecução, deve ser entendida como uma intervenção indireta do Estado-administração (Ministério Público), que visa implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas, formatadas a partir de prioridades cogentes, em vista da realidade atual e na melhor tutela e eficácia dos direitos fundamentais.¹⁴

¹⁴ A ideia de regulação administrativa é bem desenvolvida por Juarez Freitas, tendo seu conceito servido para a estruturação da nossa proposição. Confira-se o que afirmou o autor: "A regulação administrativa sustentável será aqui entendida como a intervenção indireta do Estado-administração, que visa a implementar, com autonomia, políticas constitucionalizadas (prioridades cogentes), via correção de falhas

A teoria da regulação ganhou fôlego nos últimos anos porque, além de inserir-se no fenômeno analisado na seção anterior, relativo à crise da legalidade estrita, é capaz de emprestar aos campos de atuação institucional, com a máxima neutralidade possível, os comportamentos pretendidos dos agentes estatais a serem alcançados por meio de padrões de condutas transparentes e democráticos, de molde a orientar e enfrentar falhas e desacordos decisórios em torno de um objetivo estrategicamente programado. Uma regulação deste molde emancipa, torna a atuação institucional amplamente propositiva e rompe com modelos exclusivamente reativos, reducionistas e imediatistas.

A atual regulação administrativa dá-se no ambiente da crise da legalidade, o que nos conduz à análise sobre os limites impostos a esse modelo de atuação, bem traçados pela doutrina especializada em três fórmulas:¹⁵ a) não contradição: os atos regulamentares não podem contrariar normas legais e, assim, a administração pública não pode agir quando impedida por força de uma norma legal; b) habilitação legal: o ato regulamentar só pode ser editado, o que equivale a permitir que a administração aja, desde que haja norma legal formal autorizativa; c) relação de conteúdo: os atos regulamentares e da administração são regulares e válidos se realizam concretamente uma norma legal.

Em tempos de pós-positivismo e dada a imprecisão que as três fórmulas apresentam, ainda que haja uma preponderância do critério da habilitação legal pela doutrina brasileira¹⁶, a regulação administrativa encontra no princípio da juridicidade sua baliza mais adequada porque leva em consideração os elementos materiais contidos no sistema jurídico, concretizando a revalorização do aspecto substancial do direito:

Sendo a lei, entretanto, não a única, mas a principal fonte do Direito, absorveu o princípio da legalidade administrativa toda a grandeza do Direito em sua mais vasta expressão, não se limitando à lei formal, mas à inteireza do arcabouço jurídico vigente no Estado. Por isso este não se bastou como estado de Lei, ou Estado de Legalidade. Fez-se Estado de Direito, num alcance muito maior do que num primeiro momento se vislumbrava no conteúdo do princípio da legalidade, donde a maior justeza de sua nomeação como “princípio da juridicidade”. (ROCHA, 1994, p. 79)

A regulamentação operada pelo Acordo de Não Persecução encontra-se nessa quadra de ideias. Decorre de comando constitucional contido no art. 130-A, §2º, I, da Constituição Federal, que expressa a formal possibilidade de serem editados atos regulamentares pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Mas não só. A gama de

de mercado e de governo, em caráter promocional ou repressivo, de ordem a melhor tutelar a eficácia dos direitos fundamentais das gerações presentes e futuras” (FREITAS, 2015, p. 118).

¹⁵ EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. v. 1. Paris: LGDJ, 1982, p. 464.

¹⁶ MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 145-146.

funções do Ministério Público brasileiro, previstas ao longo do rol do art. 129, expressa o conteúdo material e substancial do esquema legal traçado para instituição e que podem/devem estar contidos nos atos regulamentares que estabelecem seu programa político.

A superação do apego formal ao texto frio da lei que o princípio da juridicidade provoca coloca uma pá de cal na discussão acerca do cumprimento do princípio da obrigatoriedade da ação penal que não pode mais ser lido como uma atuação robotizada de oferecimento de uma denúncia criminal em um caso de média gravidade em que investigado e vítima já se acertaram patrimonialmente e as prestações sociais oferecidas pelo autor da infração são, senão melhores, equivalentes àquelas que a hipotética decisão judicial o obrigaria a realizar. A celebração do acordo, nesses casos produz efeitos sociais tão ou mais significativos do que aqueles pretendidos pelas sanções penais. Efetivamente há exercício da tutela penal sobre os bens jurídicos contidos nestes delitos, o que deve ser interpretado como uma atuação institucional mais eficaz e racional que a mera propositura de uma demanda penal. Disso resulta a falta de interesse de agir para a provocação da atividade jurisdicional. A realização da pretensão estatal de forma extrapenal, como identifica Suxberger, guarda consentaneidade com o exercício de uma política criminal minimamente responsável e preocupada com as finalidades próprias do Estado de Direito:

O Ministério Público, portanto, quando celebra o acordo de não persecução penal está longe de “perdoar” o investigado ou mesmo de manejar o *jus puniendi* estatal, pois este deriva inafastavelmente de manifestação jurisdicional. Não há, pois, extinção de punibilidade em acordo de não persecução penal. Nem se poderia disso falar, pois, afinal, não houve exercício do direito de ação. O ponto aqui é outro: não há razão de provocação da tutela jurisdicional, enquanto garantia constitucional, porque o direito por ela veiculado já restou sobejamente atendido por via alternativa e despenalizante¹⁷.

A regulamentação em que se incorpora o acordo de não persecução guarda compatibilidade com o princípio da juridicidade porque, efetivamente, mantém conformidade substancial com os objetivos constitucionais do Ministério Público, servindo ainda de instrumento inserido em um estratégico programa de sistematicidade de política criminal, pautado em critérios decisórios bem ordenados que procuram enfrentar, com realismo, o inchaço do poder judiciário e o aumento da criminalidade.

¹⁷ SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. *O Acordo De Não Persecução Penal: Reflexão A Partir Da Inafastabilidade Da Tutela Jurisdicional*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARRROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do O; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 111.

6. Acordo de Não Persecução como manifestação de uma política criminal funcionalista

Para uma boa compreensão do Acordo de não persecução deve-se ter em mira uma abordagem principalmente funcionalista do direito e não estruturalista, que, como afirma Bobbio, é o viés muitas vezes privilegiado no estudo à teoria geral do direito, preocupado muito mais em saber “como o direito é feito” do que “para que o direito serve”.¹⁸ A concepção funcionalista afigura-se apta a produzir mecanismos racionais para guiar as decisões a partir de suas consequências práticas em planos de sistematicidade pragmaticamente orientados à função instrumental e social do direito.

A análise do direito a partir de suas consequências o direcionou para uma teoria fundamentalmente funcionalista, calcada em uma metodologia estrategicamente voltada à harmonia social. Esse modo de ver o direito acometeu, atualmente, direito penal, o qual, desde a ascensão e desenvolvimento do funcionalismo penal, é pautado por vetores axiológicos contidos na política criminal. Para Greco, direito penal e política criminal estão integrados e trabalham juntos, de modo a transferir valorações político-criminais para o modo de vigência jurídica.¹⁹ O papel de uma política criminal é, a partir dos estudos da determinação do crime, elaborar estratégias para repressão, prevenção e tratamento das consequências da criminalidade, sejam vítimas identificadas, sejam danos sociais, sempre tendo em vista o bem jurídico tutelado pela norma penal. A política criminal, segundo Dias, tem a função de:

Servir de padrão crítico tanto do direito constituído, como do direito a constituir, dos seus limites e da sua legitimação. Neste sentido se deverá compreender a minha afirmação de que a política criminal oferece o critério decisivo de determinação dos limites da punibilidade e constitui, deste modo, a pedra-angular de todo o discurso legal-social da criminalização/descriminalização.²⁰

No quadro acima explorado de crise de legalidade e de irrecusável inflação de leis, penais ou não, fruto do expansionismo legiferante, inclusive do direito penal, o pensamento consequencialista habilita-se como um importante ponto de partida interpretativo.²¹ O direito voltado às consequências orienta seus procedimentos à persecução do ilícito, como concepção que deve servir de vetor axiológico e fornecer uma rota bussolar, seja para prevenir, reprimir ou tratar as suas consequências. Na

¹⁸ BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007, p. 52.

¹⁹ GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. Nº 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000, p. 8.

²⁰ DIAS, J. de F. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999, p. 42.

²¹ No Direito Penal, por exemplo, Claus Roxin indica que a ideia da pena orientada aos fins já se deixava antever em Listz, notadamente na publicação do Projeto Alternativo (1998, p. 63).

lição de Conde “A dogmática voltada às consequências não significa que o legislador, a justiça penal e o sistema de execução penal visam apenas perseguir o ilícito penal e retribuir a culpa do autor, mas também alcançar a meta de melhorar a delinquência e reduzir, em geral, a criminalidade”²².

É certo que Hassemer destaca que o enfoque voltado para as consequências sofreu alterações ao longo da história do direito penal, pelo movimento funcional, de modo que passou a servir como fundamento para a criminalização de todo e qualquer bem jurídico merecedor de proteção. De limite e garantia do Estado de Direito²³, a perspectiva funcional alçou o direito penal voltado às consequências a um mecanismo para justificar a sua expansão despropositada frente às inúmeras mudanças sociais do mundo moderno²⁴.

Seja como for, a perspectiva de atender às expectativas legítimas dos cidadãos por meio de um direito penal socialmente funcionalista implica a necessidade de concepção de uma política criminal voltada para respostas efetivas no enfrentamento ao crime, ao sentimento social de impunidade que, se não bem enfrentado, leva à perda, a prazo, da eficácia da própria ordem jurídica. Como destaca Binder:

Constitui uma das tarefas mais importantes do presente construir o método que nos permita desenhar, executar e controlar a política criminal dentro do conjunto valorativo do sistema democrático submetido ao Estado de Direito, com maior rigor, menor conteúdo emocional e amplo debate público. Eficácia não significa aumentar o conteúdo violento do poder punitivo, muito pelo contrário. Eficácia significa ter a capacidade de contribuir para o controle da criminalidade com o menor conteúdo de violência possível. Isso constitui o núcleo das exigências político-criminais do processo penal de nosso tempo e um de suas tarefas mais urgentes²⁵.

O desenvolvimento de tecnologias aptas a produzir novos resultados antes ignorados, em meio ao ordenamento jurídico vigente, se insere no protagonismo decorrente do crescimento da política criminal na atual quadra da história do direito penal. Um bom exemplo disso é a utilização da chamada política criminal de prisões curtas, conhecida como *short-sharp-shock* em que a aposta no efeito da exemplaridade,

²² MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 230-244.

²³ A exigência de um sistema de justiça (criminal) mais eficiente decorre, implicitamente, segundo Schünemman, do princípio do estado de direito (2013, p. 51).

²⁴ HASSEMER, Winfried. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. Revista de Informação Legislativa. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, nº 118, abril-junho 1993, p. 281.

²⁵ BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 206.

sobretudo em delitos de trânsito, é capaz de inibir com mais eficácia a prática desses crimes, sem os males do encarceramento prolongado.

O Acordo de não persecução penal é uma legítima manifestação de política criminal funcionalista na medida em que concebido dentro daquilo que Schünemann denomina de espaço de conformação dado pelo legislador às diretrizes possíveis de uma política criminal²⁶. A definição de situações e pressupostos de atuação institucional, por meio de uma norma infralegal, equivale à legítima e salutar penetração das decisões valorativas político-criminais no sistema do Direito Penal a que se refere Claus Roxin²⁷. Em razão de tipo de valoração, segundo o próprio Roxin “É possível um arquivamento com imposição de condições, caso exista consentimento entre o acusado e a Promotoria”.²⁸

Ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo de agente político definidor de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial, sendo que o recorte efetuado pela resolução é absolutamente legítimo, sobretudo se considerarmos o ciclo restrito de infrações que serão por ele alcançadas. Semelhante recorte é efetuado, anualmente, pela edição dos chamados indultos natalinos, que se materializam por meio de decreto do Presidente da República e implicam a extinção da punibilidade de vários condenados mediante pressupostos discricionariamente estabelecidos por aquela autoridade, lembrando que, atualmente, o instituto abarca quase todo tipo de infração penal (salvo os delitos hediondos e equiparados). Aquela liberdade de conformação do indulto sempre foi considerada manifestação de uma política criminal entregue ao Presidente da República, o que nos remete à conclusão de que decisões sobre a punição penal são, já há algum tempo, permeadas por valorações extrajurídicas.

A racionalidade do direito voltado às consequências (funcionalismo jurídico) conduz a uma orientação pragmática capaz de produzir planos de sistematicidade e de eficácia, calcada em uma metodologia estrategicamente voltada a harmonia social. O acordo de não persecução penal é regulação de política criminal pretendida pelo titular da tutela penal, que emancipa a atuação institucional para um modelo propositivo e que rompe com a vetusta atuação exclusivamente reativa.

7. Implementação das Regras de Tóquio

Em tempos de globalização normativa, verificamos uma fina sintonia do acordo de não persecução com compromissos internacionais que podem servir como vetores axiológicos para uma homogênea política mundial. No contexto de uma economia multipolarizada e de uma sociedade que se comunica em tempo real

²⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 79.

²⁷ ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi. 2002, p. 49.

²⁸ ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 100.

com qualquer parte do mundo, a internacionalização do direito, inclusive no que se refere ao enfrentamento ao crime, é uma tendência inevitável.

Neste particular, cumpre observar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em 14 de dezembro de 1990, por meio da Resolução nº 45/110, editou as conhecidas Regras de Tóquio²⁹, oportunidade em que assentou a necessidade de implementação de medidas alternativas, a serem tomadas antes do início processo, consoante dispõe o item 5.1. da referida Resolução:

Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.³⁰

Vladimir Aras nos informa que as Regras de Tóquio foram preparadas pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente (UNAFEI, na sigla em inglês), classificando-as como normas de *soft law* que incentivaram a adoção de penas alternativas em vários países do mundo, inclusive no Brasil, o que se refletiu na Lei nº 9.714/1998, que alterou as penas restritivas de direitos do Código Penal brasileiro³¹.

O caráter modelar dessa resolução é bem compreendido por Jesus, que já afirmava:

As Regras de Tóquio destacam a necessidade de se elaborar novas medidas inovadoras em resposta à variação das condições do sistema de Justiça Penal. O planejamento e a implementação de medidas não privativas de liberdade não devem ser considerados unicamente uma questão de Justiça Penal ou, mais limitadamente, uma resposta a um problema delinquencial imediato³².

²⁹ Que não se confunde com a Convenção de Tóquio, que cuida das infrações praticadas a bordo de aeronaves, aprovada pelo Decreto 479/69.

³⁰ Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Conselho Nacional de Justiça. Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38.pdf>. Acesso em: 20 out. 2018.

³¹ ARAS, Vladimir. *Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 326.

³² JESUS. Damásio E. de. *Temas de Direito Criminal*. 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 203.

Aptidão convergente da norma internacional, capaz de moldar a adoção do instituto negocial no Brasil é bem vislumbrada por Aras, que faz a seguinte colocação:

Por que as Regras de Tóquio nos interessam? Porque tais diretrizes não têm apenas cunho penal, como se pode imaginar à primeira vista. Há um inescondível enfoque processual penal, que as correlaciona com as chamadas saídas abreviadas e o princípio da oportunidade (*prosecutorial discretion*) na perspectiva da evitação não só do cárcere mas também do próprio processo penal.³³

O status normativo das regras de Tóquio é de Resolução, o mesmo, por exemplo, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, que, embora não seja formalmente um tratado ou acordo que crie obrigações legais, tem seu valor e importância porque constitui a maioria dos princípios do chamado direito internacional costumeiro e, em razão disso, é considerado norma cogente de direito internacional geral.³⁴

8. O papel da confissão e a inexistência de *plea bargaining* – efetivo exercício da persecução penal

Importa deixar claro o papel da confissão formal e circunstancial do investigado, requisito para a celebração do acordo de não persecução (*caput* do art. 18 da Resolução 181/2017). Trata-se de providência de viés unicamente processual, que busca assegurar que o acordo seja celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indique ter sido a autora da infração penal. A confissão produz deste modo dois efeitos práticos: a) impede que um acordo de não persecução seja celebrado por pessoa cujas provas não indicam ou converjam para sua participação no delito; b) produz, no confitente, um novo *mindset* de efeito psíquico de arrependimento pela prática da infração penal, sentimento apto a produzir uma mudança de atitude e comportamento que parte da ideia de que, para corrigir um erro, é necessário que o responsável o admita, o que aumenta seu senso de responsabilidade e comprometimento com o ato, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral do Acordo de não persecução.

A previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução tem feição protetiva ao investigado, pois busca assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva, de modo a evitar a precoce celebração de acordos desprovidos de provas que indicassem a participação do confitente na infração penal, além de reforçar a confiança de que será efetivamente cumprido.

³³ ARAS, Vladimir. *Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado*. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018, p. 326.

³⁴ CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar. 2008, p. 29-30.

A resolução prevê a necessidade de que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do crime. A formalidade da confissão é assegurar mediante o cumprimento do §2º do art. 18 da Resolução que prevê que “A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor”.

A confissão circunstancial deve ser entendida como aquela que apresenta a versão detalhada dos fatos, cujas informações mantenham uma coerência lógica, compatibilidade e concordância com as demais provas contidas no procedimento. É do confronto com as demais provas do procedimento que deve ser aferida a validade da confissão. Confissões oportunistas e mentirosas, identificáveis por meio de declarações desconexas com as outras circunstâncias de tempo, local, modo etc., devem ser refutadas para a celebração do acordo. Isso implica dizer que o acordo de não persecução é um instrumento de efetivação e otimização da tutela penal, jamais um instrumento de banalização do sistema de justiça. Evita-se desse modo, a chamada confissão estruturalmente induzida “que ocorre quando o arguido se declara culpado porque sabe que, fazendo-o, poderá obter um tratamento mais favorável do MP e/ou do juiz ou porque, indo a julgamento, a lei sanciona de modo mais severo o seu comportamento”.³⁵ No acordo de não persecução, a confissão estruturalmente induzida é evitada porque a *opinio delicti* do Ministério Público para a propositura da ação penal deverá estar previamente formada antes da propositura do acordo. Essa providência evita ainda um possível excesso de acusação, fruto do chamado *overcharging* ou do *bluffing*. Segundo Cabral, o *overcharging* (excesso de acusação) pode ser vertical, que ocorre quando é feita uma acusação mais grave do que os elementos de informação autorizam, v.g. imputação de furto qualificado, quando as informações indicam tratar-se de furto simples ou horizontal, aquela em que é incluída a imputação de fatos adicionais que não defluem dos elementos de informação, v.g. denúncia por furto e receptação, quando há elementos apenas para a receptação. Já o *bluffing* ocorre quando a acusação informa ao investigado que tem mais elementos de informação para realizar a acusação do que efetivamente tem.³⁶

De outro lado, a confissão obtida para a celebração do acordo de não persecução não enseja assunção de culpa, e, por isso, não pode ensejar julgamento antecipado do caso. Também não há de se falar em extinção da punibilidade ou qualquer produção de feitos sobre o *jus puniendi* estatal, razão pela qual não pode o acordo de não persecução ser confundido com o instituto conhecido como *plea bargaining*, que, segundo Albergaria, é:

³⁵ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007, p. 21.

³⁶ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil?* In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ô; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018, p. 370.

A negociação entre arguido e o representante da acusação, com ou sem participação do juiz, cujo objecto integra recíprocas concessões e que contemplará, sempre, a declaração de culpa do acusado (*guilty plea*) ou a declaração dele de que não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*).³⁷

A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no *plea bargaining*, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração. A confissão aqui tratada é retratável e, mesmo depois de iniciada eventualmente uma ação penal, não leva, por si só, à condenação, até porque, à luz do art. 155 do CPP, foi colhida na fase inquisitiva. De outro lado, cumprido o acordo, a confissão exaure-se em si mesma, visto que o procedimento será arquivado.

Exatamente porque a confissão serve apenas para depuração dos elementos indiciários, inservíveis por si só, para formação da convicção do juiz (CPP, art. 155) e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado é que não se identifica violação ao princípio da presunção de estado de inocência (CF, art. 5º, LVII). Repita-se, os elementos indiciários aptos à formação da *opinio delicti* do Ministério Público devem convergir para a pessoa do investigado, independentemente de sua confissão. Por fim, não há sentença penal condenatória, além do que as condições fixadas no acordo não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual, também sob esta perspectiva, não há violação ao princípio constitucional acima.

9. Vantagens pragmáticas do Acordo de Não Persecução Penal

Tradicionalmente o direito é estruturado de forma a sancionar os atos ilícitos e, deste modo, atingir dois objetivos que atendam a solução dos conflitos: inibir a repetição destas condutas indesejadas e punir seus autores como meio de compensação jurídica pelo ato violador da ordem legal. Há muito, porém, que o direito deixou de manter-se apenas com este tipo de conformação estrutural e finalidade. A ciência jurídica também comporta conformações que buscam evitar os atos ilícitos ou mesmo removê-los sem sancionamento em sentido estrito, naquilo que se convencionou chamar de justiça negocial, fruto da onda atual da justiça consensual, baseada na autonomia da vontade, na eficiência, na lealdade e na boa-fé objetiva. São institutos que propiciam a obtenção de um resultado adequado da tutela jurídica, jurisdicional (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal), seja judicial, seja extrajudicial. O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, deu ensejo à multiplicação de instrumentos negociais que, a um só

³⁷ ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina. 2007, p. 20.

tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito e atendem um prático cálculo de utilidade social.

Os objetivos eficientistas e pragmáticos do direito fizeram brotar, no Brasil, de forma ainda que parcial, o debate acerca do uso do sistema de justiça negocial, que vem se expandindo em todo mundo como sua expressão máxima. O uso corriqueiro da justiça negociada e dos acordos demonstrou que este sistema é mais útil para determinados tipos de infrações e, principalmente, apto a evitar o colapso do sistema de Justiça, incapaz de conciliar as formalidades procedimentais e o tempo necessário para dar respostas tempestivas que aplacassem satisfatoriamente o clamor decorrente dos crimes. Schünemann, embora crítico do instituto, demonstra que não há como ignorar que o *plea bargaining* expandiu-se para quase a totalidade dos ordenamentos jurídicos ocidentais, seja na Europa, seja na América Latina, principalmente em razão da necessidade de abreviamento das respostas necessárias à escalada da criminalidade moderna.³⁸ A adoção de institutos semelhantes na Itália, Alemanha, Chile e Argentina reafirma essa tendência mundial.

A complexidade da vida contemporânea e a massificação dos conflitos, inegavelmente, produziram um aumento significativo nos conflitos sociais, o que levou à necessidade de o sistema de justiça adotar mecanismos aptos a compor a paz de forma célere. Os defensores deste sistema apoiam-se na incapacidade do congestionado sistema de justiça tradicional de responder, tempestiva e corretamente, todos os casos que lhe são levados, vertiginosamente aumentados pela inflação legislativa e pelo aumento de demandas fruto da sociedade de massa. A demora para os julgamentos dos conflitos cria mais desajustes sociais, produz impunidade e desacredita as instâncias de controle. Além disso, a participação do acusado no processo decisório final reduz a resistência no seu cumprimento. Por isso levam uma vantagem argumentativa. Hassemer realiza essa discussão no plano da legalidade e da oportunidade, consignando que a opção por este princípio tem mais chances de sucesso:

Em uma simplificação similar, o princípio da legalidade pode ser coordenado às teorias penais absolutas, e o princípio da oportunidade, aos objetivos relativos da pena. O princípio da legalidade responde, nesse ponto de vista, pelo automatismo, pela regularidade e pela retribuição justa do ilícito, já o princípio da oportunidade responde pela ponderação nos casos individuais, pelo prestígio das respectivas particularidades e pela consideração inteligente das consequências. Por isso, o princípio da legalidade também nos aparenta como “clássico”, e o princípio da oportunidade como “moderno”, e, por isso, o princípio da oportunidade tem, nos tempos atuais de um direito penal orientado pelas consequências,

³⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 240.

mais chances de êxito; ele pode monopolizá-lo, transpor em cálculos os custos da administração do direito penal e conformar o direito penal em uma resposta flexível aos respectivos casos conflituosos que se alternam rapidamente, como também às situações de riscos.³⁹

A reinvenção de sistemas jurídicos frente às novas conformações sociais ocorreu, exemplificativamente, no desenvolvimento de todo um novo microsistema processual destinado à tutela dos interesses difusos e coletivos como meio de (1) tutelar essa nova categoria de direito e (2) promover a molecularização dos conflitos e evitar o ajuizamento de inúmeras ações semelhantes, situação improdutiva que congestionava o sistema de justiça atual.

Um sistema de justiça negocial habilita-se, hodiernamente, de um modo geral, como mais racional na medida em que possibilita dar respostas rápidas aos conflitos sociais, sobretudo em casos de menor gravidade como os abarcados pelo Acordo de Não Persecução no Brasil. Ao permitir a negociação da sanção entre acusado e agente estatal em troca de resultados socialmente úteis, o Acordo de Não Persecução realiza no direito brasileiro conceitos de justiça restaurativa e negocial, com inspiração, ainda que indireta, no pragmatismo jurídico, calcado na busca pelos melhores resultados produtivos e úteis, no abreviamento do tempo para a solução do conflito e atendimento de um cálculo de utilidade social.

Sob o ponto de vista do cumprimento das condições de interesse social impostas aos investigados, também é possível verificar facilmente as inúmeras vantagens pragmáticas decorrentes da celebração do acordo de não persecução. Sob o ponto de vista do investigado, ainda que fixada uma condição sucessiva no tempo, como uma prestação de serviço à comunidade, a demora ordinária que o processo criminal consome em média no Brasil já lhe indica ser mais produtivo optar pelo ajuste. Sob o ponto de vista institucional, não há qualquer empecilho para que esse tipo de condição (prestação de serviços à comunidade) seja operacionalizado pelos órgãos estaduais competentes para implementação das medidas alternativas, que atuam em casos de encaminhamentos diretos feitos Ministério Público, independentemente de sentença ou guia de execução.

Atende-se a economia processual e preservação do prestígio da justiça criminal mediante obtenção de resultados máximos na atuação do direito com o mínimo de emprego possível de atividades processuais, dando-se primazia em movimentar a máquina jurisdicional com processos graves. O resultado útil advindo desses concomitantes sistemas de proteção é, inegavelmente, otimizado pela adoção do sistema de justiça negocial, visto que pressupõem o atingimento dos melhores resultados políticos e estatais possíveis, que desemboca numa proteção otimizada dos interesses.

³⁹ HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 60-61.

10. Conclusão

O recorte temático proporcionado pelo Acordo de não persecução é uma lúcida resposta de índole político-criminal dada à sabida impossibilidade estrutural do sistema de justiça criminal dar cabo a toda a demanda que nele desemboca atualmente, quadro ideal, mas impraticável dada a finitude dos recursos demandados pela realidade brasileira. Prosseguir com uma atuação irracionalmente abrangente e sem resultados efetivos, notadamente nesses casos, faz lembrar a famosa metáfora da *tragédia dos comuns* que ilustra bem que o livre acesso e demanda irrestrita a um recurso finito termina por condená-lo, estruturalmente, ao esgotamento. Ao tentar dar respostas tradicionais a todos os crimes que são captados pelo sistema de justiça criminal, mesmo tendo consciência de que não há capacidade para dar uma tempestiva solução adequada a todos, investe-se em uma autêntica autossabotagem por estrangulamento.

O acordo de não persecução representa uma mudança de paradigma porque altera concepções sobre o modo como é possível solucionar um conflito e, como uma nova “tecnologia”, molda arranjos institucionais de modo a estabelecer metas, institucionalizar, instrumentalizar e vocalizar a política pública de enfrentamento a criminalidade. Não há a menor dúvida de que o acordo representa evidentes vantagens e constitui-se em um instrumento de otimização do sistema de justiça criminal brasileiro, apto a implementar uma mudança na segurança pública brasileira e assegurar uma melhor proteção à ordem jurídica, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, particular ou público.

Referências

- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.* Coimbra: Almedina, 2007.
- ARAS, Vladimir. Acordos Penais No Brasil: Uma Análise À Luz Do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.
- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1ª ed., Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BOBBIO, Norberto. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri: Manole, 2007.
- BONFIM, Edilson Mougénout. *Curso de processo penal*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Acordo de não persecução: é uma boa opção político-criminal para o Brasil?* In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2018.

CALSAMIGLIA, Albert. *Teoría del participante versus teoría general del Derecho: una aproximación*. In: *Anuário de filosofia del derecho*, ISSN 0518-0872, n° 13-14, 1997, p. 485-507.

CARVALHO RAMOS, André. *Direitos humanos na integração econômica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

COUTINHO, Diogo. O direito nas políticas públicas. In: MARQUES, Eduardo (Org.). *A política pública como campo disciplinar*. São Paulo: Unesp, 2013.

CUNHA, Rogério Sanches. SOUZA, Renee do Ó. *A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal*. Disponível em: <http://meusitejuridico.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/> Acesso em 29 out. 2018.

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

EISENMANN, Charles. *Cours de Droit Administratif*. v. 1. Paris: LGDJ, 1982.

FREITAS, Juarez. *Teoria da regulação administrativa sustentável*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 270, p. 117-145, set./dez. 2015.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. Introdução à dogmática funcionalista do delito (em comemoração aos trinta anos de “Política criminal e sistema jurídico-penal”, de Roxin). In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito brasileiro*. Nova série. N° 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000.

HASSEMER, Winfried. *Direito Penal Libertário*. Trad. Regina Greve. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

_____. *História das Ideias Penais na Alemanha do Pós-Guerra*. *Revista de Informação Legislativa*. Trad. Carlos Eduardo Vasconcelos de Oliveira. Brasília: Senado Federal, ano 29, n° 118, abril-junho 1993.

JESUS, Damásio Evangelista de. *Temas de Direito Criminal*, 1ª série, São Paulo, Saraiva, 1998.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord.). *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.

ROXIN, Claus. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.

_____. *Política criminal y sistema del derecho penal*, 2ª ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. In: GRECO, Luís (Coord.). São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SUXBERGER, Antônio Henrique Graciano. O Acordo De Não Persecução Penal: Reflexão A Partir Da Inafastabilidade Da Tutela Jurisdicional. *In*: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm. 2018.