

CUSTÓDIA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

Márcio Gondim do Nascimento

Promotor de Justiça do Estado da Paraíba

Resumo

O presente artigo, em primeiro instante, trata da previsão da audiência de custódia no sistema normativo pátrio, traçando sua origem desde os tratados internacionais até o advento da Resolução n.º. 213 do CNJ, com abordagem pragmática das prisões submetidas ao crivo do juízo de custódia e possíveis medidas a serem implementadas. No segundo momento, investiga a inovação normativa do acordo de não persecução penal por intermédio da Resolução n.º. 181 do CNMP, com cotejo aos institutos análogos, bem como sobre sua constitucionalidade e, por fim, a possibilidade da avença ser realizada em sede de audiência de custódia.

Palavras-chave: Audiências de custódia. Resolução n.213 do CNJ. Acordo de não persecução penal. Resolução n.181 do CNMP.

Abstract

At first, this article is about the custody hearing forecast in the statutory system, starting with the international treaties until the advent of the Resolution n. 213/CNJ (National Council of Justice), with a pragmatic approach of the prisons under the review of the custody judgment and possible measures to be implemented. Posteriorly, this article investigates the normative innovation of the non-prosecution agreement, compared to similar institutes, as well as on its constitutionality and, ultimately, the possibility to implement the agreement during the custody hearing.

Keywords: Custody. Resolution n.213/CNJ. Non-prosecution agreement. Resolution n.181/CNMP.

1 Previsão

A apresentação do preso à autoridade judicial data de 1941, quando o Código de Processo Penal, no título III, Livro III, Capítulo X, ao tratar da previsão e julgamento da ação autônoma de impugnação do *habeas corpus*, asseverou: “o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado”, no entanto, a referenciada apresentação tem cunho facultativo e, destarte, a tradição de análise formal e documental do Direito fez com que este

dispositivo não se concretizasse de forma efetiva na realidade da persecução penal brasileira.

No sistema internacional de Direitos Humanos, a apresentação do preso à autoridade judicante se deu em 1966 com o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (PIDCP), quando, em seu Artigo 9º, item 3, afirmava a necessidade de apresentação, sem demora, da pessoa presa à autoridade judicial ou de quem exercesse tais funções. De igual modo, o sistema regional de Direitos Humanos trouxe idêntica previsão, ainda no final da década de sessenta do século passado, quando, em 1969, na Convenção Americana de Direitos Humanos, mais conhecida como Pacto San José da Costa Rica, replicou em seu Artigo 7º conteúdo semelhante ao sistema internacional.

Destaque-se, entretantes, que tais tratados orbitaram no direito internacional por mais de duas décadas sem incorporação ao ordenamento jurídico pátrio, o que aconteceu somente no início da década de 1990, por intermédio dos decretos presidenciais n.ºs. 592 e 678, de 1992, os quais incorporaram ao sistema normativo doméstico o PIDCP e CADH, respectivamente.

No entanto, mais uma vez, apesar da atual e predominante tese de que esses tratados têm cunho de supralegalidade¹, ou seja, acima da lei ordinária e abaixo da Constituição Federal, não se teve notícia prática, pelo menos até o final do século passado, da ocorrência de audiências de apresentação dos presos no âmbito nacional, o que ensejou o ajuizamento da arguição por descumprimento de preceito fundamental n.º. 347, julgada em setembro 2015², que, dentre outros temas ali debatidos, patenteou-se o estado de coisas inconstitucional e estabeleceu-se a obrigatoriedade de os juízes brasileiros realizarem a audiência de custódia no prazo de 24 horas a contar da prisão.

¹RECURSO Extraordinário 349.703-1 RS. Relator: Min. Carlos Britto. Data de Julgamento: 03/12/2008. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595406>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

²“AUDIENCIA de custódia – OBSERVANCIA OBRIGATORIA. Estão obrigados juizes e tribunais, observados os Artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em ate noventa dias, audiências de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ADPF%24%2ESCLA%2E+E+347%2ENUME%2E%29+OU+%28ADPF%2EACMS%2E+ADJ2+347%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/ojexjwz>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

Por conseguinte, após o julgamento da precitada arguição por descumprimento de preceito fundamental, o Conselho Nacional de Justiça, em 15.12.2015, editou a Resolução nº. 213, a qual disciplinou amiúde a audiência de Custódia no âmbito nacional.

O Supremo Tribunal Federal debruçou-se sobre o tema da audiência de custódia, mesmo antes da edição da Resolução do CNJ, por meio da ADI nº. 5240³, que questionara o Provimento Conjunto nº. 3/2015, da Presidência e da Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP), decidindo-se, em 20.08.2015, pela improcedência da ação manejada pela Associação dos Delegados de Polícia do Brasil (Adepol-Brasil), pois a resolução tinha amparo em convenção internacional, já incorporada ao sistema nacional, e, unicamente, as disposições administrativas impugnadas situavam-se dentro dos limites da sua autogestão daquele tribunal, ou seja, a audiência de custódia, a partir dos Decretos nºs. 592 e 678 integram o sistema normativo brasileiro.

Frise-se, mais uma vez, que a Corte Superior fora instada, desta feita pela Associação Nacional dos Magistrados Estaduais (Anamages), por meio da ADI nº. 5448, com argumento que o precitado Conselho estaria usurpando a competência da União para legislar sobre direito processual quando da edição da Resolução nº. 213, contudo a ação fora julgada em 1º.03.2017, decidindo que a entidade autora não teria legitimidade para o ajuizamento daquela ação por ausência de cunho nacional, permanecendo, portanto, a obrigatoriedade da audiência de Custódia no cenário jurídico brasileiro, isto é, quase cinquenta anos após o primeiro ato normativo prescrever a apresentação do preso à autoridade judicial ou de quem lhe fizesse as vezes.

Feito esse esboço histórico, vê-se que a audiência de custódia tem espeque normativo, tanto em tratados internacionais, bem como no sistema normativo doméstico, todavia, em muitos Estados a multicitada audiência de apresentação não é cumprida na forma e prazo legalmente previstos.

³EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PROVIMENTO CONJUNTO 03/2015 DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. 1. A Convenção Americana sobre Direitos do Homem, que dispõe, em seu Artigo 7º, item 5, que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz”, posto ostentar o status jurídico supralegal que os tratados internacionais sobre direitos humanos têm no ordenamento jurídico brasileiro, legitima a denominada “audiência de custódia”, cuja denominação sugere-se “audiência de apresentação”. 2. O direito convencional de apresentação do preso ao Juiz, conseqüentemente, deflagra o procedimento legal de habeas corpus, no qual o Juiz apreciará a legalidade da prisão, à vista do preso que lhe é apresentado, procedimento esse instituído pelo Código de Processo Penal, nos seus Artigos 647 e seguintes. (...). 11. Ação direta de inconstitucionalidade PARCIALMENTE CONHECIDA e, nessa parte, JULGADA IMPROCEDENTE, indicando a adoção da referida prática da audiência de apresentação por todos os tribunais do país. (ADI 5240, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 20/08/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-018 DIVULG 29-01-2016 PUBLIC 01-02-2016).

2 Espécies de prisões apresentadas na audiência de custódia

A audiência de custódia serve para apresentação de toda e qualquer pessoa, sem demora, ao juiz ou que exerça tal papel, no entanto resta saber qual ou quais espécies de prisão se destina(m) à audiência de custódia.

O Art. 1º da Resolução n.º. 213/15 do CNJ prevê a apresentação da pessoa presa em corolário de flagrante delito, observar:

Art. 1º Determinar que toda pessoa presa em flagrante delito, independentemente da motivação ou natureza do ato, seja obrigatoriamente apresentada, em até 24 horas da comunicação do flagrante, à autoridade judicial competente, e ouvida sobre as circunstâncias em que se realizou sua prisão ou apreensão.

Todavia, o mesmo veículo normativo afirma que, além da prisão em flagrante, a prisão por mandado também se submeterá ao regime de apresentação ao Juízo de Custódia, “*verbatim*”:

Art. 13. A apresentação à autoridade judicial, no prazo de 24 horas, também será assegurada às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução.

Assim, submetem-se ao juízo de custódia:

- a) prisões em flagrante (Art. 302 do CPP);
- b) prisões processuais decorrentes de mandado de prisão (temporária, preventiva e condenação em segundo grau ou prisão definitiva).

3 Prazo para apresentação do custodiado

A Resolução prevê que a apresentação ocorra no prazo de 24 horas da efetivação da constrição, independente da modalidade de prisão. Notar:

Resolução n.º 213 de 15/12/2015

Ementa: Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas.

Entretanto, cabe gizar que, apesar da precitada previsão, a violação a tal prazo não tem ensejado qualquer consequência processual, mormente pelo fundamento ausência suficiente de membros do Judiciário e do Ministério Público em todas as Comarcas do País, ou seja, a previsão de apresentação em 24 horas não passa de previsão, em alguns locais do país, ficando mais uma vez evidenciado o brocardo “lei para inglês ver”, pois não é cumprida na íntegra.

4 Ritualística

A Resolução estabelece a forma de apresentação do custodiado, que será apresentado para entrevista e não para interrogatório, devendo o magistrado presidir o ato, com a presença do representante do Ministério Público e da defesa, seja privada ou pública e, ao fim, decidir sobre a manutenção da prisão ou soltura do entrevistado.

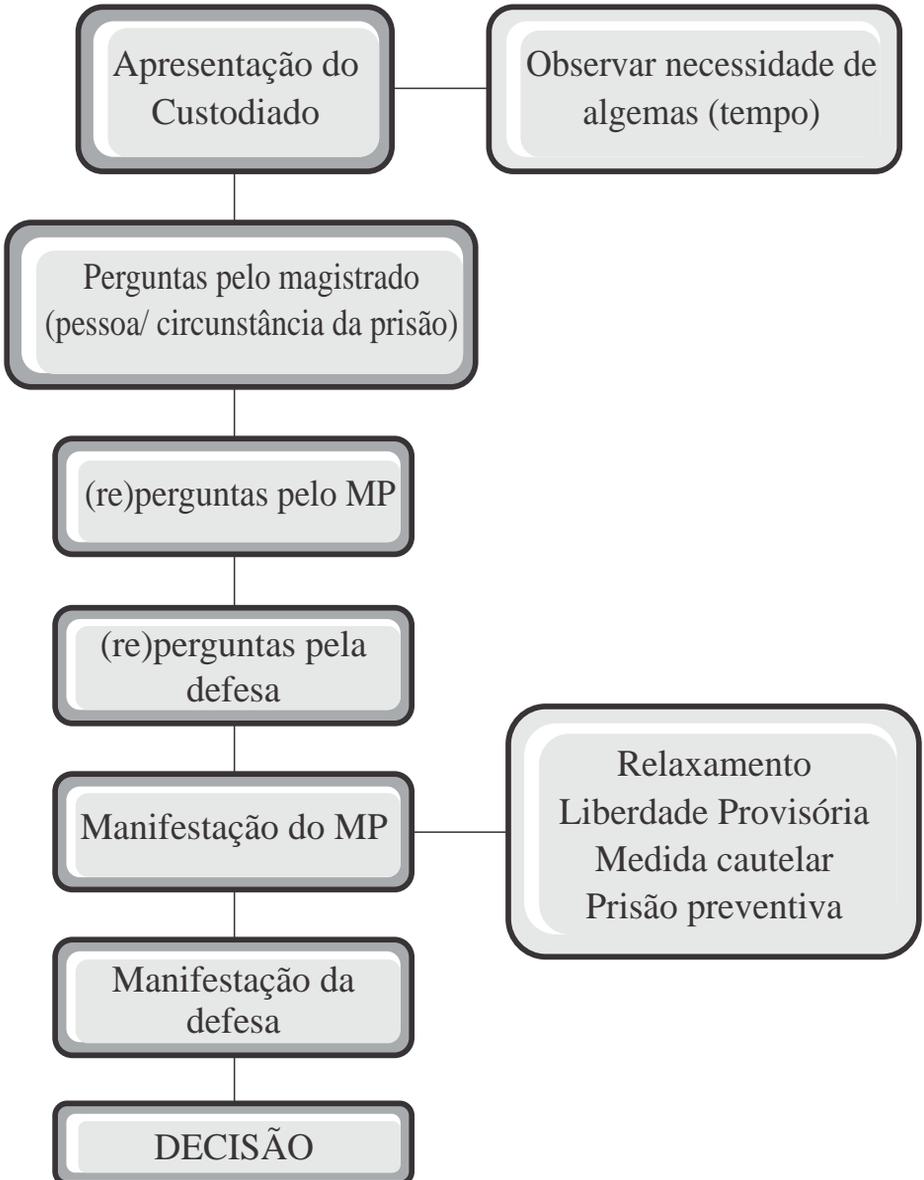
Com a apresentação do custodiado, o juiz deverá aferir a necessidade do uso de algemas durante o ato, isso por disposição da própria Resolução (Art. 8º, II) e Súmula Vinculante nº. 11 do STF⁴, permanecendo seu uso desde que de forma justificada no termo de audiência que deverá integrar o SISTAC, de cunho nacional, sob pena de nulidade da prisão e do ato.

A entrevista consiste no levantamento de dados sobre o custodiado, bem como sobre os motivos e circunstâncias da prisão, sendo assegurado o direito constitucional de permanecer em silêncio. Vale destacar que a Resolução proibiu a realização de perguntas com finalidade de produzir prova para investigação ou ação penal (Art. 8º, VIII), contudo indagações sobre o fato permitem a delimitação típica, o que implica a repercussão sobre a manutenção da liberdade ou não, por isso, na prática, é comum a realização de perguntas sobre o fato em si.

Em seguida, Ministério Público e Defesa poderão fazer reperguntas, observando-se que, na audiência de custódia, não vigora o *cross-examination*, ou seja, as perguntas são realizadas por intermédio do juiz, mas não haverá nulidade em caso de perguntas diretas, sendo considerada mera irregularidade.

⁴“Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado”.

Por derradeiro, o Ministério Público e defesa manifestar-se-ão quanto à prisão ou não do custodiado, seja pugnando pelo relaxamento, concessão de liberdade provisória, com ou sem fiança, e/ou medidas cautelares ou decretação de sua prisão preventiva. Ao final e, na mesma audiência, o juiz decidirá de forma fundamentada, conforme se observa do esquema:



4.1 Custódia decorrente de prisão por mandado

A amplitude cognitiva do juízo de custódia depende da espécie de prisão que lhe é apresentada, pois, em caso de prisão decorrente de ordem de prisão, a análise será tão somente quanto à existência formal do mandado de prisão, bem como sobre violação dos direitos fundamentais do preso, seja por maus tratos ou tortura, sem qualquer possibilidade de decisão quanto aos motivos da prisão.

A eventual soltura do preso somente será possível se a pessoa apresentada não corresponda ao mandado inserto no Banco Nacional de Mandados de Prisão – BNMP (<http://www.cnj.jus.br/bnmp/#/pesquisar>), observando-se que, desde 2011, os mandados de prisão devem constar do citado banco, por disposição expressa do Art. 289-A do CPP⁵.

Para aferir a identidade do custodiado, o juízo de custódia deverá se valer de sistemas próprios de dados para aferir a identidade do preso, a exemplo de *infoseg* e *siel*, pois, não raro, presos se apresentam sem documentação a fim de afastar conhecimento de suas verdadeiras identidades.

Caso se verifique que, durante a entrevista, bem como pelas pesquisas realizadas, que o custodiado não corresponda à pessoa do mandado, o Ministério Público ou defesa poderão requerer o relaxamento da prisão por ilegalidade, todavia, em caso de coincidência do custodiado com os dados da ordem de prisão, somente haverá pedido de cumprimento da ordem com comunicação ao juízo responsável pela expedição do mandado, sem possibilidade de juízo de cognição exauriente da prisão.

4.2 Prisão decorrente de flagrante e aspectos práticos

No caso de prisão decorrente de estado de flagrância (Art. 302 do CPP⁶), a autoridade judicial terá total amplitude cognitiva quanto à decisão

⁵Art. 289-A. O juiz competente providenciará o imediato registro do mandado de prisão em banco de dados mantido pelo Conselho Nacional de Justiça para essa finalidade. (Incluído pela Lei nº. 12.403, de 2011).

§ 1º Qualquer agente policial poderá efetuar a prisão determinada no mandado de prisão registrado no Conselho Nacional de Justiça, ainda que fora da competência territorial do juiz que o expediu.

⁶Art. 302. Considera-se em flagrante delito quem

I - está cometendo a infração penal;

II - acaba de cometê-la;

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

IV - é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.

a ser tomada, nos termos do Art. 310 do CPP⁷ e Arts. 8º e 9º da Resolução CNJ 213 de 2015, podendo

- a) relaxar a prisão, se entender ilegal (Art. 5º, LXV da CF⁸);
- a) conceder liberdade provisória, com ou sem fiança;
- b) aplicar medidas cautelares diversas da prisão (Art. 319 do CPP);
- c) converter o flagrante em prisão preventiva, se presentes as hipóteses do Art. 312 do CPP (Art. 310, II do CPP).

Cabe observar e ressaltar dúvidas práticas recorrentes em audiências de custódia decorrentes de prisões em flagrante, a saber,

- ➔ *Indício de insanidade mental* – caso se observe que o custodiado padece de enfermidade mental, poderá ser requerida a instauração do incidente de insanidade mental, nos termos do Art. 149 do CPP⁹, vedando-se e encaminhamento compulsório às redes de tratamento psicossocial;
- ➔ *Ausência de documentos do custodiado* – o Art. 313, parágrafo único do CPP¹⁰, informa que será permitida a prisão preventiva quando houver dúvida na documentação do preso, desse modo o preso que se apresenta sem documentação ou apenas com documentação sem foto, faz surgir à hipótese do citado dispositivo sendo possível sua prisão preventiva;
- ➔ *Conversão da prisão e patamar da pena inferior a 4 (quatro) anos* – no caso da custódia decorrente de flagrante, poderá ocorrer a conversão da prisão em flagrante para preventiva independentemente da pena imposta, pois o Art. 310, II do CPP faz referência apenas à fundamentação do Art. 312, sem mencionar o Art. 313 (que trata do patamar mínimo de 4 (quatro) anos, desse modo, poderá ser decretada a prisão preventiva de crimes cuja pena máxima seja inferior a 4 (quatro) anos, quando o custodiado preencher o Art. 312 do CPP;

⁷Art. 310. Ao receber o auto de prisão em flagrante, o juiz deverá, fundamentadamente,

I - relaxar a prisão ilegal; ou

II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do Art. 312 deste Código, e revelarem-se inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou

III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança.

⁸Art. 5º (*omissis*) LXV - a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária.

⁹Art. 149. Quando houver dúvida sobre a integridade mental do acusado, o juiz ordenará, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, do defensor, do curador, do ascendente, descendente, irmão ou cônjuge do acusado, seja este submetido a exame médico-legal. § 1º - O exame poderá ser ordenado ainda na fase do inquérito, mediante representação da autoridade policial ao juiz competente.

¹⁰Parágrafo único. Também será admitida a prisão preventiva quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa ou quando esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la, devendo o preso ser colocado imediatamente em liberdade após a identificação, salvo se outra hipótese recomendar a manutenção da medida.

- *Indícios de tortura ou maus tratos* – por dicção do Art. 11 da Resolução em referência, havendo notícia de tortura o órgão de execução do Ministério Público velará pelo controle externo da atividade policial, inclusive com determinação de investigação ou oferecimento de ação penal, caso já existam elementos suficientes.

5 Acordo de não persecução

5.1 Origem

A primeira previsão do acordo de não persecução pelo órgão responsável pela acusação penal foi introduzida no sistema normativo pátrio pela Lei nº. 9.099, de 1995, que anunciou a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato, por intermédio do instituto da transação penal. **Perceber:**

Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

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

[...]

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

[...]

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

Desse modo, o acordo entre o titular do direito de ação e autor do fato está inserto em nosso ordenamento desde meados da década de noventa do século passado, no entanto seu espectro de aplicabilidade cinge-se às infrações penais cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos de pena privativa de liberdade ou multa.

Sobre o tema, a doutrina chegou a cunhar o termo “obrigatoriedade mitigada”, quando tratava da obrigatoriedade do Ministério Público em propor a ação penal, pois, em crimes abrangidos pela citada norma, o órgão de acusação não estaria obrigado a oferecer a ação penal em corolário do acordo posto na transação penal. Perceber:

Com base na justiça consensual dos crimes de menor potencial ofensivo, há forte posição de que vigora, no sistema processual brasileiro, o princípio da obrigatoriedade mitigada ou discricionariada de regrada, uma vez que a própria Lei permite situações em que, embora a conduta seja típica, parte determinada e punibilidade concreta, a ação penal não seja proposta¹¹.

Com efeito, a publicação da Resolução n.º. 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, fez surgir no sistema normativo a possibilidade do acordo de não persecução penal, com maior parâmetro objetivo de aplicação pelos órgãos de execução do Ministério Público.

O instituto de política criminal delineado pelo CNMP, assim como a transação penal da Lei 9.099, de 1995, tem nítida inspiração no modelo norte-americano *plea bargaining*. Desse modo, tem-se, por meio normativo¹² primário, a inclusão do sistema de justiça negociada em que o autor do fato, após confissão, pactua com o Ministério Público acordo com parâmetros objetivos para não persecução punitiva estatal.

5.2 Constitucionalidade do tema

A resolução n.º. 181 do CNMP, de recente publicação, já chega com questionamentos dentro do próprio *Parquet*, pois alguns Ministérios Públicos editaram recomendações pela não aplicabilidade do instituto, asseverando a inconstitucionalidade do tema por invasão da competência legislativa da União para regras processuais, a exemplo da Recomendação Conjunta PGJ e CGMP n.º. 2, de 13 de setembro de 2017, do MPMG e Recomendação Conjunta GPGJ/CGMP n.º. 1, de 14 de setembro de 2017, do MPRJ, respectivamente:

¹¹In: ABADE, Denise Neves. “*Série Carreiras Federais: processo penal*”. Ibooks.

¹²(STF-ADC 12 MC).

Recomenda aos Promotores e aos Procuradores de Justiça de Minas Gerais a abstenção da celebração de “acordos de não persecução penal”, nos termos dos Arts. 18, §1o, II, e 22, ambos da Resolução CNMP n. 181, de 7 de agosto de 2017.

Recomenda aos Promotores e aos Procuradores de Justiça do Estado do Rio de Janeiro a abstenção da celebração de “acordos de não persecução penal”, nos termos dos Arts. 18, §1o, II, e 22, ambos da Resolução n.º. 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

Na mesma senda, caminham ações diretas de inconstitucionalidade (ADI) aviadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), n.ºs. 5790 e 5793, *ambas pendentes* de análise do pedido liminar sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski, as quais levantam a inconstitucionalidade formal, por violação do Art. 22, I da Carta da República.

Todavia, também há argumentos pela constitucionalidade do acordo de não persecução e imediata aplicabilidade do tema, como se infere da Recomendação do MPPE, “*verbis*”:

RECOMENDAÇÃO PGJ N.º. 3, DE 20 DE SETEMBRO DE 2017.
Recomenda aos Promotores de Justiça do Estado de Pernambuco a celebração de acordos de não persecução penal, nos termos do Artigo 18, da Resolução CNMP n.º. 181, de 7 de agosto de 2017.

Dentre os argumentos favoráveis à aplicabilidade do acordo de não persecução penal, destacam-se:

- a) o instituto de política criminal é benéfico ao investigado, pois não aumenta o poder punitivo estatal, pelo contrário, dá ao investigado possibilidade de acordo para evitar a persecução penal acusatória e, por conseguinte, eventual sentença penal condenatória;
- b) as resoluções dos Conselhos Nacionais têm cunho normativo primário, como já decidiu o STF, por meio da Ação Declaratória de Constitucionalidade n.º. 12 MC/DF¹³;

¹³“A Resolução n.º 07/05 se dota, ainda, de caráter normativo primário, dado que arranca diretamente do § 4º do Art. 103-B da Carta-cidadã e tem como finalidade debulhar os próprios conteúdos lógicos dos princípios constitucionais de centrada regência de toda a atividade administrativa do Estado, especialmente o da impessoalidade, o da eficiência, o da igualdade e o da moralidade” (grifado).

- c) o acordo de não persecução penal não tem cunho processual (cuja competência legislativa é privativa da União – CF, Art. 22, I), uma vez que não trata da fase processual, sede do contraditório, ampla defesa e poderes para o exercício da jurisdição, mas, sim, da fase pré-processual, como já decidido noutros casos pela Corte do STF (STF - ADI 2.970)¹⁴;
- d) a Resolução 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

¹⁴ AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 16 DA LEI 8.185, DE 14.05.91. ARTS. 144, PAR. ÚNICO E 150, CAPUT, DO REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS. COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA. FORO POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO. ATO DE JULGAMENTO REALIZADO EM SESSÃO SECRETA. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE DOS ATOS PROCESSUAIS. ARTS. 5º, LX E 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O impugnado art. 16 da Lei 8.185/91 encontra-se tacitamente revogado desde a edição da Lei 8.658, de 26.05.93, que estendeu a aplicação das regras previstas nos Arts. 1º a 12 da Lei 8.038/90 - dirigidas, originariamente, ao STF e ao STJ - às ações penais de competência originária dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais Federais. 2. *Com o advento da Constituição Federal de 1988, delimitou-se, de forma mais criteriosa, o campo de regulamentação das leis e o dos regimentos internos dos tribunais, cabendo a estes últimos o respeito à reserva de lei federal para a edição de regras de natureza processual (CF, Art. 22, I), bem como às garantias processuais das partes, "dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos" (CF, Art. 96, I, a).* 3. *São normas de direito processual as relativas às garantias do contraditório, do devido processo legal, dos poderes, direitos e ônus que constituem a relação processual, como também as normas que regulem os atos destinados a realizar a causa finalis da jurisdição.* 4. Ante a regra fundamental insculpida no Art. 5º, LX, da Carta Magna, a publicidade se tornou pressuposto de validade não apenas do ato de julgamento do Tribunal, mas da própria decisão que é tomada por esse órgão jurisdicional. Presente, portanto, vício formal consubstanciado na invasão da competência privativa da União para legislar sobre direito processual. Precedente: HC 74761, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 12.09.97. 5. Ação direta parcialmente conhecida para declarar a inconstitucionalidade formal dos Arts. 144, par. único e 150, *caput* do Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. (STF - ADI: 2970 DF, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 20.04.2006, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 12.05.2006 PP-00004 EMENT VOL-02231-01 PP-00163 RTJ VOL-00200-01 PP-00056 RDDP n. 40, 2006, p. 155-160 LEXSTF v. 28, n. 330, 2006, p. 50-60 RT v. 95, n. 851, 2006, p. 452-458) (destacado).

MC)¹⁵, permitindo, por exemplo, a regulamentação, por Resolução do CNJ, de prazos e condições para a apresentação de presos à audiência de custódia (STF - ADPF 347 MC).

5.3 Sede e balizamentos para acordo de não persecução:

O acordo de não persecução, por ilação lógica, somente pode ser aviado antes da propositura da ação penal, seja no bojo do procedimento de investigação criminal do Ministério Público (PIC) ou durante a audiência de custódia (Art. 18, § 7º). Assim, segundo previsão, o acordo pode ocorrer durante a fase investigativa ou durante a apresentação do custodiado em audiência de custódia, neste último com redobrada atenção, pois a própria audiência de custódia não tem juízo exauriente sobre a conduta penal, nem, via de regra, tem por esteio procedimento investigativo findo, pois toma por base apenas o auto de prisão em flagrante, assim o acordo de não persecução deve se cercar de maiores análises por parte do membro do Ministério Público.

O citado pacto tem previsão no Capítulo VII da referenciada Resolução, com apenas o Art. 18 da Resolução CNMP n.º. 181 disciplinando o tema. Em linhas gerais, para realização do acordo é premente que o crime seja praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, que o autor do fato confesse formal e detalhadamente a conduta

¹⁵Ementa: Resolução n.º 23.396/2013, do Tribunal Superior Eleitoral. Instituição de controle jurisdicional genérico e prévio à instauração de inquéritos policiais. Sistema acusatório e papel institucional do Ministério Público. 1. *Inexistência de inconstitucionalidade formal em Resolução do TSE que sistematiza as normas aplicáveis ao processo eleitoral. Competência normativa fundada no art. 23, IX, do Código Eleitoral, e no art. 105, da Lei n.º 9.504/97.* 2. *A Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório.* Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal. Precedentes. 3. Parâmetro de avaliação jurisdicional dos atos normativos editados pelo TSE: ainda que o legislador disponha de alguma margem de conformação do conteúdo concreto do princípio acusatório – e, nessa atuação, possa instituir temperamentos pontuais à versão pura do sistema, sobretudo em contextos específicos como o processo eleitoral – essa mesma prerrogativa não é atribuída ao TSE, no exercício de sua competência normativa atípica. 4. Forte plausibilidade na alegação de inconstitucionalidade do art. 8º, da Resolução n.º 23.396/2013. Ao condicionar a instauração de inquérito policial eleitoral a uma autorização do Poder Judiciário, a Resolução questionada institui modalidade de controle judicial prévio sobre a condução das investigações, em aparente violação ao núcleo essencial do princípio acusatório. 5. Medida cautelar parcialmente deferida para determinar a suspensão da eficácia do referido art. 8º, até o julgamento definitivo da ação direta de inconstitucionalidade. Indeferimento quanto aos demais dispositivos questionados, tendo em vista o fato de reproduzirem: (i) disposições legais, de modo que inexistiria *fumus boni juris*; ou (ii) previsões que já constaram de Resoluções anteriores do próprio TSE, aplicadas sem maior questionamento. Essa circunstância afastaria, quanto a esses pontos, a caracterização de *periculum in mora*. (STF - ADI: 5104 DF, Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 21/05/2014, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJE-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014).

e que a repercussão financeira não seja superior a vinte salários-mínimos, além de, cumulativamente ou não, reparar o dano, renunciar ao proveito do crime, prestar serviço, não mudar de endereço sem comunicar ao Ministério Público e pagar prestação pecuniária à comunidade. Perceber:

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 à 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.

Destaque-se, contudo, que, após a edição da multicitada Resolução em agosto de 2017, mais precisamente em novembro daquele ano, o veículo normativo fora alterado pelo CNMP em alguns itens, destacando-se a necessidade de controle judicial do acordo de não persecução, isso porque, após firmado o acordo, este deverá ser submetido ao Poder Judiciário para controle, *ex vi* do Art. 18, § 5º e 6º da norma, isto é, realizado o acordo pelo membro do Ministério Público, este deverá ser enviado ao juiz para sua análise e, em caso de discordância, aplicar-se regra semelhante ao dispositivo do Art. 28 do CPP, com remessa ao Procurador-Geral ou Câmara de Revisão. Caso concorde, devolverá os autos para implementação, ou seja, o acordo, tal qual o arquivamento do inquérito policial se tornou um ato complexo.

Assim sendo, o acordo de não persecução tem espeque normativo com balizamentos de aplicação pelos órgãos de execução do Ministério Público e, até retirada ou suspensão de sua eficácia normativa pela Corte Maior, não há que se falar em não aplicabilidade, pois a independência funcional, garantia direcionada aos membros do *Parquet*, não lhes dá a possibilidade de afastar norma cogente e de interpretação literal, mesmo reconhecendo a densidade dos argumentos quanto à inconstitucionalidade do referenciado acordo de não persecução.

6 Conclusão

Assentadas tais premissas, as inovações normativas, uma já sedimentada, mas ainda pendente de concretude e efetividade – audiência de custódia – e a outra ainda sujeita a questionamentos no Supremo Tribunal Federal – acordo de não persecução – merecem contínua e longas discussões, como é característica de toda inovação, mas outro dado comum de ambos institutos, qual seja, o evidente benefício aos investigados, já que a custódia se presta a imediato controle judicial das prisões, e o acordo visa a evitar processos criminais longos e custosos para o Estado e investigados, sendo uma opção formal acompanhada de defesa técnica, assim como é a transação penal; em suma, é um instituto em que somente há benefícios para o sistema da persecução penal.

Referências

ABADE, Denise Neves. “*Série Carreiras Federais: processo penal*”. Ibooks.

BATISTA PINTO, Ronaldo; SANCHES CUNHA, Rogério. *Processo penal doutrina e prática*. Salvador: JusPodivm, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 16. ed. Rio de Janeiro: Campus Ltda, 1992.

BONFIM, Edílson Mougenot. *Curso de processo penal*. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Código de processo penal (1941)*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Resolução CNJ n. 213 de 2015*. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=3059>>. Acesso em: 15 nov. 2017.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução CNMP n. 181 de 2017*. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992*. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. *Decreto no 592, de 6 de julho de 1992*. Atos internacionais. Pacto internacional sobre direitos civis e políticos. Promulgação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: 18 nov. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula vinculante n. 11*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1220>>. Acesso em: 20 nov. 2017.

FEITOZA, Denílson. *Direito processual penal: teoria crítica e práxis*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de processo penal comentado*. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de processo penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

PÂNCARO AVENA, Norberto Cláudio. *Processo penal: série cursos e concursos*. 2.ed. São Paulo: Método, 2006.

RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 12. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.