



O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado: limites à discricionariedade da função acusatória

The non-prosecution agreement as a subjective right of the investigated: limits to accusatory discretion function



Ana Beatriz Nóbrega Barbosa

Advogada

Graduada em Direito

Campina Grande, PB - Brasil

anabeatriznb24@gmail.com



Marcelo D'Angelo Lara

Centro Universitário Unifacisa

Doutor em Direito Penal pelo PPGCJ/UFPB

Campina Grande, PB - Brasil

prof.marcelo.lara@gmail.com

Resumo: Os institutos da justiça negociada no âmbito do direito penal representam importantes instrumentos de política criminal com vistas à redução das demandas judiciais e resolução dos conflitos de pequeno e médio potencial ofensivo. O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no ordenamento jurídico brasileiro a partir da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, e posteriormente modificado pela Lei 13.964/2019, tem se destacado no tocante aos crimes de médio potencial ofensivo. O presente artigo visa interpretar a natureza jurídica do ANPP, em razão da controvérsia existente, isto é, trata-se de um poder-dever do Ministério Público ou de um direito subjetivo do investigado. Para tanto, utilizou-se o método dedutivo partindo da discussão teórica e jurisprudencial acerca da matéria para alcançar os resultados almejados.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; direito subjetivo; poder-dever.

Abstract: The institutes of consensual justice in the scope of criminal law represent important instruments of criminal policy aimed at reducing judicial demands and resolving conflicts of small and medium offensive potential. The criminal non-prosecution agreement, introduced in the Brazilian legal system from Resolution 181/2017 of the National Council of the Public Ministry, and later modified by Law 13.964/2019, has stood out in relation to crimes of medium offensive potential. This article aims to interpret the legal nature of the criminal non-prosecution agreement, due to the existing controversy, that is, it is a power-duty of the Public Ministry or a subjective right of the defendant. Therefore, the deductive method was used, starting from the theoretical and jurisprudential discussion about the matter to achieve the desired results.

Keywords: criminal policy; consensual justice; subjective right; power-duty.

Para citar este artigo (ABNT NBR 6023:2018)

BARBOSA, Ana Beatriz Nóbrega; LARA, Marcelo D'Angelo. O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado: limites à discricionariedade da função acusatória. *Revista Thesis Juris – RTJ*, São Paulo, v. 12, n. 2, p. 374-389, jul./dez. 2023. <http://doi.org/10.5585/rtj.v12i2.23234>

Introdução

Diante da perspectiva contemporânea quanto à aplicação das penas e modalidades de resolução dos conflitos em matéria penal, a justiça negociada apresenta-se como mecanismo de destaque nas últimas décadas. As dificuldades apresentadas no sistema carcerário brasileiro, a exemplo da superlotação nos presídios e violação a direitos fundamentais dos presos, bem como a estigmatização social advinda da condenação criminal, demonstram a necessidade de métodos alternativos ao encarceramento.

A garantia constitucional da razoável duração do processo e o primado da celeridade também fortalecem a importância dos acordos na seara criminal, na medida em que a complexidade atinente aos processos judiciais faz com que a via da ação seja, no mais das vezes, opção morosa, dificultando a consecução da justiça.

Sob essa ótica, a Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (Brasil, 2017) disciplinou o designado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instrumento mediante o qual é possível que, em não sendo caso de arquivamento e preenchidos determinados requisitos, o Ministério Público não proponha a ação penal, impondo ao investigado determinadas condições.

A despeito da polêmica doutrinária sobre a constitucionalidade da via escolhida para introdução do novo instituto no ordenamento jurídico, a Lei 13.964/2019 (Brasil, 2019), conhecida como “pacote anticrime”, que aperfeiçoa a legislação penal e processual penal, regulamentou a matéria. Com o advento do normativo, a celebração do ANPP deve seguir agora os termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

A adoção da recente modalidade de acordo provocou certas celeumas no âmbito acadêmico e jurisprudencial, notadamente quanto à forma adequada de sua aplicação. Entre essas celeumas encontra-se a controvérsia sobre a natureza jurídica do ANPP: de um lado posicionam-se aqueles que defendem se tratar de um direito subjetivo do investigado; do outro, os que argumentam ser um poder-dever do Ministério Público, discussão que também é travada quando da análise dos demais institutos despenalizadores vigentes, como a suspensão condicional do processo e a transação penal.

Com vistas ao estímulo da prática dos negócios processuais penais, há de se perquirir qual das teses supracitadas deve ser aplicada, considerando as diferentes consequências decorrentes dessa escolha, mormente quando houver recusa por parte do órgão de acusação em propor o acordo.

Nessa perspectiva, objetiva-se analisar se o ANPP pode ser interpretado como um direito subjetivo do investigado, em razão da necessidade de compreensão por parte dos intérpretes do direito da nova ferramenta de resolução de conflitos do direito penal contemporâneo, com vistas à aplicação que privilegie a garantia dos direitos fundamentais. Do mesmo modo, considerando a importância das políticas criminais de cunho despenalizador destinadas aos crimes de pequeno e médio potencial ofensivo.

Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, partindo-se da discussão teórica e jurisprudencial acerca da matéria para alcançar os resultados almejados. Quanto à tipologia da pesquisa, será bibliográfica e documental, mediante interpretação de artigos científicos, obras doutrinárias e julgados dos tribunais superiores, bem como da legislação processual penal relacionada à temática.

1 Acordo de não persecução penal: evolução normativa, requisitos legais e finalidades

O ANPP é um acordo realizado entre o investigado, com assistência de seu defensor técnico, e o Ministério Público, por meio do qual serão fixadas condições de cumprimento ao compromissário, diferentes das penas impostas aos indivíduos condenados judicialmente. O órgão de acusação, após aferir que não é caso de arquivamento, isto é, mesmo existindo lastro probatório mínimo para ensejar a persecução penal, deixará de oferecer a denúncia, tendo em vista que a prevenção e repressão do delito serão alcançadas por meio da esfera negocial (Lima, 2020).

A modalidade destacada acima constitui espécie de acordo pré-processual cuja finalidade está atrelada aos ideais da política criminal, notadamente à necessidade de imposição de medidas não privativas de liberdade para os delitos revestidos de menor gravidade. Nesse caso, o entendimento dominante é que a resolução do conflito por meio do processo judicial representaria maior prejuízo (Barros; Romaniuc, 2019).

A sua previsão inicial no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu por meio da Resolução nº 181/2017 do CNMP, de 7 de agosto de 2017 (Brasil, 2017). À época, discutia-se acerca da constitucionalidade do instituto, em face de o artigo 22, I, da Constituição Federal de 1988, atribuir à União a competência para legislar sobre direito processual, de modo que parte da doutrina apontava a inconstitucionalidade de uma resolução inovar no ordenamento jurídico em tal matéria.

Além das críticas quanto à constitucionalidade formal da norma, também houve debate sobre seu aspecto material, tendo em vista que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da

ação penal poderia fragilizar a proteção dos direitos e das garantias fundamentais, em face da possível discricionariedade do Ministério Público não ajuizar a ação penal e celebrar o acordo (Pereira; Parise, 2020).

A referida Resolução foi alvo de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs), a saber: a ADI nº 5.790/DF, ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros, e a ADI nº 5.793/DF, intentada pelo Conselho Federal da OAB. Em ambas as oportunidades os autores alegaram que não cabe ao CNMP legislar sobre direito penal e processual, existindo vício de inconstitucionalidade formal. Também destacaram a inconstitucionalidade material em razão de o normativo submeter os investigados a procedimento investigatório criminal sem respaldo legal.

Com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019), conhecida como pacote anticrime, a discussão sobre a forma de inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro arrefeceu, à medida que, agora, sua disciplina e seu processamento são conferidos por meio de lei em sentido estrito, conforme redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal (CPP).

De acordo com o *caput* do normativo supracitado, o instituto será aplicado para os delitos de médio potencial ofensivo que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Outro pressuposto é a necessidade de o investigado confessar formal e circunstancialmente a prática delitiva, requisito que tem sido alvo de severas críticas por parte da doutrina¹.

Por outro lado, o legislador disciplinou taxativamente as hipóteses nas quais a celebração do acordo é vedada, ainda que o agente esteja enquadrado no permissivo legal do artigo 28-A, *caput*, do CPP. Desse modo, não será possível ao membro do Ministério Público propor ANPP quando for cabível a transação penal; quando o investigado for reincidente ou se houver elementos capazes de comprovar a habitualidade criminosa; se o agente tiver sido beneficiado nos 5 anos anteriores ao ato criminoso com ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, bem como nos casos de crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, nos termos do § 2º, do artigo 28-A, do CPP.

Em contrapartida à ausência do oferecimento da denúncia, o compromissário terá o dever de cumprir fielmente as condições previamente pactuadas, que poderão ser as seguintes: a) reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; b) renunciar voluntariamente a bens e direitos

¹ Parte da doutrina posiciona-se contrariamente ao requisito da confissão formal e circunstanciada da prática delitiva para celebração do acordo, sobretudo ao realizar comparativo com os demais institutos despenalizadores vigentes. A principal crítica consiste em entender tal obrigação como ato violador do princípio da autoincriminação, mesmo porque a confissão não ocorre na esfera judicial. Ademais, pondera-se acerca das consequências advindas de eventual ação penal proposta em caso de descumprimento do ANPP, caso seja utilizada a confissão realizada pelo compromissário.

indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública; d) pagar prestação pecuniária; e) cumprir outra condição indicada pelo Ministério Público, observada a proporcionalidade e compatibilidade com a natureza da infração penal imputada.

Importante destacar que a celebração do ANPP não ensejará reincidência para o compromissário, motivo pelo qual tal fato não constará na sua certidão de antecedentes criminais, excetuado para fins de evitar novo acordo caso o agente já tenha sido beneficiado com a medida nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração. O intento legislativo teve por escopo reiterar que não se trata de condenação judicial diante da inexistência do devido processo legal, pelo que não há que se falar em aplicação de pena.

Após tecidas as considerações sobre a estruturação atual do ANPP, faz-se necessário compreender os interesses envolvidos na instituição do recente instituto despenalizador. A propósito, a adoção de instrumentos de consenso em matéria criminal, destinados a não imposição de penas privativas de liberdade, por parte do Ministério Público e demais autoridades, já estava prevista no item 5.1 da Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a celebração de medidas não privativas de liberdade – Regras de Tóquio (Mota, 2020).

Na exposição de motivos da Resolução 181/2017 do CNMP, destacou-se que a superlotação de processos nas varas criminais do Brasil, com o desperdício de recursos, proporciona a morosidade da consecução da justiça, notadamente quanto às pessoas envolvidas com fatos criminosos. Ademais, foi ressaltada a necessidade de soluções alternativas no processo penal, com vistas à celeridade nos casos de menor gravidade, focalizando a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário na repressão dos crimes mais graves. Com isso, os efeitos deletérios da sentença condenatória e do encarceramento poderão ser minorados (Brasil, 2017).

Por sua vez, a justificação do Projeto de Lei nº 10.372/2018, transformado na Lei nº 13.964/2019 (Brasil, 2019), aduziu a importância do ANPP para resolução dos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça de maneira célere e eficaz, proporcionando alternativas ao encarceramento e, conseqüentemente, desafogando a justiça criminal. À semelhança da exposição de motivos da Resolução nº 181/2017 do CNMP, reforçou a necessidade de concentração de esforços e priorização de recursos financeiros e humanos na persecução dos delitos mais graves (Brasil, 2018).

Sob essa perspectiva, afere-se a coincidência de interesses do CNMP, assim como do Poder Legislativo, quando discorreram sobre o instituto do ANPP. Trata-se, portanto, de medida alternativa destinada a solucionar os delitos de menor gravidade, notadamente em face

da ótica processual penal contemporânea primar pela eficiência da persecução criminal, sem olvidar a problemática da reincidência e importância do viés da ressocialização.

A aplicação da justiça negociada em matéria criminal, além de possuir respaldo na Constituição Federal, que assegura a celeridade na tramitação processual, viabiliza a redução dos efeitos estigmatizantes suportados por aquele que cometeu um crime. Afinal, a celebração do ANPP possibilita ao compromissário que tenha adimplido fielmente com as cláusulas pactuadas a extinção da punibilidade delitiva, sem configurar reincidência (Masi, 2020).

Sob o enfoque da economia processual, não há razões para movimentar o aparato jurisdicional com a resolução de crimes de médio potencial ofensivo que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça. Por outro lado, a necessidade de conferir maior agilidade ao deslinde dos conflitos penais importa em preservação de direitos e garantias fundamentais (Barros; Romaniuc, 2017).

A despeito dos argumentos em sentido contrário, que compreendem o ANPP como modalidade de relativização de direitos, ressalta-se que sua adoção em verdade possui conformidade com o interesse do investigado, à medida que a solução mais célere para o caso concreto proporciona ao indivíduo maior segurança jurídica, pois não terá que esperar longo tempo para resolução da lide.

Se por um lado a existência de uma sentença penal condenatória desemboca em efeitos prejudiciais ao réu, a longevidade do processo também é circunstância que o afeta, por não saber se sua liberdade será ou não restringida. Há de se observar que a garantia constitucional da celeridade também pode ser visualizada sob a perspectiva social, com vistas a evitar o arbítrio estatal (Távora; Alencar, 2020).

Depreende-se que a priorização de esforços para investigação e julgamento dos crimes mais gravosos não afronta o princípio da inafastabilidade da jurisdição, pois a sua mitigação implicará na deliberação efetiva de casos que, no mais das vezes, não possuiriam sequer julgamento de mérito. Adotar tal postulado de forma absoluta consiste em óbice à consecução da justiça (Cabral, 2017).

O ANPP, portanto, apresenta-se como importante ferramenta de política criminal, com vistas à seleção prévia dos delitos que devem ser submetidos ao crivo do poder judiciário, em face à constatação da realidade de superlotação de processos que assolam a justiça brasileira. A propósito, dados estatísticos apresentados no relatório “Justiça em Números” de 2021, do Conselho Nacional de Justiça, apontam que em 2020 a justiça brasileira contava com 1.9 milhão de novos casos na esfera criminal. No tocante às execuções penais iniciadas, o número é de 311, 6 mil (Conselho Nacional de Justiça, 2021).

A expansão da justiça penal negociada também pode ser observada por meio de outros institutos que atestam as mudanças na forma contemporânea de resolução de conflitos. No âmbito internacional, é possível citar o instituto norte-americano do *plea bargaining*, modalidade de acordo entre o órgão da acusação e a defesa com vistas à declaração da culpa do acusado, a partir do qual será possível a atribuição de benefício processual a este, como por exemplo, a redução da pena.

Em que pese se tratar de negociação criminal que objetiva a antecipação processual, além de ter sido fonte de inspiração para o implemento do ANPP, o *plea bargaining* apresenta diferenças substanciais em relação ao instituto brasileiro, dentre as quais tem-se: a) sua instituição tem por base construção jurisprudencial, não existindo um sistema normativo legal específico que o regulamente; b) a extensão do objeto da negociação é mais flexível, sendo possível transacionar, inclusive, sobre a classificação do tipo penal; c) após o término das negociações, o acusado cumprirá a pena acordada, a qual poderá consistir em pena privativa de liberdade (Dias, 2018).

No plano nacional, a Lei 9.099/1995 (Brasil, 1995) representa relevante marco quanto aos mecanismos de justiça consensual, cuja aplicação será restrita aos delitos de menor potencial ofensivo, assim considerados os que a lei estipule pena máxima não superior a 2 anos. O artigo 72 do dispositivo legal em comento prevê a possibilidade da composição civil dos danos em sede de audiência preliminar, hipótese em que sua aceitação pelo autor do fato implicará na imposição de pena não privativa de liberdade.

Caso não ocorra a composição civil dos danos, será cabível a propositura da transação penal, modalidade de negócio jurídico pré-processual firmado entre o Ministério Público e o investigado mediante o qual serão aplicadas imediatamente penas restritivas de direitos ou multa. A efetividade do instituto mencionado não está condicionada ao reconhecimento formal da culpa por parte do acusado, como ocorre no ANPP (Távora; Alencar, 2020).

Há de se destacar, ainda, a existência da suspensão condicional do processo, também disciplinada pela Lei 9.099/1995 (Brasil, 1995), instrumento aplicável aos crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. Nesses casos, mediante propositura do Ministério Público, viabiliza-se a suspensão do curso do processo pelo período de 2 a 4 anos, quando o acusado não esteja sendo processado ou tenha sido condenado por outro crime, na forma do artigo 89 do normativo mencionado.

2 Natureza jurídica: o ANPP com poder-dever do Ministério Público

A aplicação de um novo instrumento de justiça penal negociada perpassa pela discussão a respeito da sua natureza jurídica, isto é, representa o acordo um verdadeiro direito subjetivo do investigado ou um poder-dever atribuído ao Ministério Público. Adotando-se o primeiro entendimento tem-se que, preenchidos os requisitos legais, o investigado fará jus ao ANPP. Por outro lado, caso o segundo entendimento seja escolhido, caberá ao órgão acusatório deliberar pelo cabimento ou não da medida, podendo deixar de propor o acordo conforme sua discricionariedade.

Acerca da matéria, deliberou a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal (STF), por meio do julgamento do Agravo Regimental no Habeas Corpus 191.124/RO, oportunidade na qual asseverou que o ANPP não implica em direito subjetivo do investigado, em razão da possibilidade de o órgão acusatório, de forma fundamentada, deliberar pelo cabimento do acordo ou oferecimento da denúncia, a partir da estratégia de política criminal adotada (Brasil, 2021).

Seguindo o entendimento acima exposto, posicionou-se a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), no julgamento do Recurso Ordinário no *Habeas Corpus* 161.251/PR, ao afirmar que a verificação sobre a possibilidade de propositura do ANPP fica a cargo exclusivo do Ministério Público, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo do investigado, obstando, portanto, que o Poder Judiciário determine a sua celebração (Brasil, 2022).

Reforçando o entendimento de titularidade exclusiva do órgão acusatório quanto à propositura do acordo, o enunciado 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) preleciona que o ANPP constitui faculdade do Ministério Público, pois cabe ao membro ministerial analisar se o acordo é suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Autores que defendem a corrente adotada pelos tribunais superiores compreendem que a natureza consensual inerente ao ANPP impede a sua celebração quando da recusa motivada do órgão acusatório, o que vai de encontro ao reconhecimento de um direito subjetivo do investigado. Do mesmo modo, ao observar que ao Ministério Público incumbe com exclusividade a legitimidade para propositura da ação penal pública, razão pela qual a decisão sobre o cabimento do acordo não poderá ser tomada pelo Poder Judiciário, sob pena de subversão das atribuições de cada órgão (Souza; Dower, 2019).

Representaria, sob essa ótica, uma faculdade atribuída legalmente ao Ministério Público, ente responsável pela deliberação sobre o mérito do acordo e de suas cláusulas, de modo que ao magistrado restaria, em caso da não propositura do ANPP, deliberar sobre o recebimento ou rejeição da denúncia. Trata-se, portanto, da adoção de uma postura ativa por parte do órgão acusatório, o qual deverá se pautar pela baliza de o acordo ser suficiente à prevenção e à repressão do delito (Avena, 2022).

Sob esse aspecto, a principal crítica à interpretação do ANPP como direito subjetivo consiste na necessidade de participação ativa das partes envolvidas no ato, de modo que haja uniformidade de desígnios em transacionar. Pensar de forma diferente, para os que assim entendem, implicaria em violação ao sistema acusatório, pois seria possível que diante da recusa do Ministério Público o juiz impusesse sua celebração de ofício (Lima, 2020).

Para Gustavo Badaró, a natureza jurídica do ANPP é de negócio jurídico processual penal², não existindo direito subjetivo do investigado, tendo em vista que a adoção do sistema acusatório impõe nítida separação entre as funções conferidas aos juízes e membros do Ministério Público. Por outro lado, defende a necessidade da motivação expressa quanto às razões que ensejaram o não oferecimento do acordo por parte do membro ministerial, sob pena de rejeição de eventual denúncia posteriormente ajuizada (Badaró, 2022).

Há quem defenda que o Ministério Público é o órgão responsável e capacitado para escolha das discussões obrigatórias na seara da política criminal, de modo que tal atuação não deve ser transmutada para o Poder Judiciário. Não obstante, a deliberação acerca da propositura de um acordo ou oferecimento da denúncia não pode ficar a cargo do subjetivismo e ideais de um promotor isolado (Vasconcellos, 2022).

Na vigência da Resolução 181/2017 do CNMP, alguns autores também defendiam a existência da faculdade para o ente ministerial propor ou não o acordo, rejeitando a possibilidade de se tratar de direito subjetivo do investigado (Garcia, 2018). Isso porque as diferenças advindas com a regulamentação legal do instituto não modificaram sua essência, de modo que a discussão sobre a natureza jurídica do ANPP já existia à época da referida resolução.

Destaque-se que seja qual for a corrente adotada, não há margem de discricionariedade irrestrita conferida ao ente ministerial para celebração do acordo. Nesse sentido, Oliveira (2022) pondera que embora não seja favorável ao ANPP ser tratado como direito subjetivo do investigado, compreende que diante da presença dos requisitos objetivos para sua celebração

² Apesar do conceito de ANPP mencionado ter aduzido a natureza de negócio jurídico processual do instituto, a doutrina majoritária preleciona sua índole pré-processual, em razão de o acordo ser firmado em momento anterior à deflagração do processo judicial.

deverá o membro do Ministério Público emitir manifestação sobre o caso, sob pena de violar seu poder-dever imposto por lei.

2.1 O ANPP como direito subjetivo do investigado

A despeito dos argumentos doutrinários e jurisprudenciais que afirmam o caráter discricionário inerente à propositura do ANPP pelo Ministério Público, detentor do designado poder-dever para analisar no caso concreto o preenchimento dos requisitos para sua celebração, insta confrontar as posições em sentido contrário, a fim de aferir a possibilidade de o acordo ser interpretado como direito subjetivo do investigado.

Sob essa ótica, Mauro Messias pondera que, no julgamento do HC nº 131.108/RJ (Brasil, 2013), o STJ assentou que o preenchimento dos requisitos legais para a suspensão condicional do processo qualifica o direito subjetivo do acusado ao oferecimento da proposta. Assim, entende que o mesmo fundamento deve ser aplicado para o ANPP, pois também se trata de medida de cunho despenalizador. O autor tece crítica ao pressuposto contido no artigo 28-A, caput, do CPP, o qual aduz a necessidade de o acordo ser suficiente para reprovação e prevenção delitiva, diante da vagueza do dispositivo, capaz de legitimar grau elevado de discricionariedade ao Ministério Público (Messias, 2020).

Com efeito, observa-se que o legislador se utilizou de conceito em aberto para fixar parâmetro de cabimento do ANPP, o que deve ser enfrentado com parcimônia no âmbito prático, sob pena de restringir a aplicação de instituto que sob a ótica da política criminal contemporânea deve ser valorizado. Se por um lado é atribuição exclusiva do órgão acusatório oferecer o acordo, por outro, tal função não pode ficar a cargo de eventuais preferências individuais do membro ministerial, o que desvirtuaria sua finalidade.

Ao tratar do dever de fundamentação inerente às decisões judiciais, Streck e Raatz (2017) destacam que tal imposição constitucional implica na obrigação de o juiz ponderar todos os argumentos trazidos pelas partes, justificando em qual medida sua decisão é juridicamente coerente e compatível com o ordenamento jurídico. Assim sendo, não será considerada fundamentada a decisão baseada em meros juízos morais e políticos, despidos do próprio direito. Traçando um paralelo com a atuação do Ministério Público no âmbito da justiça penal negociada, entende-se que a recusa em ofertar o ANPP deve conter embasamento legal sólido, não sendo suficiente a mera discordância pessoal do membro ministerial.

Interessante mencionar que, apesar do entendimento majoritário dos tribunais superiores acerca da suspensão condicional do processo não constituir direito subjetivo do acusado, no

juízo do HC n° 131.108/RJ (Brasil, 2013), o STJ pontuou que o não oferecimento da proposta pelo órgão acusatório não pode ser justificado mediante fundamentos inidôneos, sendo possível a avaliação judicial após a devida provocação para tanto. É o que se observa mediante a transcrição do julgado abaixo:

SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ART. 89 DA LEI 9.099/95. NEGATIVA POR PARTE DO ÓRGÃO MINISTERIAL. MOTIVAÇÃO. POSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO.

Embora o órgão ministerial, na qualidade de titular da ação penal, seja ordinariamente legitimado a propor a suspensão condicional do processo prevista no artigo 89 da Lei n. 9.099/95, os fundamentos da recusa da proposta podem e devem ser submetidos ao juízo de legalidade por parte do Poder Judiciário (HC 131.108/RJ, Relator (a): Min. Gilson Dipp, julgado em 24/06/2013, Dje 27/06/2013) (Brasil, 2013).

Do mesmo modo, embora o STF não adote como regra o posicionamento da suspensão condicional do processo ser um direito subjetivo do acusado, também já decidiu nesse sentido, assentando seu cabimento na hipótese de o acusado preencher os requisitos contemplados no art. 89 da lei 9.099/95 (Brasil, 1995), conforme constata-se do teor do julgado a seguir:

PROCESSO – SUSPENSÃO CONDICIONAL – REQUISITOS – ATENDIMENTO – ACUSADO – DIREITO SUBJETIVO.

Uma vez atendidos os requisitos do artigo 89 da Lei n° 9.099/1995, cumpre implementar a suspensão condicional do processo, podendo o Juízo atuar, nesse campo, de ofício (HC 136.053, Relator (a): Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 07/08/2018, Dje 21/09/2018) (Brasil, 2018).

Os referidos julgados reforçam que a aplicação dos institutos de justiça penal negociada não pode ser obstada por ausência de pressupostos de caráter puramente subjetivo, isto é, exige-se do órgão acusatório que a recusa em oferecer acordo dessa natureza esteja pautada em critérios concretos, que demonstrem no plano fático a ineficácia da medida para solução do conflito. Desse modo, pondera-se que fator como a gravidade abstrata do delito não pode ser considerado, por si só, para impedir a propositura do acordo. Afinal, se o legislador estabeleceu critérios genéricos acerca dos delitos passíveis de celebração do ANPP, há presunção de que a gravidade destes é reduzida.

Nesse sentido, Barros e Romaniuc (2019) defendem o direito subjetivo ao ANPP quando presentes os requisitos para sua celebração, não sendo possível ao Ministério Público vedar tal possibilidade ao investigado de forma arbitrária. Ressalvam que a tese adotada não implica afirmar que em qualquer situação o acordo deverá ser adequado, haja vista a necessidade de análise criteriosa a respeito da existência dos pressupostos legais, exigindo-se do ente ministerial fundamentação detalhada em caso de entender pelo não cabimento.

Ao debater sobre o tema, Lopes Jr. (2022) sustenta que, se demonstrado o preenchimento dos requisitos dispostos na lei, o investigado terá direito ao acordo, sendo um

verdadeiro direito subjetivo que lhe assiste. Ressalva, contudo, que reconhecer essa natureza jurídica não é sinônimo de permitir uma atuação protagonista do magistrado, o que iria de encontro ao sistema acusatório, mas sim permitir o exercício da sua função constitucional de garantidor de direitos. Afinal, a atuação do Poder Judiciário não ocorreria de ofício, ocorrendo após a provocação daquele que teve o direito ao oferecimento do ANPP obstado.

Sob a perspectiva do direito subjetivo ao ANPP também é possível sustentar que a natureza do instituto está vinculada intrinsecamente ao direito fundamental à liberdade de locomoção, haja vista que seu propósito é o de evitar o encarceramento, possibilitando que a repressão delitiva seja efetivada por meio do cumprimento pelo compromissário das condições legais impostas. A contrariedade do órgão acusatório em firmar o acordo tendo por base critérios subjetivos não se mostra condizente com a finalidade da medida. Isso porque a restrição dos direitos fundamentais só pode ser legitimada quando as normas constitucionais permitem, sob pena de ser considerada abusiva (Resende, 2020).

Interessante observar que na ótica do direito penal contemporâneo é preciso primar pela obediência ao princípio da intervenção penal mínima, restringindo a atuação do direito penal às hipóteses nas quais os outros ramos do direito não sejam suficientes para tutela dos bens jurídicos. Isso significa que não é todo delito que deve ser sancionado na seara criminal, mas somente aqueles que afetem bens jurídicos mais caros à sociedade (Luisi, 1991). Nesse contexto, também é possível inferir que algumas infrações, mesmo sendo objeto de interesse do direito penal, não merecem ser reprimidas por meio de pena privativa de liberdade.

A compreensão do direito subjetivo ao ANPP favorece a aplicação dos mecanismos da justiça penal negociada, haja vista que apenas não seria celebrado o acordo quando concretamente o investigado não fizesse jus ao acordo. Trata-se de compreender que a imposição de pena em sentido estrito, notadamente o encarceramento, é medida menos eficaz para resolução dos conflitos de médio potencial ofensivo. Por meio de uma interpretação mais extensiva, Karam (1991) pontua que as sanções penais, à diferença de outras sanções jurídicas, não são meios idôneos na resolução de conflitos em geral.

Considerando a teoria do garantismo penal adotada pela sistemática processual penal brasileira e, conseqüentemente, a necessidade de proteção aos direitos e garantias fundamentais dos indivíduos, não há mais espaço para o punitivismo desenfreado, vedando-se atitudes de cunho arbitrário por parte do Estado (Ferrajoli, 2010). Nesse sentido, a criação de obstáculos desarrazoados ao oferecimento do ANPP colide com a própria estrutura dogmática vigente, motivo pelo qual a invocação de elementos subjetivos para impedir o acordo não deve ser aplicada como regra.

Uma das críticas doutrinárias apontadas por aqueles que defendem o poder-dever do Ministério Público no âmbito da justiça penal negociada é que aceitar a existência de um direito subjetivo do acusado/investigado implica ir de encontro à natureza consensual dos institutos. Não obstante, essa argumentação carece de consistência interpretativa à medida que a acusação e o compromissário continuarão dispondo de liberdade para deliberar sobre as condições de cumprimento do acordo, as quais não estão sequer restritas às previstas expressamente em lei.

Portanto, a adoção da corrente ora exposta possibilita em verdade igualdade de tratamento para aqueles que se encontram na mesma situação jurídica, qual seja, a adequação sob o ponto de vista objetivo para celebração do acordo, pois preenchem os requisitos contemplados no artigo 28-A do Código de Processo Penal. De modo que limitar a utilização do instituto apenas para casos específicos, mormente quando não haja fundamentação detalhada para a recusa, não é compatível com a segurança jurídica.

Conclusão

Diante do exposto, compreende-se que o enfoque do direito penal contemporâneo requisita cada vez mais a adoção de instrumentos de cunho despenalizador com vistas à resolução dos conflitos de pequeno e médio potencial ofensivo, tendo em vista a manifesta necessidade de desafogar as demandas que recaem sob a análise do Poder Judiciário, bem como em razão da observância ao princípio da celeridade assegurado constitucionalmente.

O avanço da justiça penal negociada tem demonstrado que os benefícios advindos com a ausência de deflagração do processo judicial não se restringem aquele que praticou o delito, alcançando também os demais sujeitos envolvidos em eventual ação penal proposta, considerando a redução dos custos com recursos financeiros e humanos. Ademais, o encurtamento do tempo necessário para o deslinde do caso concreto possibilita maior segurança jurídica para as partes, o que favorece o respeito aos direitos e às garantias fundamentais.

Sendo assim, as estratégias de política criminal direcionadas ao desenvolvimento de medidas despenalizadoras, que imponham ao investigado/acusado condições diferentes das penas privativas de liberdade, devem ser difundidas com o intuito de obter maior eficácia na resolutividade dos conflitos.

Sob essa ótica, a introdução do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, ao lado de institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, representa importante mecanismo para consecução concreta da justiça. A justificativa da possibilidade de o Ministério Público não oferecer a denúncia no caso do cumprimento dos requisitos do artigo 28-A do CPP

tem fundamento na própria natureza do crime praticado, qual seja, não envolver violência ou grave ameaça, o que indica sua menor gravidade.

A adequada aplicação da recente modalidade de acordo pré-processual está condicionada à escolha da natureza jurídica do instituto, de modo que importa perquirir se há um poder-dever do Ministério Público ou um verdadeiro direito subjetivo do investigado. Em que pese a corrente dominante adotada pelos tribunais superiores legitimar a existência da discricionariedade regradada por parte do órgão acusatório para deliberar sobre o cabimento da medida, pondera-se que tal opção não é a mais coerente conforme a finalidade do acordo. Isso porque restringir sua aplicação em razão de critérios puramente subjetivos reduz a importância de mecanismo que deve ser valorizado sob a ótica da justiça penal negociada.

Além disso, caso o investigado preencha os requisitos objetivos dispostos na lei, o dissenso por parte do membro ministerial em propor o acordo tenderá a recair numa análise anti-isonômica e arbitrária, tendo em vista a dificuldade de demonstrar no caso concreto as razões pelas quais indivíduos em idêntica situação do ponto de vista objetivo não vão receber tratamento semelhante.

Portanto, pondera-se que o ANPP pode ser interpretado como direito subjetivo do investigado, de modo que critérios isoladamente morais, políticos e sociais não devem ser utilizados a fim de obstar o oferecimento do acordo. Do mesmo modo, que eventual rejeição por parte do Ministério Público esteja alicerçada em fundamentos idôneos, demonstrando de forma detalhada a inadequação da propositura da medida no caso específico.

Referências

AVENA, NORBERTO. **Processo Penal**. 14. ed. Rio de Janeiro: Método, 2022.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2022.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. A constitucionalidade do acordo de não persecução penal. In: CUNHA *et al.* (orgs). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de não persecução penal: teoria e prática**. São Paulo: JH Mizuno, 2019.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181, de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 12 set. 2022.



BARBOSA, Ana Beatriz Nóbrega; LARA, Marcelo D'Angelo. O acordo de não persecução penal como direito subjetivo do investigado: limites à discricionariedade da função acusatória

BRASIL. **Projeto de Lei nº 10.372/2018**. Introduce modificações na legislação penal e processual penal.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/113964.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 set. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.790/DF**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 5/06/2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5.793/DF**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, Dje 22/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 131.108**, rel. Min. Gilson Dipp, j 24/06/2013, Dje 27/06/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 161.251/PR**, 5ª Turma, rel. Min. Ribeiro Dantas, j 10.05.2022, Dje 16.05.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 136.053**, 1ª Turma, rel. Min. Marco Aurélio, j 07.08.2018, Dje 24.09.2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 191.124/RO**, 1ª Turma, rel. Min. Alexandre de Moraes, j 25.02.2021, Dje 12.04.2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da resolução 181/2017 do CNMP). In: CUNHA *et al.* (orgs). **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório Justiça em números 2021**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 23 out. 2022.

DIAS, Ricardo Gueiros Bernardes. Practice and human dignity in the balance: comparing, empirically, delação premiada, plea negotiations and cooperating witnesses in Brasil and the Usa. **Revista Jurídica Unicuritiba**, v. 2, n. 51, p. 113-136, abr./jun. 2018. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.6828932>.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão**: teoria do garantismo penal. 3 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo ministério público. **Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro**, n. 68, abr./jun. 2018.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói: Luam Ed., 1991.



LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2022.

LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. **Revista da Defensoria Pública do Rio Grande do Sul**, n. 26, p. 264-293, jan./jun. 2020.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de não persecução penal**: teoria e prática. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MOTA, Ludmila de Carvalho. Acordo de não persecução penal e absprache: análise comparativa da justiça penal negocial no processo penal brasileiro e germânico. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 77, p. 161-194, jul./set. 2020.

OLIVEIRA, Décio Viegas. As hipóteses excepcionais de cabimento do acordo de não persecução penal no decorrer do processo criminal. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**, n. 83, pp. 19-33, jan./mar. 2022.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. **Segurança e justiça**: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. *Revista Opinião Jurídica*, v. 19, n. 38, pp. 115-135, jan./jun.2020. <https://doi.org/10.22395/ojum.v19n38a6>.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não persecução penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

STRECK, Lenio Luiz; RAATZ, Igor. O dever de fundamentação das decisões judiciais sob o olhar da crítica hermenêutica ao direito. **Revista Opinião Jurídica**, v. 15, n. 20, p. 160-179, jan./jun. 2017. <http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v15i20.p160-179.2017>.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 15 ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.