



O ACORDO DE *NÃO PERSECUÇÃO PENAL* NA (REFORMADA) RESOLUÇÃO CNMP 181/2017: APLICÁ-LO OU NÃO? EIS A QUESTÃO...

Rodrigo Iennaco de Moraes [\[1\]](#)

Desde que o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017, disciplinando o procedimento de investigação criminal – PIC, no âmbito do Ministério Público, iniciou-se caloroso debate sobre os limites da competência normativa do órgão constitucional de controle externo, especialmente em virtude da invenção do denominado “acordo de não persecução penal”.[\[2\]](#)

Firmada na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal a prerrogativa investigativa do Ministério Público em matéria criminal, como decorrência da titularidade constitucional da ação penal condenatória, tanto o Conselho Nacional, no exercício do controle externo, quanto as próprias unidades do Ministério Público brasileiro, já há algum tempo regulamentam o respectivo instrumento formal de investigação.[\[3\]](#)

Ocorreu que, a partir da vigência da novel Resolução do órgão constitucional de controle externo, no contexto da regulamentação, inovou-se com a ampliação das hipóteses negociais em matéria penal, até então restritas aos casos de transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada.

Nesse aspecto, em suma, a Resolução CNMP n. 181 previu originalmente, em seu art. 18, um acordo que, celebrado na fase da investigação criminal, aborta o procedimento como obstáculo irrefutável à deflagração da ação penal.

Na primeira hermenêutica do inusitado acordo, em ato conjunto, esta Corregedoria-Geral e a Procuradoria-Geral de Justiça recomendaram aos órgãos de execução locais, sem efeito vinculativo, que se abstivessem de celebrá-lo, até que, em regulamentação local, fossem esclarecidos alguns pontos que, a nosso juízo, ainda reclamavam reflexão e esclarecimento:

- a) a legitimidade constitucional da inovação, quanto ao poder normativo em matéria penal;
- b) a adstrição do Ministério Público, como destinatário constitucional da titularidade da ação penal, a critérios de legalidade estrita para mitigação (discrecionariedade regradada, conforme exceções legais especiais) da obrigatoriedade da ação penal, nos termos do art. 42 do Código de Processo Penal;

[\[1\]](#) Promotor de Justiça Assessor do Corregedor Geral do Ministério Público do Estado de Minas Gerais

[\[2\]](#) Interessante que pouco ou quase nada se discutiu quanto às modificações instituídas para o próprio PIC, tema que outrora despertava discussões interessantes, envolvendo a regulamentação do poder de investigação do Ministério Público na seara criminal. Fato é que a Resolução n. 181/2017, além de inovar com o tal acordo, revogou expressamente o análogo ato 13, de 2 de outubro de 2006, que até então regulava a matéria.

[\[3\]](#) No Estado de Minas Gerais, a matéria está disciplinada na Resolução PGJ CGMP n. 3, de 18 de julho de 2017, que revogou o ato congênere n. 2, de 20 de agosto de 2009.

c) a amplitude do efeito impeditivo da punibilidade advinda do acordo de não persecução-penal, que traz aplicação imediata de pena não privativa de liberdade e, assim, aniquilaria, no mérito, a pretensão punitiva do Estado, o que exigiria algum mecanismo de controle (*interna corporis* ou via função judicial anômala, a teor do art. 28, do CPP);

d) os reflexos que surgiriam de divergentes regulamentações locais do disposto na parte final do inciso II do §1º do art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017, o que poderia comprometer a integridade federativa do Direito Penal brasileiro, cuja competência exclusiva, em matéria legislativa, está reservada à União;

e) a aplicação ampliativa do instituto aos inquéritos policiais e aos processos penais em curso, por se tratar, em tese, de norma benéfica, com inegáveis reflexos de direito penal material;

f) o contraste entre o sistema de controle (homologação/revisão) do acordo de não persecução e a prerrogativa natural do Procurador-Geral de Justiça em matéria de política criminal, compatibilizando-o com o art. 28, do Código de Processo Penal, a teor do que dispõe o art. 18, §8º, *in fine*, da Resolução do Conselho Nacional;

g) a regulamentação do parâmetro negativo, que impediria a celebração de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 18, §1º, II, parte final, da Resolução CNMP n. 181, de 07/08/2017, estabelecendo-se fator de gravidade do delito que: iº) observe os critérios sistemáticos previstos na legislação penal e processual penal para a mitigação da resposta penal (proporcionalidade, possibilidade de prisão provisória, máximo de pena cominada etc.); iºº) não se restrinja ao mero aspecto econômico da lesividade (sobretudo em atenção aos crimes de mera conduta e/ou de perigo abstrato etc.);

Após tratativas com o próprio Conselho Nacional do Ministério Público, revogamos nossa orientação no sentido da não aplicação imediata do acordo. Porém, no contexto dessas complexas temáticas, a Associação dos Magistrados Brasileiros aviou ação direta perante o Supremo Tribunal Federal questionando, basicamente:

a) a integralidade da Resolução CNMP 181/2017, salvo o seu art. 24, que revoga o ato normativo análogo de 2006;

b) a constitucionalidade formal por ilegitimidade ativa para deliberar sobre matéria submetida a reserva de lei em sentido estrito, no caso o acordo de não persecução penal;

c) a constitucionalidade material da Resolução, que constituiriam regulamento autônomo de questões que ampliariam a própria normativa da legislação ministerial a que faz referência nos seus considerandos;

d) a violação à prerrogativa dos magistrados do Poder Judiciário, de ter a investigação sob controle do respectivo Tribunal (art. 33, parágrafo único, da LOMAN);

e) a necessidade de submissão do procedimento investigatório ao Judiciário, nos termos do CPP;

Registre-se que a questão da legitimidade da investigação direta pelo Ministério Público, em situação *ab initio* identificada como de natureza criminal, parece estar pacificada na Jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Os limites de competência normativa dos órgãos constitucionais de controle externo – da Justiça e do Ministério Público (como instituição essencial ao funcionamento da justiça) – estão, outrossim, firmados no Supremo Tribunal Federal, que reconhece tanto ao CNJ quanto ao CNMP competência normativa primária – obviamente, observadas a pertinência das matérias relativas às atribuições constitucionais dos órgãos judicantes e ministeriais e suas limitações materiais intrínsecas.

Assim, o questionamento da legitimidade normativa ativa do Conselho Nacional do Ministério Público é questão a ser tratada pelo próprio controlador externo. Basta, aqui, o registro de que, se é da essência constitucional do Ministério Público, na seara criminal, exercer o poder investigativo, nos limites das garantias fundamentais e no respeito às prerrogativas institucionais, inclui-se na competência normativa do CNMP a regulamentação do procedimento instrumental adequado. Trata-se, então, de uma necessidade fática de uniformização, controle e transparência da atividade ministerial investigativa. Em decorrência, a necessária correspondência entre o procedimento investigatório criminal e o inquérito policial, nos termos do que dispõe o CPP – disciplina que se aplica, a rigor, a quaisquer “peças de informação” que veiculem notícias concretas de crime, em maior ou menor grau quanto aos mecanismos de colheita da prova.

Essas questões não passaram despercebidas no próprio ato normativo do CNMP, questionado embora pela AMB no STF, tendo em vista que, expressamente, o parágrafo único do art. 19 da própria Resolução CNMP 181/2017 remete o procedimento investigatório criminal do Ministério Público ao controle anômalo do Judiciário – o que, independentemente de referência expressa à LOMAN, reclama a interpretação sistemática quanto às questões de competência quando se está diante de notícias de crime cuja autoria recai sobre quem detém prerrogativa de foro (o que não é exclusividade dos juízes).

Restava-nos, ainda, enfrentar as questões relativas a essa autêntica “inovação” normativa: o acordo de não persecução (art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017).

A discussão em torno da obrigatoriedade da ação penal, em sede teórica, não é nova. A Constituição não a prevê expressamente, sendo certo que a titularidade exclusiva da ação penal conferida ao Ministério Público deve ser contraposta à possibilidade constitucional de aviamento, pelo ofendido, da ação penal subsidiária, em casos de inércia do titular oficial. A obrigatoriedade da ação penal, assim, decorre mais do princípio da igualdade que de uma exigência peculiar do Direito Penal. Não se tem notícia de questionamento da mitigação infraconstitucional do princípio da obrigatoriedade, que se revela em inovações legislativas específicas, principalmente as que derivaram da Lei n. 9.099/95.

Logo, a incorporação dos mecanismos negociais em matéria penal é possível e não é novidade. Porém, não se trata de mera incorporação da teoria e da disciplina dos negócios jurídicos, desenvolvida na seara extrapenal, ao campo restrito dos institutos de direito penal material. Isso porque o Direito Penal se governa por principiologia própria e autônoma, com peculiaridades de garantias que lhe conformam maior rigor na metodologia jurídica e, sobretudo, na escala dos valores constitucionais.

Pretende-se invocar precedente do Conselho Nacional de Justiça, ao disciplinar a audiência de

custódia para o preso provisório sob invocação da incorporação sistêmica de instituto concebido em Tratado Internacional de Direitos Humanos, como parâmetro hábil a conferir ao Conselho Nacional do Ministério Público competência normativa primária para interferir no núcleo dos direitos penais substanciais. Isso porque um obstáculo à ação penal projeto efeitos típicos de impedimento da própria punibilidade. E ainda porque, embora o acordo de não persecução não tenha tecnicamente natureza condenatória, pressupõe confissão e impõe pena (leia-se, pena típica, própria do Direito Penal segundo elenco expresso no texto constitucional). E impõe pena sem previsão de homologação judicial.

Cuida-se de matéria que refoge ao mero aspecto procedimental ou ritualístico e adentra o núcleo inerente às garantias de liberdade, ou seja, assunto que se deve submeter à reserva legal (lei em sentido estrito).

E ainda, temos que o art. 42 do Código de Processo Penal sugere que apenas atos normativos da mesma envergadura, ou seja, apenas a lei poderia estabelecer critérios mitigatórios com regras explícitas para afastamento da obrigatoriedade. Ainda que se contornem os embaraços dos limites da competência normativa material do Conselho Nacional do Ministério Público, defendíamos, desde o advento da Resolução n. 181/2017, a necessidade de projetar o esclarecimento do controle sobre o acordo, no mínimo para submetê-lo previamente à apreciação judicial, como decorrência do controle anômalo concebido em nosso sistema no art. 28 da lei processual penal.

Além disso, a parte final do inciso II do §1º do art. 18 da Resolução CNMP n. 181/2017, em sua redação original, poderia comprometer a integridade federativa do Direito Penal brasileiro, cuja competência exclusiva, em matéria legislativa, está reservada à União. Isso porque a Resolução conferia a órgãos locais o poder de estabelecer critérios impeditivos do acordo dissonantes entre si, de modo que casos idênticos ocorridos em distintos Estados da Federação receberiam tratamento não isonômico, como se, na prática, cada Estado detivesse autonomia legislativa em matéria penal.

Havia outro problema, que contrariava a prerrogativa natural da chefia institucional de cada Ministério Público, que detém a última palavra quanto à política de persecução penal, no contexto sistêmico que se materializa no art. 28 do Código de Processo Penal. Isso porque o art. 18, §8º, *in fine*, da Resolução do Conselho Nacional previa a vinculação inexorável de “toda a instituição” aos termos do acordo cumprido, sem que fossem estabelecidas claramente as bases apriorísticas de controle, o que violaria o princípio republicano da transparência (incluindo a regra de freios e contrapesos). Logo, era difícil reconhecer legitimidade a tal modelo de negociação em matéria criminal, com disposição da ação penal, sem que houvesse qualquer mecanismo de revisão e acompanhamento de sua legalidade.

Em conclusão, deve-se defender a legitimidade do Conselho Superior do Ministério Público para regular o procedimento de investigação criminal, fazendo-o, como de fato operou, à semelhança do sistema investigativo próprio das polícias nos termos da legislação processual penal em vigor; porém, reconhecer que a disciplina autônoma do acordo de não persecução penal, nos moldes como apresentados no ato normativo em comento, extrapola sua competência reguladora que decorre da legitimidade constitucional para o controle externo do Ministério Público, bem assim a prerrogativa regulamentadora das atividades próprias da persecução penal, como expressão da titularidade da ação penal que nos foi atribuída.

Tivemos a oportunidade de apresentar essas considerações ao Conselho Nacional do Ministério Público. Com a ampliação do debate, cuja problematidade foi revelada também na mencionada propositura de



Ação Direta de Inconstitucionalidade pela Associação de Magistrados Brasileiros, vários dispositivos da Resolução CNMP n. 181/2017 sofreram profunda modificação, com a edição da nova Resolução CNMP n. 183/2018, que superou satisfatoriamente, ao menos numa primeira leitura, os principais obstáculos sucintamente apresentados neste ensaio, em confronto com a disciplina normativa original, ao estabelecer: critério de gravidade pela pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, vedação de acordo em crimes de determinada natureza, necessidade de controle judicial do acordo, cabimento tanto no PIC quanto no inquérito policial etc.

Fato é que o acordo de não persecução penal está previsto em Resolução que se encontra em vigor, sem restrição do STF quanto à sua eficácia (não obstante pedido de liminar na ADIN) e sem depender de qualquer regulamentação local para que seja aplicada. A avaliação das circunstâncias concretas para sua aplicação compete ao membro do Ministério Público, no exercício crítico e reflexivo de sua independência funcional (*“não seria preferível aos riscos concretos da prescrição?”*; *“não seria melhor aliviar o Judiciário para o julgamento dos crimes mais graves?”* etc.), a depender da postura que será adotada pelo Judiciário no controle anômalo de sua regularidade (e, pois, no exercício do controle difuso de constitucionalidade) e de eventuais iniciativas dos próprios investigados.

Resta um problema a ser enfrentado: por razão também constitucional, norma penal benéfica não pode ter sua aplicação restrita no tempo. Embora se insista em negar natureza penal à novidade, argumentando-se no terreno movediço das condições da ação penal, defendemos a possibilidade de sua aplicação aos casos pretéritos que se encontram sob investigação em inquérito policial, e até àqueles que, denunciados, não tiveram ainda a instrução iniciada – desde que haja ou tenha havido confissão na fase da investigação, respeitados os demais critérios normativos.

E, por fim, a principal questão de fundo: pode mesmo o Conselho Nacional do Ministério Público regular nova hipótese de negociação penal, sem previsão na lei (em sentido estrito)? Com a palavra, o Supremo Tribunal Federal...