

VICTOR HUGO CARNEIRO DE SOUSA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E AÇÃO PENAL PÚBLICA:
direito penal mínimo, máximo e a solução de casos criminais**

CURSO DE DIREITO – UniEVANGÉLICA

2019

VICTOR HUGO CARNEIRO DE SOUSA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E AÇÃO PENAL PÚBLICA:
direito penal mínimo, máximo e a solução de casos criminais**

Monografia apresentada ao Núcleo de Trabalho de Curso da UniEvangélica, como exigência parcial para a obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da professora Me. Karla de Souza Oliveira.

ANÁPOLIS – 2019

VICTOR HUGO CARNEIRO DE SOUSA

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E AÇÃO PENAL PÚBLICA:
direito penal mínimo, máximo e a solução de casos criminais**

Anápolis, ____ de _____ de 2019.

Banca Examinadora

RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar o Acordo de não persecução penal, introduzido no sistema brasileiro através da Resolução nº 181/2017, alterada pela Resolução nº 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A metodologia utilizada é a de compilação bibliográfica, busca de jurisprudência e normas reguladoras. Este estudo é dividido em três capítulos. Primeiramente, o Acordo de não persecução penal é um acordo celebrado entre o Ministério Público e o investigado, e uma vez cumprido, ensejará o arquivamento da investigação. O segundo capítulo versa sobre a ação penal pública contra o investigado, entretanto, com o Acordo de não persecução penal, ocorre a mitigação de alguns princípios do Código de Processo Penal. Por fim, o terceiro capítulo trata de teorias presentes no nosso ordenamento jurídico e qual se aplica no Acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: Acordo não persecução. Ministério Público. Ação penal pública. Processo.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
CAPÍTULO I – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO	03
1.1(In) Constitucional/ Resolução 181/2017.....	03
1.2 Posicionamentos favoráveis à constitucionalidade do acordo.....	06
1.3 Argumentos para a inconstitucionalidade do acordo	08
1.4 Diferenças entre transação penal e a justiça penal negociada	10
CAPÍTULO II – AÇÃO PENAL PÚBLICA	17
2.1 Contexto histórico.....	19
2.2 Princípios da ação.....	21
2.3 Requisitos para o cabimento da ação penal.....	22
2.4 Consequências do acordo.....	23
CAPÍTULO III - DIREITO PENAL MÍNIMO E MÁXIMO	25
3.1 Direito penal mínimo	25
3.2 Direito penal máximo.....	27
3.3 Teoria predominante no acordo de não persecução	29
3.4Consequências para o ordenamento jurídico brasileiro	30
CONCLUSÃO	32
REFERÊNCIAS	33

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo o estudo de um novo paradigma na solução dos casos criminais, um ordenamento jurídico já acostumado com institutos de justiça penal consensual. Primeiro com a transação penal para crimes de menor potencial ofensivo, após o advento da Lei nº 9.099/95 que instituiu os juizados especiais criminais e posteriormente a colaboração premiada, através da Lei nº 12.850/2013, para crimes graves que podem envolver organizações criminosas.

Contudo, faltava um instituto consensual para crimes de médio potencial ofensivo, esse sendo suprido pelo acordo de não persecução penal. O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução nº 181/2017 que, alterada pela resolução nº 183/2018, introduziu no sistema brasileiro a figura do acordo de não persecução penal.

No primeiro capítulo serão abordados a definição do acordo de não persecução penal, os pontos sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da resolução nº 181/2017 do CNMP, editada pela resolução nº 183/2018 também do CNMP, os posicionamentos favoráveis a constitucionalidade do acordo, os argumentos quanto à sua inconstitucionalidade e as diferenças entre a transação penal e a justiça penal negociada.

No segundo capítulo será tratado o conceito de ação penal pública e quem detém a sua titularidade, como seus princípios e os requisitos para o seu cabimento e quais as consequências que o acordo de não persecução penal traz no ajuizamento da ação penal pública.

Por fim, o terceiro capítulo se encerra na análise do acordo de não persecução penal frente a duas teorias controversas do Direito Penal e qual delas prevalece diante a celebração do acordo, além de suas consequências para o ordenamento jurídico brasileiro.

Portanto, o acordo de não persecução penal veio para suprir uma lacuna de Justiça penal consensual, esta totalmente voltada ao garantismo penal, no entanto, possui divergência quanto a sua constitucionalidade em razão de ter sido regulamentado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, e quanto a mitigação de alguns princípios no momento que o Ministério Público deixa de oferecer a denúncia.

CAPÍTULO I – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal trata-se de um acordo passível de ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado, e que, uma vez cumprido, ocorrerá o arquivamento da investigação. No entanto, caso ocorra o descumprimento das condições estabelecidas durante o acordo, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia.

Foi uma inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro com a resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela resolução nº 183/2018, com o fito de deixar a justiça criminal mais célere e de não concorrer para o aumento do número de processos não solucionados no Poder Judiciário.

Ao adentrar no tema depara-se com inúmeras questões da órbita jurídica, tanto teóricas quanto práticas, como a constitucionalidade do acordo e o seu choque com alguns princípios constitucionais e legais.

Neste capítulo serão abordados os pontos sobre a constitucionalidade e inconstitucionalidade da resolução nº 181/2017 do CNMP, editada pela resolução nº 183/2018 também do CNMP. Os posicionamentos favoráveis a constitucionalidade do acordo, os argumentos quanto à sua inconstitucionalidade e as diferenças entre a transação penal e a justiça penal negociada.

1.1 (In) Constitucional/ Resolução nº 181/2017

O ordenamento jurídico brasileiro tem a forma piramidal, ao adotar o pensamento do jurista Hans Kelsen, as leis brasileiras tem uma ordem hierárquica

que determina a sua força obrigatória. A Constituição é a lei maior, a responsável por dar os contornos da estrutura do Estado e estabelecer direitos e garantias fundamentais. Depois, vem as Emendas Constitucionais, os tratados e convenções internacionais de direitos humanos, que passam por um processo mais rígido de tramitação no Poder Legislativo. As normas imediatamente abaixo são as leis complementares, leis ordinárias, as medidas provisórias, os decretos legislativos, as resoluções legislativas, e várias outras espécies normativas.

A Carta Magna de 1988 dispõe em seu artigo 22, inciso I, que compete privativamente à União legislar sobre direito processual, não podendo nenhum ato normativo da administração criar direito novo pertinente aos temas elencados nesse inciso. Em outras palavras, apenas lei federal após o devido processo legislativo pode tratar de matéria processual.

A Constituição Federal de 1988 trouxe como viga mestra do sistema processual brasileiro o princípio do devido processo legal, previsto em seu artigo 5º, inciso LIV: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Isto é, ninguém será preso ou privado de seu patrimônio sem antes tramitar na justiça criminal ou cível um processo que obedeça a todos os parâmetros legais estabelecidos pelo Código de Processo Penal, Civil e/ou pelas leis extravagantes. (BRASIL, 1988)

O doutrinador Gustavo Henrique Bardaró de forma brilhante explica:

Em suma, o modelo constitucional do devido processo legal no sistema brasileiro é de um processo que se desenvolva perante o juiz natural, em contraditório, assegurada a ampla defesa, com atos públicos e decisões motivadas, em que ao acusado seja assegurada a presunção de inocência, devendo o processo se desenvolver num prazo razoável. Sem isso não haverá devido processo legal. (2018, p. 92)

Nesta senda, a Lei e a doutrina estabelecem normas e princípios norteadores para instauração da investigação criminal e da ação penal, direcionados as autoridades policiais e aos membros do Ministério Público. Com o intuito de garantir ao suspeito, indiciado ou acusado o devido processo legal, com direito ao contraditório e a ampla defesa.

O princípio da obrigatoriedade, pertinente a ação penal pública, estabelece que o *Parquet* ao receber o inquérito policial ou concluir quaisquer peças de informações, deve obrigatoriamente oferecer a denúncia, caso verifique a presença dos indícios de autoria e materialidade, da justa causa e por derradeiro, das condições da ação penal. O Promotor ou Procurador não deve fazer um juízo de valor sobre quem será o denunciado, ou porque, deve apenas cumprir o seu ofício, denunciar. Tal princípio tem previsão legal no artigo 24 do Código de Processo Penal.

A Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, em seu artigo 18 trouxe como inovação, o acordo de não persecução penal, que consiste num acordo passível de ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado. E que, uma vez cumprido, ocorrerá o arquivamento da investigação.

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. (CNMP, 2017, *online*)

Para os defensores da inconstitucionalidade do artigo 18 da Resolução nº 181 do CNMP, o conteúdo dessa regra esbarra em todos os princípios explicitados nos parágrafos anteriores, construídos por anos do desenvolvimento do direito material e processual penal, principalmente com a ideia de Estado Democrático de Direito.

Os acusadores da inconstitucionalidade desse artigo alegam também que não pode uma resolução expedida por um órgão de natureza administrativa, que é o Conselho Nacional do Ministério Público, legislar sobre processo penal, contrariando a normativa da Constituição Federal. O problema não se situa na criação de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas sim na forma como foi feita, por meio de uma resolução do CNMP, órgão este que não possui atribuições legislativas, tal como o Congresso Nacional.

Foram propostas duas ações diretas de inconstitucionalidade contra a Resolução nº 181/2017, uma pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados, a ADI nº 5.793, e outra proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), a ADI nº 5.790, a qual houve pedido de aditamento após a resolução nº 183/2018, não tendo ocorrido ainda os julgamentos.

Por derradeiro, diante da hierarquia normativa visada por Hans Kelsen, não pode uma resolução se sobrepor aos princípios e regras dispostas na Constituição e nas leis infraconstitucionais. Destaca-se que tais princípios contornam a construção e manutenção de um Estado Democrático de Direito, o ordenamento que preserva os direitos e as garantias individuais.

Mais adiante, em tópico próprio, a discussão sobre a inconstitucionalidade do ato normativo em tela será mais aprofundada, incluindo a análise da argumentação levantada nas duas ações supracitadas. Por ora, é importante destacar os princípios constitucionais e legais que são contrariados com o referido dispositivo.

1.2 Posicionamentos favoráveis à constitucionalidade do acordo

O Conselho Nacional do Ministério Público foi instituído pela Emenda Constitucional nº 45/2004, conhecida como a “reforma do Judiciário”. Compete ao CNMP, de acordo com o artigo 130 A, § 2º, II, da Constituição Federal, com o artigo 2º, inciso I do Regimento Interno do CNMP:

O controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público, assegurando a autonomia funcional e administrativa do Ministério Público, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências além de zelar pela observância do art. 37 da CF. (BRASIL, 1988, *online*)

O CNMP, assim como o CNJ são órgãos administrativos e fiscalizadores, que pode editar atos normativos primários, isto é, atos que buscam como fundamento de validade diretamente o texto constitucional, sem intermédio de nenhuma outra lei, o que permite inovações no direito pátrio, diferente do que ocorre nos atos normativos secundários. Deste modo, conclui-se que a resolução em tela

tem força de lei federal, possui caráter vinculante, cogente e que deve ser adotado pelos membros do Ministério Público dos Estados e da União.

Os adeptos à resolução defendem também que tal diploma legal não versa sobre processo penal, e sim de política criminal, que visa o funcionamento mais rápido e célere da máquina estatal investigativa e punitiva. Desta forma, não há que se falar em violação ao artigo 22, inciso I da Constituição da República.

Defendendo a constitucionalidade do acordo de não persecução penal, o doutrinador Rodrigo Leite Ferreira Cabral, elenca os seguintes argumentos:

- a) O Supremo Tribunal Federal já reconheceu que as resoluções do CNJ (e portanto, também, as do CNMP) ostentam “caráter normativo primário” (STF-ADC 12 MC);
- b) a Resolução nº 181/17 busca tão somente aplicar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37, caput); da celeridade (CF, art. 5º, LXXVIII) e do acusatório (CF, art. 129, I, VI e VI);
- c) a autorização para a celebração do acordo não consubstancia norma de direito processual (cuja competência legislativa é privativa da União – CF, art. 22, I), uma vez que não trata “do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulam os atos destinados a realizar a causa final da jurisdição” (STF - ADI 2.970), já que disciplina questões prévias ao processo penal e externas ao exercício da jurisdição;
- d) a nova normativa propõe regulamentar e aplicar diretamente dispositivos constitucionais relacionados à atuação do Ministério Público, inserindo-se, pois, no âmbito da competência normativa do CNMP (CF, art. 130-A, § 2º e seus incisos I e II);
- e) o Supremo já reconheceu a constitucionalidade formal de atos normativos em condições muito semelhantes (v.g. STF - ADI 5104 MC), permitindo, inclusive, a regulamentação, por resolução do CNJ, de prazos e condições para a apresentação de presos à audiência de custódia (STF - ADPF 347 MC).(2017, *online*)

Ressalte-se que mesmo com esse forte embasamento há alguns membros do Ministério Público que não adotam as medidas previstas na resolução, pois pensam em sentido contrário, em prol da inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal. Diante disso, pode o causídico da parte requerer, se presentes os requisitos estipulados pelo artigo 18, em juízo a aplicação de tal norma?

Tudo leva a crer que sim, pois se a resolução é uma norma de caráter normativo primário e tem força de lei, é um direito do autor do delito requerê-lo em

juízo, visto que é muito mais benéfico e que o autor já não será beneficiado pelos institutos da transação e da suspensão condicional do processo. Consubstancia-se em um dever do Ministério Público e um direito do autor, desta forma, coopera para uma Justiça mais célere e negocial.

Ademais, a aplicação do acordo de não persecução é eficaz sobre quatro aspectos: a) contribui para que o Poder Judiciário não acumule tantos processos não solucionados; b) visa a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, medidas essas não objetivadas em sede de condenação em processo criminal; c) não contribui para a superlotação dos estabelecimentos carcerários de presos provisórios; d) é aplicável apenas aos crimes de médio potencial ofensivo, porque a transação penal e a suspensão condicional do processo já são aplicáveis aos crimes de menor potencial ofensivo.

O acordo de não persecução corrobora para a efetivação dos princípios da eficiência e da celeridade, previstos na Carta Republicana de 1988. A busca por um rito célere e eficaz que alcance a justiça almejada pela sociedade está cada vez mais difícil. A adoção de um modelo mais negocial e flexível vem ganhando espaço no ordenamento brasileiro, justamente por esse motivo, é mais rápido e eficaz.

Em suma, esses são os argumentos mais sólidos utilizados pela doutrina brasileira que defendem a constitucionalidade do acordo. É inegável que o clamor social pela justiça é crescente e legítimo, e que o povo deve lutar sim, pela resolução e punição de inúmeros casos criminais que ocorrem no Brasil. Numa omissão do Poder Legislativo, diante do caos vivenciado pelos brasileiros, o CNMP fez às vezes e legislou, pôs em vigor uma norma necessária, que contribuirá para a solução de fração dos crimes ocorridos, em prol da celeridade e eficiência da justiça nacional.

1.3 Argumentos para a inconstitucionalidade do acordo

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.790 proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB, inicialmente, argumenta que na resolução há um vício de inconstitucionalidade formal pela contrariedade do artigo 22, I, da Constituição Federal, pelo motivo já explicado no item 1.1 do presente trabalho.

A AMB traz dentre os argumentos pincelados na petição inicial, que a resolução nº 181/2017 do CNMP contraria as normas descritas nos artigos 10, 16, 17, 18, 28, 46 e 47 do Código de Processo Penal. Tais regras têm como principal escopo levar à apreciação do judiciário os rumos de tramitação final do Inquérito Policial.

No momento em que a autoridade policial encaminha o inquérito relatado ao Ministério Público, este pode tomar três medidas: a) arquivar o feito; b) devolvê-lo a autoridade policial para efetuar novas diligências imprescindíveis ao oferecimento da denúncia; c) oferecer a denúncia. Não pode o Ministério Público proceder com um acordo sem antes ter a apreciação do Poder Judiciário, com a alteração do artigo 18 pela Resolução nº 183/2018 do CNMP o acordo de não persecução teve algumas de suas inconstitucionalidades adequadas ao ordenamento jurídico, mas de acordo com a AMB ainda é nítida a sua inconstitucionalidade formal e material.

Como está descrito na própria ação:

Admitindo-se, porém, a utilização da disciplina legal prevista no CPP ao Inquérito Policial também em face do Procedimento Investigatório Criminal a cargo do Ministério Público, terá esse último de observar as balizas da lei, que exigem a submissão dos atos de instauração, prorrogação e arquivamento ao Poder Judiciário.

[...]

Daí o pedido de procedência da ação para declarar a inconstitucionalidade da Resolução n. 181 do CNMP, por vício de inconstitucionalidade formal (CF, art. 22, I), porque o CNMP legislou em matéria penal e de processo penal e também por inconstitucionalidade material CF, art. 5º, II), porque está submetendo os acusados a procedimento não previsto em lei (ADI, 5790,2017 p. 22).

O ponto mais grave do acordo de não persecução era o Ministério Público aplicar sanções sem a apreciação do magistrado, ditas pelo artigo 18 como condições, mas fazem o papel de punições aplicadas pelo membro do MP. De forma semelhante ao previsto na Lei nº 9.099/1995, com a diferença desta exigir a chancela do juiz de direito. A petição da referida ação acusa a resolução de usurpar a competência do Poder Judiciário.

Posteriormente ao ingresso da ADI pela AMB, o CNMP editou a Resolução 183 que fez algumas alterações na resolução nº181/2017, o que levou a

AMB aditar a petição inicial da referida ação porque algumas das inconstitucionalidades apontadas restaram prejudicadas. De mais relevante, o CNMP alterou o polêmico artigo 18, e incluiu nos § 5º e 6º a possibilidade do magistrado analisar o cabimento do acordo e as condições impostas pelo membro do MP, foi devolvido o poder de homologação ao Juiz.

Já a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.793 proposta pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – CFOAB tem como argumento inédito a inconstitucionalidade dos artigos 1º, 2º e 7º da resolução nº181/2017 do CNMP, e como a ADI nº 5.790, proposta pela AMB, o pedido de inconstitucionalidade do artigo 18.

Segundo o Conselho Federal da Ordem dos Advogados tais dispositivos afrontam o princípio da impessoalidade previsto no artigo 37 da Constituição Federal. Isso porque não estabelece limites para o Ministério Público e a Autoridade Policial instaurarem procedimento investigativo, deixando margens para atuação com discricionariedade, o que não calha com os fins da administração pública.

Por se tratar de apuração que, pela sua natureza, pode resultar em privação da liberdade ou óbice à livre fruição da propriedade privada, não se revela compatível com o princípio da impessoalidade da Administração Pública, consagrado no art. 37, caput, da Constituição Federal, permitir que o Ministério Público possa escolher quem ou o que deverá investigar, sem a observância de parâmetros objetivos (ADI 5793, 2017, p. 12).

O Conselho Federal da Ordem dos Advogados aponta também a violação do princípio da reserva legal, sob o argumento de que a Constituição em seu artigo 129 prevê que compete privativamente ao Ministério Público promover a ação penal pública. Ao legislar por meio de uma resolução o MP feriu o princípio da reserva legal, posto que somente lei formal, que tramitou pelo devido processo legislativo pode versar sobre tal tema. O que coaduna com o argumento de violação do artigo 22, I, da Carta Política.

1.4 Diferenças entre a transação penal e a justiça penal negociada

Diante do caos social e do aumento exacerbado da violência, combinado com uma justiça burocrática, morosa e ineficiente, surgem novas ideias que visam à

celeridade e a eficiência do Poder Judiciário. A sociedade clama por mudanças efetivas quanto à celeridade processual e a severidade das penas aplicadas aos criminosos.

Neste contexto, o Brasil seguiu os caminhos do consenso, rompendo com a estrutura tradicional punitiva. Primeiro com a justiça penal negociada instaurada com a Lei nº 9.099/1995, que de fato inovou nos quesitos celeridade e eficiência. Porém, o diferencial está no instituto da colaboração premiada, previsto na Lei nº 12.850/2013.

A transação penal está regulada na Lei nº 9.099/1995 – Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que trouxe como inovação a simplificação do procedimento criminal em relação aos crimes de menor potencial ofensivo, prevendo medidas despenalizadoras, com a aplicação antecipada de uma pena restritiva de direito.

Inicialmente, cumpre conceituar crimes de menor potencial ofensivo, como está descrito na legislação em comento: “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.” (BRASIL, 1995, *online*)

Infração penal é o gênero no qual são espécies os crimes e as contravenções penais, estas por sua vez, são de caráter mais leve, considerada como um crime menor. Independente, se for crime ou contravenção, desde que a pena máxima não ultrapasse dois anos, é infração de menor potencial ofensivo. A lei estabelece para o autor de tais infrações um procedimento mais célere, um rito simplificado, que visa a efetivação da justiça de forma mais eficiente, denominado procedimento sumaríssimo, previsto nos artigos 69-83 da Lei nº 9.099/1995.

A Lei nº 9.099/1995 abarca como medidas despenalizadoras a conciliação, para as infrações de todas as espécies de ação penal, a transação penal, apenas para os crimes processados mediante ação penal pública, e a suspensão condicional do processo, para qualquer crime, desde que a pena mínima

cominada não ultrapasse um ano, exceto nos crimes previstos na Lei nº 11.340/2006 – Lei Maria da Penha.

O instituto da transação penal consiste num acordo entre o Ministério Público e o autor do fato de cumprimento de uma pena restritiva de direitos ou multa, sem que haja a assunção de culpa por parte do autor da conduta. Conforme o artigo 76 da legislação, quando for crime de ação penal pública incondicionada, ou haver representação, e não ser caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritivas de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. (BRASIL, 1995, *online*)

Para a proposta ser admitida esse dispositivo legal impõe alguns requisitos, são eles: a) o autor não pode ter sido condenado a pena privativa de liberdade; b) não pode o autor ter se beneficiado do instituto nos cinco anos anteriores a proposta; c) a medida deve ser necessária e suficiente, indicando assim os antecedentes, a conduta social, os motivos e as circunstâncias do fato.

Depois de realizada a proposta na audiência preliminar, com a observância desses requisitos, aceita pelo indiciado, acompanhado de seu advogado, o feito será submetido a apreciação do juiz, e logo, aplicará a pena restritiva de direitos prevista no artigo 43 do Código Penal ou a pena de multa.

As penas restritivas de direito são:

- I - prestação pecuniária; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
- II - perda de bens e valores; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)
- III - limitação de fim de semana. (Incluído pela Lei nº 7.209, de 1984)
- IV - prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- V - interdição temporária de direitos; (Incluído pela Lei nº 9.714, de 25.11.1998)
- VI - limitação de fim de semana. (BRASIL, 1940, *online*)

O cumprimento do acordo firmado em sede de transação penal não deixa reincidência e nem antecedentes, esse é o grande benefício auferido pelo autor que aceita o acordo e se utiliza desse instituto. Não havendo o cumprimento, revoga-se o

acordo e a tramitação processual segue dentro dos parâmetros estabelecidos pelos artigos 77-83 da referida Lei.

A justiça penal negociada, por sua vez, é mais completa, é gênero do qual pertencem os institutos supracitados, a conciliação, a transação penal e a suspensão condicional do processo. A justiça penal negociada foi inaugurada no ordenamento jurídico brasileiro com a lei n° 9.099/1995 e após, foi solidificada com a lei n° 12.850/2013 que prevê o instituto da colaboração premiada, importado dos Estados Unidos da América, é necessária uma análise minuciosa do sistema para saber se tal vestimenta cabe na realidade fática processual brasileira.

A colaboração premiada, prevista nos artigos 4º-7º da referida lei, consiste num acordo firmado entre o indiciado/acusado e o Ministério Público, podendo ser pactuado durante a investigação ou durante o processo judicial e até posterior a sentença, em qualquer caso é sigiloso e deve ser levado à apreciação do juiz. Nas palavras de Brandalise:

[...] é um acordo voluntário acerca do exercício de direitos processuais e que determina o encurtamento do procedimento, na medida em que leva a uma sentença de forma mais acelerada (e que tende a ser mais benéfica ao acusado, já que o réu deixa de utilizar direitos processuais). Além da voluntariedade, devem estar presentes a inteligência/compreensão de seus termos, um substrato fático e a efetiva assistência de um advogado/defensor para sua efetivação (BRANDALISE, 2016, p. 29)

De uma leitura prática do artigo 4º da Lei n° 12.850/2013, percebe-se que o acordo de colaboração premiada é composto de três fases: a) negociações, momento em que é demonstrado ao indiciado/acusado os benefícios que podem ser auferidos e o quanto ele pode colaborar no caso; b) momento de formalizar de acordo com os requisitos do artigo 6º deste dispositivo legal e, após levar a apreciação do juiz para homologação; c) colaboração e efetiva produção de provas, momento em que de fato o acusado vai revelar informações capazes de auxiliar na efetivação da justiça, e com isso, produzir provas aptas a incriminar outras pessoas; d) sentenciamento e concretização do benefício, momento que o acusado terá a contraprestação devida pelo Estado adimplida, assim como foi acordado no início de todo procedimento. (BRASIL, 2013, *online*)

O referido artigo prevê como benefícios àqueles que firmam o acordo de colaboração premiada o perdão judicial, a redução de até dois terços da pena privativa de liberdade ou a substituição por pena restritiva de direitos. Para que isso se efetive é necessário o alcance de um ou mais desses resultados:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada. (BRASIL, 2013, *online*)

De forma semelhante à lei nº 9.099/1995, o § 1º do referido artigo prevê que para ser concedido o benefício deve ser observada a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração. Importante ressaltar que o § 3º estabelece que o prazo prescricional para o oferecimento da denúncia ou o processo pode ser suspenso por seis meses, prorrogável por igual período, visando a efetivação das medidas necessárias a colaboração.

No § 2º vislumbra-se a oportunidade que o Ministério Público ou o Delegado de Polícia tem de alterar as cláusulas contratuais do acordo a depender da relevância da colaboração, podendo representar pelo perdão judicial do colaborador. Consoante ao § 10, as partes podem ainda alterar os termos do acordo sem nenhum motivo específico, neste caso as provas produzidas não poderão ser utilizadas exclusivamente contra o colaborador.

O § 6º descreve que o magistrado não poderá participar da negociação do acordo, restringindo o pacto apenas ao delegado, defensor e acusado, logo com manifestação do MP, ou apenas entre o MP, o acusado e o defensor. É muito importante a lei garantir ao indiciado/acusado o direito de se acompanhar de um defensor, garantindo assim a efetivação do princípio da ampla defesa.

No mesmo sentido está o § 15, “Em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração, o colaborador deverá estar assistido por defensor.” O juiz fica a cargo apenas de verificar a sua legalidade, regularidade e voluntariedade, podendo ouvir o indiciado/acusado sigilosamente, acompanhado de seu defensor, conforme o § 7º da lei.

Da mesma forma que a Lei impõe deveres ao colaborador também concede alguns direitos, previstos no artigo 5º, são eles:

- I - usufruir das medidas de proteção previstas na legislação específica;
- II - ter nome, qualificação, imagem e demais informações pessoais preservados;
- III - ser conduzido, em juízo, separadamente dos demais coautores e partícipes;
- IV - participar das audiências sem contato visual com os outros acusados;
- V - não ter sua identidade revelada pelos meios de comunicação, nem ser fotografado ou filmado, sem sua prévia autorização por escrito;
- VI - cumprir pena em estabelecimento penal diverso dos demais corréus ou condenados.

Por fim, o § 16 prescreve que nenhuma sentença condenatória será proferida embasada apenas em declarações dadas em sede de colaboração premiada, por óbvio, o acervo probatório deve corroborar com as provas produzidas por meio da delação. O juiz não está vinculado a essas provas, lembrado que é vigente o princípio do livre convencimento motivado, estabelecido na Constituição Federal.

Em termos gerais, a justiça penal negociada é semelhante ao contrato regulado pelo direito civil, podendo as partes pactuarem da forma que melhor lhes convém, respeitado os limites legais, e se caso for conveniente, alterar as suas cláusulas contratuais. Há quem critique tal instituto por ferir princípios constitucionais e o processo penal democrático. Ao analisar a problemática, o professor Humberto Barrionuevo Fabretti de forma brilhante escreve:

Entende-se que é preciso manter a prudência que o tema exige. Não se pode avaliar a negociação da sentença criminal apenas do ponto de vista da economia processual ou de uma suposta eficiência.

Justiça eficiente não se confunde com aquela que mais condena. Não raras são as vezes em que este modelo decreta condenações injustas. Quando um investigado, indiciado ou réu em um processo penal se vê diante de um sistema judicial falho, fica naturalmente suscetível a aceitar a pena proposta diante do receio de uma sentença desproporcional mais adiante. (FABRETTI, 2018, *online*)

Desta forma, ainda não é possível vislumbrar os efeitos da justiça penal negociada no âmbito da lei de Organização Criminosa, visto que a sua aplicação é recente e mais utilizada no universo da Operação Lava Jato, ocasião em que foi descoberto um esquema de corrupção colossal na política brasileira.

CAPÍTULO II – AÇÃO PENAL PÚBLICA

Ao iniciar o estudo da ação penal, necessário se faz conceituar o tema, isto porque nem o Código Penal, nem o Código de Processo Penal, deram uma definição de ação penal, assim, coube à doutrina estabelecer o conceito. Esta pode ser definida como o direito de ingressar em juízo, seja através do Ministério Público ou pelo próprio ofendido, solicitando a prestação jurisdicional por parte do Estado por meio da aplicação das normas de Direito Penal ao caso concreto.

O conceito de ação penal, nas palavras de Capez está definido como:

[...] o direito de pedir ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo a um caso concreto. É também o direito público subjetivo do Estado-Administração, único titular do poder-dever de punir, de pleitear ao Estado-Juiz a aplicação do direito penal objetivo, com a conseqüente satisfação da pretensão punitiva. (2009, p.101)

A persecução penal inicia-se, via de regra, por meio do inquérito policial, com o escopo de apurar a autoria e materialidade de uma infração penal para viabilizar o exercício da ação penal pelo Ministério Público através do oferecimento da denúncia. Esta, segundo o artigo 41 do Código de Processo Penal, deve conter: “a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.” (BRASIL, 1941, *online*)

A titularidade da ação penal pertence privativamente ao Ministério Público, conforme o artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Entretanto a lei comporta exceções, bem como a ação penal privada e a ação penal de

iniciativa privada subsidiária da pública, em razão da omissão do Ministério Público no prazo legal. (BRASIL, 1988)

Consoante o artigo 46 do Código de Processo Penal, se o réu estiver preso, a denúncia deve ser apresentada em cinco dias, e se estiver solto, em quinze dias. O prazo começa a contar a partir do dia em que o Ministério Público receber os autos do inquérito ou das peças de informação. Prorroga-se para o primeiro dia útil seguinte, caso o prazo se encerre em domingo ou feriado.

Embora no ordenamento jurídico pátrio, a ação penal seja tratada tanto no Código de Processo penal, em seus artigos 24 a 62, quanto no Código Penal, nos artigos 100 a 106. A sua natureza jurídica não pode ser entendida como mista, isto porque, sua natureza é exclusivamente processual. Vale salientar, que a identificação dessa natureza não é mero deleite doutrinário. (BRASIL, 1941)

A ação penal é classificada a partir da legitimidade ativa para a propositura da ação e da necessidade ou não do preenchimento de algum requisito específico. Divide-se em ação penal de iniciativa pública e ação penal de iniciativa privada. A primeira possui duas subdivisões: ação penal de iniciativa pública incondicionada e ação penal pública de iniciativa pública condicionada, e a segunda três subdivisões: ação penal de iniciativa privada propriamente dita; ação penal de iniciativa privada personalíssima e ação penal de iniciativa privada subsidiária da pública.

Tendo em vista este trabalho ser sobre o acordo de não persecução penal, cabível apenas na ação penal pública, definirá apenas esta. Na ação penal pública incondicionada o Ministério Público independe da vontade do ofendido para propor a ação, basta haver indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do fato para ser proposta. Enquanto na ação penal pública condicionada, o Ministério Público depende de preenchimentos de requisitos, como a manifestação de vontade do ofendido ou à requisição do Ministro da Justiça.

A definição de se determinado crime é de ação penal pública incondicionada, de iniciativa pública condicionada ou iniciativa privada se dá pelo

legislador. Vale dizer, no silêncio da lei, omitida as expressões "somente se procede mediante representação" ou "somente se procede mediante queixa", a ação penal será de iniciativa pública incondicionada.

Art. 100 - A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 1º - A ação pública é promovida pelo Ministério Público, dependendo, quando a lei o exige, de representação do ofendido ou de requisição do Ministro da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

§ 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Por fim, este capítulo se propõe a tratar sobre a evolução histórica da ação penal, bem como seus princípios e os requisitos para o seu cabimento, além das consequências do Acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Evolução histórica

Antes de adentrar na evolução histórica da ação penal, é importante mencionar a evolução do conceito de justiça e do processo penal no tempo. Ainda hoje o conceito de justiça é abstrato, no entanto, vale salientar Platão, na obra A República, por meio do personagem principal Sócrates busca definir a justiça através do comportamento humano, entre fazer o justo e o injusto, e a definição de justiça estaria na felicidade, esta conquistada ao ser justo diante os demais cidadãos.

Tendo em vista a necessidade de regular a vida em sociedade, o Estado trouxe para si o *jus puniendi*, ou seja, o direito de punir. Dessa forma, ao assumir o monopólio da Justiça, se fez necessário colocar ao alcance do cidadão instrumentos

para que ele pudesse invocar a atividade jurisdicional do Estado em busca da solução de seus litígios e no reconhecimento de seus direitos.

A ação penal foi brevemente mencionada, de início no Código Criminal de 1830. O legislador no artigo 262, disse que: "Não se dará ação de furto entre marido e mulher, ascendentes ou descendentes e afins nos mesmos graus; nem por ela poderão ser demandados os viúvos ou viúvas, quanto as coisas que pertencerem ao cônjuge morto, tendo somente lugar, em todos esses casos, a ação civil para a satisfação." (BRASIL, 1830, *online*)

Em 1890 surge o novo Código Penal, porém, com uma regulamentação genérica da matéria, no qual versa a ação penal como instituto de direito material. Mais adiante, em 1940, o atual Código de Processo Penal, dedicou um capítulo inteiro ao instituto da ação penal, nos artigos 24 a 62, além do Código Penal, hoje nos artigos 100 a 106.

O Estado, sintetizando uma luta secular em que se resume a própria história da civilização, suprimiu a autodefesa e avocou a si o direito de dirimir os litígios existentes entre os indivíduos. Assumiu o dever de distribuir justiça criando, com essa finalidade, tribunais e juízos para tornar em efetiva a proteção dos direitos e interesses individuais garantidos pela ordem jurídica.(BITENCOURT, 2003, p. 691)

Diante disso, a Carta Magna de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consagrou o direito de acesso ao judiciário: "A lei não excluirá da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito". No entanto, não se confunde o início da ação penal com o seu ajuizamento. O primeiro se dá com o oferecimento da peça acusatória, enquanto o último quando o juiz profere despacho determinando a citação. (BRASIL, 1988)

Logo, a evolução da ação penal inicia-se com a teoria conhecida como clássica, civilista ou imanentista. No Brasil foi defendida por João Monteiro, que entendiam que a ação e o direito material não se diferenciavam. Após a polêmica entre Windscheid - Muther, este distinguiu o direito de ação do direito material. E para Adolf Wach só tinha o direito de ação quem tinha razão. Posteriormente, Degenkolb e Plosz desenvolveu uma nova teoria, na qual a ação estava totalmente

separada do direito material, em razão dos casos em que há improcedência. Por derradeiro, a teoria eclética da ação, desenvolvida por Liebman, em que haveria condições da ação, tratada em tópico adiante.

2.2 Princípios da ação

Há princípios que são comuns a todas as ações penais. O princípio da demanda, princípio da iniciativa das partes ou princípio da ação, decorre do sistema acusatório, onde a ação penal sempre dependerá de iniciativa da parte, ou seja, não pode o magistrado iniciar a persecução penal. E pelo princípio da intranscendência, o processo nunca pode passar da pessoa do acusado, embora se tenha consequências familiares.

Segundo o princípio da oficialidade, a ação penal pertence ao Estado e deve ser exercida através do Ministério Público. Ademais, devem atuar de ofício, sem necessidade de provocação, de acordo com o princípio da oficiosidade. É importante destacar o princípio da obrigatoriedade, isto porque, este princípio estabelece que o Ministério Público ao receber o inquérito policial, deve obrigatoriamente oferecer a denúncia, caso verifique a presença dos indícios de autoria e materialidade, da justa causa e das condições da ação penal.

Nesse sentido, em razão do acordo de não persecução penal, ocorre a mitigação do princípio da obrigatoriedade, pois, o cumprimento das condições estabelecidas no acordo enseja o arquivamento da investigação, em outras palavras, não haverá ação penal. Dentro dessa perspectiva, o Ministério Público adota o princípio da oportunidade.

Por fim, o princípio da indivisibilidade, a ação penal pública ou privada deve ser proposta em face de todos, sempre que houver indícios suficientes de autoria e materialidade. Diferente da ação penal privada, há controvérsia quanto ao princípio da indivisibilidade na ação penal pública, segundo o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ), este não cabe devido o Ministério Público poder, a qualquer momento, aditar a denúncia para incluir novos réus.

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TORTURA. PEDIDO DE TRANCAMENTO. ALEGAÇÃO DE ARQUIVAMENTO IMPLÍCITO. PACIENTE NÃO DENUNCIADO NA PRIMEIRA EXORDIAL ACUSATÓRIA OFERECIDA PELO PARQUET ESTADUAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL QUANTO A ESTE TOCANTE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO ADVOGADO PARA A AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO DEPRECADO, A DESPEITO DE DESPACHO JUDICIAL QUE DETERMINOU A REALIZAÇÃO DE TAL DILIGÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA CONFIGURADO. ORDEM CONCEDIDA. **1. O não oferecimento imediato da denúncia com relação ao Paciente não implica na renúncia tácita ao jus puniendi estatal, pois o princípio da indivisibilidade não é aplicável à ação penal pública incondicionada, diferentemente da ação penal privada. Segundo o ordenamento jurídico pátrio, o arquivamento da ação penal pública depende de pedido expresso do Ministério Público, e somente pode ser determinado pelo Juiz. {...}**

(STJ - HC: 95344 RJ 2007/0280897-6, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 15/10/2009, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/12/2009)

Diante da controvérsia, o princípio da indivisibilidade foi mitigado pelo legislador com a Lei nº 9.099/1995, ao incluir a transação penal, e posteriormente com a Lei nº 12.850/2013, com a colaboração premiada. De acordo com o artigo 42 do Código de Processo Penal, o Ministério Público não poderá desistir da ação penal uma vez proposta, em razão do princípio da indisponibilidade. Enquanto a ação penal privada vigora o princípio da disponibilidade.

Assim, o caminhar para a Justiça Consensual, com o advento das Leis nº9.099/1995, posteriormente a Lei nº 12.850/2013 e, por último, a resolução do CNMP nº 181/2017, alterada pela resolução nº 183/2018, que instituiu o acordo de não persecução penal. Deste modo, alguns princípios da ação penal pública acabaram sendo mitigados.

2.3 Requisitos para o cabimento da ação penal

Faz-se necessário separar os requisitos para o cabimento da ação penal em as condições da ação penal e pressupostos processuais. Pois, de acordo com o artigo 395, inciso II, do Código de Processo Penal, a denúncia ou a queixa será rejeitada quando faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal. Embora haja doutrinadores que refutam a divisão genérica das condições da

ação penal, por algumas delas serem comuns a qualquer ação penal, serão estas tratadas a seguir. (BRASIL, 1941)

Primeira condição da ação penal é a legitimidade *ad causam*. Sob esse aspecto, nas ações penais públicas, o legitimado para propor a ação é o ministério público e diante da ação penal de iniciativa privada, o legitimado será o próprio ofendido. Há entendimento de que além da pessoa física, a pessoa jurídica também pode figurar no polo passivo.

A segunda condição da ação, o interesse de agir passou a ser uma necessidade de ir a juízo para obter a tutela pretendida, pois, não há pena sem o devido processo (*nulla poena sine iudicio*). Entretanto, os juizados especiais criminais, como o instituto da transação penal, previsto no artigo 76 da lei nº 9.099/1995, é uma das possibilidades que dispensa a ação penal quando preenchido os requisitos.

Na possibilidade jurídica do pedido, o pedido será juridicamente possível quando estiver previsto no ordenamento jurídico. O fato narrado na denúncia ou na queixa, deve descrever fato típico, portanto, não haverá possibilidade jurídica quando o fato for atípico ou quando se pedir uma pena não admitida em nosso ordenamento jurídico.

Por último, embora não haja consenso doutrinário se a justa causa é uma quarta condição da ação penal, se está dentro das outras três condições da ação penal. Predomina o entendimento de que para o início da ação penal, é necessário um suporte probatório mínimo. Assim, não haverá justa causa quando estiver presente atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade e faltar indícios de autoria e materialidade.

2.4 Consequências do acordo

O acordo de não persecução penal tem como uma das suas consequências a mitigação de alguns princípios. Embora o princípio da obrigatoriedade não esteja expressamente previsto na Constituição Federal de 1988,

o Código de Processo Penal, e na doutrina, é pacífica a obrigatoriedade da ação penal.

Assim, no acordo de não persecução penal, o Ministério Público, com o objetivo de deixar a justiça criminal mais célere, mitiga o princípio da obrigatoriedade e aplica o princípio da oportunidade, sendo este a faculdade de o Ministério Público promover ou não a ação penal e, por outras vias, aplicar a sanção pelo crime cometido.

Embora o acordo não violar o devido processo legal, tendo em vista o acusado ter o direito de aceitar ou não, e o acordo de não persecução penal ser similar a transação penal, esta aplicada desde 1995, após o advento da lei nº 9.099/1995. Com a diferença do acordo não ser um direito subjetivo do acusado.

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. (cnmp.com.br, 2017, *online*)

Desta forma, o acordo de não persecução penal pode causar uma insegurança jurídica, em razão de o investigado se enquadrar nos requisitos e desejar celebrar o acordo, e diante da inexistência de obrigação do Ministério Público propor o acordo, ficará a critério de cada promotor decidir quem irá se beneficiar do acordo e quem vai responder por um processo criminal.

CAPÍTULO III – DIREITO PENAL MÍNIMO E MÁXIMO

Este capítulo tem como objetivo correlacionar duas teorias controversas, sendo uma o Direito Penal Mínimo, com destaque a teoria do garantismo penal desenvolvida por Luigi Ferrajoli. Esta respeita os direitos e garantias fundamentais, e confere aos cidadãos um sistema comprometido com a defesa da liberdade, e com a necessidade de reduzir a violência exercida pelo poder punitivo do Estado, carece ser utilizado em todas as fases da persecução penal, no direito material, no direito processual, e também na fase de execução penal, isto porque proporciona a presunção de inocência, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal. Do outro lado, tem-se o Direito Penal Máximo, com destaque a teoria do direito penal do inimigo, idealizada por Gunter Jakobs, a qual perde-se as garantias penais e processuais, e não segue o devido processo legal, em razão de não se reprovar a culpabilidade do agente, e sim, sua periculosidade. Em vista disso, as pessoas consideradas "inimigas da sociedade", não tem necessidade de ser concedidas as mesmas garantias, remédios e benefícios oferecidos pelo direito penal àqueles que são considerados cidadãos.

3.1 Direito penal mínimo

A teoria do Direito Penal Mínimo, embora não tenha previsão legal no ordenamento jurídico brasileiro, é defendida por vários juristas. Esta teoria busca a aplicação do direito penal sem excessos, com uma adequação razoável entre a conduta e a ofensa ao bem jurídico tutelado. Em razão desta teoria, o direito penal só deve ser aplicado quando não seja passível a reparação pelos outros ramos do direito.

Sobre o tema, o doutrinador Paulo Queiroz afirma:

Dizer que a intervenção do Direito Penal é mínima significa dizer que o Direito Penal deve ser a *ultima ratio*, limitando e orientando o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta somente se justifica se constituir um meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico. O Direito Penal somente deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens jurídicos em conflito (2001, *online*).

Dentro do Direito Penal Mínimo, a teoria mais conhecida é a teoria do Garantismo Penal, criada por Luigi Ferrajoli, no final do século XX, influenciado pelo iluminismo do século XVIII, momento em que os direitos e garantias individuais passaram a ser protegidos. Nesta teoria busca aumentar a liberdade do homem e diminuir a intervenção do Estado. Assim, deve punir as infrações penais mais graves, abolindo os tipos penais de crimes de menor potencial ofensivo, no entanto, deve-se pautar pelo devido processo legal e por outros princípios que dele decorrem. Pois esta teoria não se fundamenta somente da lei, mas principalmente no Estado Democrático de Direito.

O garantismo penal possui as seguintes premissas: a) não há crime sem lei (*nullum crimen sine lege*); b) não há pena sem crime (*nulla pena sine crimine*); c) não há lei penal sem necessidade (*nulla lex poenalis sine necessitate*); d) não há necessidade de lei penal sem lesão (*nulla necessitas sine injuria*); e) não há lesão sem conduta (*nulla injuria sine actione*); f) não há conduta sem dolo e sem culpa (*nulla actio sine culpa*); não há culpa sem o devido processo legal (*nulla culpa sine iudicio*); g) não há processo sem acusação (*nullum iudicium sine accusatione*); h) não há acusação sem prova que a fundamente (*nulla accusatio sine probatione*); i) não há prova sem ampla defesa (*nulla probatio sine defensione*). (FERRAJOLI, 2006, p. 74-75).

A teoria do direito penal mínimo não defende a exclusão da tipicidade nos crimes de menor potencial ofensivo, pois já existe o princípio da insignificância que exclui a tipicidade quando cumprido os requisitos. Defende assim, uma política criminal que torne a persecução penal mais justa e em um tempo mais razoável. Razão pela qual é o meio-termo entre as teorias abolicionista e o direito penal máximo.

Os princípios basilares do garantismo penal são os seguintes: 1) princípio da retributividade ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido; 2) princípio da legalidade; 3) princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal; 4) princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; 5) princípio da materialidade; 6) princípio da culpabilidade; 7) princípio da jurisdicionalidade; 8) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa unicamente que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do encargo da prova; 10) princípio do contraditório. (FERRAJOLI, *online*)

3.2 Direito penal máximo

Para a teoria do Direito Penal Máximo, criada por Günther Jakobs, na Alemanha por volta de 1980, toda infração penal deve ser punida severamente, assim, nenhum culpado permaneceria impune. Pois, a punição severa de crimes menores, evita que o criminoso pratique crimes mais graves, além de servir de exemplo para a sociedade. A teoria com maior destaque é a do Direito Penal do Inimigo, no entanto há outras vertentes, como a política de tolerância zero e a teoria das janelas quebradas.

A metodologia do Direito Penal máximo está estruturada nos seguintes pontos: a) ampliação das leis penais; b) ampliação das penas de prisão e com longa duração; c) regime de execução mais rígido; d) tolerância zero; e) redução da maioria penal; f) pena de prisão para usuários de drogas e; g) direito penal do inimigo, ou seja, possui como características punições mais rígidas e uma ação penal mais rápida contra o acusado. Essa teoria busca a antecipação da punibilidade, a desproporcionalidade das penas e relativização ou a supressão das garantias penais processuais dos indivíduos considerados como inimigos do Estado.

No Brasil, apesar do sistema penal ter uma tendência ao Direito Penal Mínimo, diante do atual contexto social, há incidências do Direito Penal Máximo. Por exemplo a Lei dos Crimes Hediondos, lei nº 8.072/1990, a Lei das Organizações criminosas, lei nº 12.850/2013, e a Lei do Abate de Aeronaves, lei nº 9.614/1998 e artigo 52 da Lei de Execução Penal, lei nº 7.210/84, Regime disciplinar

diferenciado(RDD) demonstrando o legislador infraconstitucional o repúdio com alguns crimes e alguns criminosos.

O Direito Penal do Inimigo teve seu marco histórico no Brasil com a edição da Lei dos Crimes Hediondos, que é proveniente de um projeto de iniciativa popular, preliminarmente idealizado pela escritora Glória Perez, quando do assassinato de sua filha, a atriz Daniela Perez.

Para Lemini, o caso referido denota que:

A busca do imediatismo na punição de certos crimes, cria no legislador uma ânsia em contentar a sociedade que demonstra repúdio público, através dos meios de comunicação, às suas práticas. Desta maneira, leis são editadas para dar a falsa impressão de segurança restaurada, apacando a ira da população instigada pelos meios midiáticos, o que, para o legislador, tem justificado a perda de alguns benefícios e até mesmo o cerceamento de outros. (2015, *online*).

Quando o legislador sanciona com mais dureza esses crimes, é possível ver a influência da teoria do Direito Penal do Inimigo, tendo em vista a finalidade, que seria aumentar a pena dos delitos, e os que cometerem tais crimes, seria considerado inimigo. Por exemplo, a lei de crimes hediondos que restringiu garantias processuais, como a proibição de anistia, graça e indulto, além de ter aumentado o prazo para progressão de regime.

Outra teoria importante do direito penal máximo é a teoria das janelas quebradas ou "broken windows theory", criada nos Estados Unidos como política de segurança pública e combate à criminalidade. Esta teoria diz que os pequenos delitos ou contravenções se não punidas, acarreta condutas criminosas mais graves, portanto, torna-se necessário a efetiva atuação estatal.

A origem desta teoria foi a partir de uma experiência feita nos Estados Unidos. Foram deixados dois carros iguais, um estacionado em bairro de periferia e o outro em uma área nobre. Após poucas horas, o carro deixado no bairro da periferia foi saqueado e destruído. Já no bairro nobre, o veículo ficou intacto por uma

semana, e depois que uma das janelas do carro foi quebrada, em poucas horas o carro também foi furtado e destruído.

Baseado neste estudo foi desenvolvida a teoria das janelas quebradas. A partir desta teoria a relação de causalidade entre a criminalidade e outros fatores sociais, tornou-se menos importante do que a relação entre a desordem e a criminalidade. E a sua primeira aplicação foi na década de 80 no metrô de Nova York. Em razão dos resultados positivos, em 1994, Rudolph Giuliani, prefeito de Nova York, impulsionou a política de tolerância zero em toda a cidade e o resultado foi uma enorme redução dos índices de criminalidade da cidade de Nova York.

3.3 Teoria predominante no acordo de não persecução penal

Antes de analisar qual a teoria predomina no acordo de não persecução penal, é importante analisar qual a teoria predomina no nosso ordenamento jurídico pátrio. Embora a nossa Constituição seja garantista, como podemos ver no art. 5º, que positivou um rol exemplificativo de diversos direitos inerentes ao ser humano, o legislador brasileiro elaborou algumas leis com tendências ao direito penal do inimigo. O artigo 5º diz:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, segurança e à propriedade [...].
(BRASIL, 1988)

A execução penal, esta garantista, com base nos direitos e garantias fundamentais, visa não apenas punir o criminoso, mas também ressocializar o preso por meio de programas educacionais, assistenciais e psicológicos. O Brasil, signatário de Tratados Internacionais de Direitos Humanos, se compromete a ter uma execução penal garantista. E se houver descumprimentos, a Corte Interamericana de Justiça pode intervir.

No entanto, a execução penal garantista ficou apenas no papel, tendo em vista o atual sistema penal brasileiro, um verdadeiro sistema penal do inimigo, em razão de falta de estrutura nos estabelecimentos prisionais, a superlotação das

celas, a situação precária de higiene e alimentação nas penitenciárias, os maus tratos e a falta de oportunidades para os apenados em regime mais brando.

Como já vimos anteriormente, o acordo de não persecução penal visa a celeridade da justiça criminal, em razão do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia para o início da ação penal nos crimes sem gravidade. Portanto, podemos perceber que a teoria do direito penal mínimo é a que prevalece no acordo de não persecução penal, pois segundo esta teoria apenas os crimes mais graves devem ser punidos.

3.4 Consequências do acordo de não persecução penal

Muito se diz que o Brasil é o país da impunidade, no entanto, temos hoje a quarta maior população carcerária do mundo, perdendo para Estados Unidos, China e Rússia, e diferente destes, a taxa de encarceramento continua crescendo. Em razão disso, o acordo de não persecução penal torna-se bastante importante para diminuir esta taxa.

Enquanto o sistema penal não diagnosticar suas principais causas de ineficiência, as normas penais não serem elaboradas por pessoas competentes e o poder público resolver os problemas que afligem a sociedade brasileira. O sistema penal brasileiro continuará a ser influenciado tanto pelo direito penal mínimo, quanto pelo direito penal máximo.

Hoje, o processo penal visa apenas punir quem comete um crime, tendo a vítima sido esquecida. E seria proporcional movimentar todo o caríssimo aparato repressivo estatal para punir o cidadão em razão de crimes sem tanta relevância social? Segundo Garret Hardin, ao criar a tragédia dos comuns, e ao trazer para o mundo jurídico, se deve compreender a necessidade de utilizar a ação penal apenas em casos relevantes, assim, buscar meios para solucionar crimes de menor relevância sem o processo penal.

[...] Por outro lado, considerando a impossibilidade de o Estado construir estabelecimentos penais que propiciem um mínimo de

dignidade aos presos, considerando que o Poder Público deve preocupar-se com a grande criminalidade que vem causando inquietação à sociedade, considerando que a pena de multa normalmente imposta nas transações penais é diminuta e, se não for paga, o Estado não tem interesse em acionar sua máquina administrativa para executá-la, uma vez que as despesas para a cobrança são maiores que a soma a ser recebida, **melhor seria que nessa reforma processual penal que se anuncia ficasse estabelecido que, nas infrações cuja pena máxima não ultrapassar 2 anos, a composição dos danos ou a simples conciliação entre vítima e autor do fato constitua causa impeditiva da ação penal.[...].** Aliás, o art. 2º do Código de Processo Penal peruano confere ao Ministério Público o poder de abster-se de promover a ação penal nas infrações cuja pena máxima não supere 2 anos, e desde que não seja afetado gravemente o interesse público, se houver acordo entre autor do fato e ofendido. (2018,online)

Em razão disso, o acordo de não persecução penal, a transação penal, como outros, e em consequência a ausência de prisão, o custo de uma ação penal por pessoa, em consequência, o sistema penal como um todo, se torna menos oneroso. Podendo utilizar esse valor para políticas públicas efetivas para reduzir a criminalidade, como educação e oportunidades de trabalho para os apenados.

O aumento de ações penais no poder judiciário joga contra o próprio direito penal efetivo, em razão da grande quantidade de ações que poderiam ter outras soluções, deixando a ação penal apenas para os crimes mais relevantes, pois com a grande quantidade de processos, ocorre as vezes a não punição dos crimes relevantes, por prescrição, pois o poder judiciário acaba não sendo eficiente em decorrência da grande quantidade de processos.

Portanto, o acordo de não persecução penal é uma inovação trazida ao ordenamento jurídico brasileiro com a resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), alterada pela resolução nº 183/2018, e sua consequência é deixar a justiça criminal mais célere e de não concorrer para o aumento do número de processos não solucionados no Poder Judiciário, na verdade iria diminuir a quantidade de processos, além de diminuir a taxa de encarceramento.

CONCLUSÃO

Este trabalho possibilitou uma análise mais profunda da tendência do nosso ordenamento jurídico na solução dos casos criminais. Em busca de punir apenas os crimes de maior gravidade, foram criados institutos para a aplicação da justiça penal consensual.

Em razão dos métodos clássicos de aferição e aplicação de sanção penal se mostrar pouco eficiente diante da evolução da criminalidade, assim, demonstra que a burocrática jurisdição estatal aliada à tendência legislativa da máxima intervenção penal se mostra ineficaz no enfrentamento dos litígios penais.

Logo, o Ministério Público ter a faculdade, e não a obrigação de propor a ação penal quando cometido o fato delituoso, formaliza um procedimento voltado à celeridade e efetividade do sistema, desse modo, evita a sensação de impunidade na população em razão do prazo para uma ação penal transitar em julgado.

Portanto, o Acordo de não persecução penal não veio como um substituto ao atual sistema acusatório, e sim como um aliado, em consonância com um sistema garantista penal e processual no Estado Democrático de Direito. Ao buscar desburocratizar a aplicação do processo penal, para torná-lo mais célere, efetivo e negocial.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal**: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, 2017

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Gustavo Henrique Badaró, 6ed, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada**: negociação de sentença e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/constituicao/constituicao.>> Acesso em: 05 jun. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 847**, de 11 de outubro de 1890. Código penal. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1851-1899/D847.htm>

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. . Acesso em: 05 jun. 2019.>

BRASIL. **Código Criminal**, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm>

BRASIL. **Lei nº 7.210**, de 11 de julho de 1984. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm Acesso em: 16 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.072**, de 25 de julho de 1990 . Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8072.htm Acesso em: 19 out. 2019

BRASIL. **Lei nº 9.099**, de 26 de setembro de 1995. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm.> Acesso em: 16 jun.2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850**, de 2 de agosto de 2013. Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<<http://www.planalto.gov.br/ccivil03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm>> Acesso em : 16 jun. 2019

BRASIL. **Resolução nº 181**, de 7 de agosto de 2017 . Congresso Nacional. Brasília. Disponível em:<<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>> Acesso em : 22 out. 2019

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de Processo Penal**. Guilherme Madeira Dezem, 4ed, São Paulo: Mastersaf, 2018

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. Tradução Ana Paula Zomer Sica e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

HOEPNER, Eliseu Rogério Júnior. **Direito Penal do Inimigo e garantias fundamentais**. Canal ciências criminais, 2019. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-do-inimigo-garantias/>>. Acesso em 18 out. 2019.

JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo**, noções e críticas Trad. André Luis Callegari e Nereu José Giancomolli. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2005.

KESSLER, Daniel de Oliveira. **Realmente você está sendo enganado sobre o garantismo penal**. Canal ciências criminais, 2017. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/enganado-garantismo-penal/>>. Acesso em 19 out. 2019.

Lima, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. Renato Brasileiro de Lima, 6ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

MONTENEGRO, Monaliza. **A desordem gera desordem. Conheça a Teoria das Janelas Quebradas**. Justificando, 2015. Disponível em:<<http://www.justificando.com/2015/05/26/a-desordem-gera-desordem-conheca-a-teoria-das-janelas-quebradas/>>. Acesso em 19 out. 2019.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional**. Alexandre de Moraes, 5ed. São Paulo: Editora Atlas, 2005.

PARENTONI, Roberto. **Direito Penal do Inimigo**. Canal ciências criminais, 2017. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/direito-penal-inimigo-2/>>. Acesso em 19 out. 2019.

PLATÃO, **A República**. Bauru: EDIPRO, 1994.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal/** Paulo Rangel. - 23. ed. - São Paulo: Atlas, 2015

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Direito Penal: introdução crítica.** São Paulo: Saraiva, 2001.

ROCHA, Klessius. **Estado mínimo e o Direito Penal do Inimigo.** Canal ciências criminais, 2019. Disponível em:<<https://canalcienciascriminais.com.br/estado-minimo-direito-penal-do-inimigo/>>. Acesso em 19 out. 2019.

ROSA, Alexandre Morais da . **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos/** Alexandre Morais da Rosa._4.ed.rev.atual. e ampl._ Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SOUZA, Izabella Christina Carolino de. **A visão da ciência jurídica de Kelsen.** Conteudo Juridico, Brasília-DF: 02 fev. 2018. Disponível em:<<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.590306&seo=1>>. Acesso em: 05 jun. 2019.