



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DEPARTAMENTO DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Vitor Hugo Silvano de Souza

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OS EFEITOS DO REQUERIMENTO DA
REMESSA DOS AUTOS DO ART. 28-A, § 14, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

Florianópolis

2022

Vitor Hugo Silvano de Souza

**Acordo de Não Persecução Penal: Os Efeitos do Requerimento da Remessa dos Autos do
Art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito submetido ao Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro.

Florianópolis

2022

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Souza, Vitor Hugo Silvano de
Acordo de Não Persecução Penal : Os Efeitos do
Requerimento da Remessa dos Autos do Art. 28-A, § 14, do
Código de Processo Penal. / Vitor Hugo Silvano de Souza ;
orientador, Matheus Felipe de Castro, 2022.
68 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) -
Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências
Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2022.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Justiça Penal Consensual. 3. Devido
Processo Legal. 4. Requerimento de Remessa dos Autos. 5.
Art. 28-A, § 14, do CPP. I. Castro, Matheus Felipe de .
II. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em
Direito. III. Título.

Dedico o presente trabalho à minha família, em especial a minha avó Adelaide Silvano de Souza e ao meu avô Adelar de Souza Oliveira.

RESUMO

O objetivo da presente pesquisa foi a busca pela compreensão dos efeitos jurídicos decorrentes do exercício do requerimento de remessa dos autos à instância superior do Ministério Público para revisão da possibilidade de celebrar o acordo de não persecução penal, rejeitada anteriormente pelo *Parquet*, previsto no art. 28-A, § 14, do CPP. O marco teórico da pesquisa baseou-se na teoria crítica do Direito Penal e Processual Penal e serviu de lente para interpretar a maneira como a adoção de instrumentos de justiça penal consensual contribuiria ou não para a relativização de garantias e preceitos tradicionais do ordenamento jurídico-penal brasileiro, além de investigar a maneira como a “administrativização” do processo, na seara penal, favoreceria a expansão e manutenção do sistema criminal vigente. Para então, como objetivo específico, delimitar temporal e operacionalmente o procedimento adequado do instituto de remessa, investigando a legalidade e a razoabilidade de sua apresentação na ocasião da resposta à acusação, primeiro momento em que a parte se manifesta nos autos. Verificou-se jurisprudencialmente que deve o Poder Judiciário se conter em negar seguimento ao requerimento apenas quando o investigado não preencher um dos requisitos objetivos presente na norma processual, preservando o mérito discricionário do Ministério Público e o sistema acusatório, ensejando na suspensão da ação penal até ulterior decisão revisional. Constatou-se, portanto, que o reexame dos critérios de oportunidade e discricionariedade no âmbito do órgão superior de revisão ministerial possui o efeito de suspender a tramitação do processo judicial, e também, nos casos em que o pleito de defesa é acolhido, extinguir a respectiva ação penal, com o conseqüente retorno à fase pré-processual.

Palavras-Chave: justiça penal consensual; devido processo legal; requerimento de remessa dos autos; art. 28-A, § 14, do CPP.

ABSTRACT

The objective of the present research was the search for the understanding of the legal effects resulting from the exercise of the request for case referral to the superior instance of the Public Prosecutor's Office for review of the possibility of celebrating the non-prosecution agreement, previously rejected by the Public Prosecutor, provided in art. 28-A, § 14, of the CPP. The theoretical framework of the research was based on the critical theory of Criminal Law and Criminal Procedure and served as a lens to interpret the manner how the adoption of consensual criminal justice instruments would contribute or not to the relativization of guarantees and traditional precepts of the Brazilian legal-penal system. Then, as a specific objective, delimit temporal and operationally the proper procedure of the institute of referral, investigating the legality and reasonableness of its presentation at the time of response to the accusation, the first time the accused manifests itself in the records. It was verified jurisprudentially that the Judiciary must be restrained in denying follow-up to the request only when the investigated does not meet one of the assumptions present in the procedural rule, preserving the discretionary merit of the Public Prosecutor and the accusatory system, resulting in the suspension of the criminal action until further review decision. It was verified, finally, that the reexamination of the criteria of opportunity and discretion in the scope of the superior organ of ministerial review has the effect of suspending the judicial process, and also, in cases in which the plea of the defense is accepted, extinguishing the respective criminal action, with the consequent return to the pre-procedural phase.

Keywords: consensual criminal justice; consensual due process; request for case referral; art. 28-A, § 14, CPP.

SUMÁRIO

1.INTRODUÇÃO.....	8
2. PRESSUPOSTOS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL	
2.1 O Eficientismo Penal.....	12
2.2 As Regras de Tóquio.....	18
2.3 A Mudança de Paradigma no Exercício da Ação Penal.....	23
3. ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL	
3.1 Considerações sobre o Acordo de Não Persecução Penal.....	31
3.2 Direito Subjetivo do Investigado ou Discricionariedade Ministerial?.....	34
3.3 O Contraditório e a Ampla Defesa.....	41
4. A SISTEMATIZAÇÃO DO REQUERIMENTO DE REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA REVISORA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP	
4.1 A Recusa do Oferecimento da Proposta de Acordo.....	48
4.2 O Controle Judicial Sobre o Requerimento de Remessa.....	52
4.3 A Suspensão e a Extinção do Processo.....	56
4.CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	61
REFERÊNCIAS.....	63

1. INTRODUÇÃO

Em um contexto global pautado no risco e na hipercomplexidade social, o Direito Penal é fortemente marcado por um discurso político-criminal de cunho punitivista. Este movimento é amplamente difundido no tecido social que, através da concepção da lei penal como solução da maioria dos problemas coletivos, acaba gerando uma expansão normativa que atribui ao poder punitivo o papel de pacificador de uma ampla gama de conflitos. Este viés punitivista é operado por determinados grupos com representação política, profundamente sustentados pela atuação dos meios de comunicação de massa, que usam do poder de criminalizar condutas como instrumento simbólico de repressão e pacificação social.

A consequência disso é a multiplicação de leis penais - ou panpenalização - trazendo à norma penal uma intensa carga simbólica que não parece ter um compromisso real com os discursos declarados sobre as reais funções do Direito Penal. Vale lembrar que as instituições responsáveis pelo desenvolvimento do sistema penal também possuem limites operacionais bastante restritos, fazendo com que a proliferação de tipos penalizantes resulte em um assoberbado volume de trabalho e em um crescimento desordenado da criminalização secundária.

Neste sentido, cria-se um cenário social pautado no intervencionismo penal, em que há uma disputa ideológica pela simbologia e pelo controle que o Direito Penal oferece, o que impede que os atores processuais forneçam respostas satisfatórias à sociedade. Verificando-se, inclusive, não existir provas de que este modelo de política-criminal reduza efetivamente os altos índices de criminalidade, que restam evidenciados na sensação de insegurança arraigada na sociedade brasileira. O funcionamento desse sistema fortalece a positivação de medidas de urgência que, por possuírem determinada funcionalidade prática, conferem sobrevida ao sistema penal tradicional, legitimando o poder punitivo como recurso essencial à pacificação social.

Nesse cenário, muitas propostas de “aperfeiçoamento” do sistema penal são apresentadas diariamente, fundadas nos discursos de solução definitiva de problemas observados no mundo empírico. Na prática, a positivação dessas medidas posterga, ou mesmo anula, o debate democrático sobre as possíveis soluções reais ao problema da segurança pública e da violência no Brasil. À vista disso, comedidas reformulações e atualizações das normas

jurídico-penais revelam justamente este caráter simbólico da norma penal, em que mudanças pontuais não resultam na efetiva diminuição da criminalidade, e sim operam no sentido de manutenção do sistema vigente que é alimentado, justamente, pela criminalidade que afirma combater.

Este contexto é propício para que alterações legislativas surjam com promessas de combate severo à criminalidade por meio do recrudescimento da lei penal, revelando o ímpeto repressivo do sistema criminal brasileiro. Dessa forma, seguindo uma agenda política conservadora, o Congresso Nacional aprovou a Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como o Pacote Anticrime.

Esta nova legislação alterou mais de uma dezena de diplomas legais e trouxe a principal consolidação e estruturação normativa do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, que já era previsto como alternativa ao processo judicial formal desde 2017 por meio da Resolução nº 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, alterada pela Resolução nº 183/18.

E, em que pese as versões anteriores do acordo de não persecução penal já estarem sendo aplicadas, a introdução do método consensual no Código de Processo Penal acabou por estender a aplicação desse instrumento sancionador alternativo a um alargado número de indivíduos sujeitos ao sistema penal. Desse modo, buscando comprometer-se em melhorar os indicadores de violência e reduzir os índices de criminalidade, a consensualidade foi eleita como forma de abreviar a morosa duração dos processos judiciais.

A previsão expressa no art. 28-A do Código de Processo Penal faz com que o acordo de não persecução penal se torne o desfecho da imensa maioria das investigações em curso no país. Bem como, perfaz o superado debate acerca da sua possível inconstitucionalidade em decorrência da violação ao art. 22 da Constituição Federal¹, ocasião em que era sustentado que a previsão da possibilidade de celebração do acordo através de resoluções do CNMP teria invadido a competência privativa da União para dispor sobre normas processuais penais.

As ferramentas consensuais, em sua maioria inspiradas em modelos estrangeiros, obedecem a um juízo de oportunidade e discricionariedade do órgão acusatório que, na figura de *dominus litis* da ação penal, exerce o papel precípua de veiculador de políticas criminais. Dessa maneira, a depender da análise de conveniência, o *Parquet* poderá deixar de ofertar a

¹Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 5.790 e nº 5.793, ajuizadas pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da OAB.

proposta de acordo de não persecução penal ao investigado ainda que preencha todos os requisitos objetivos para tanto.

Contudo, por aparentar ser mais benéfico ao imputado no curto prazo - pois não geraria antecedentes criminais - a estrutura do instituto negocial confere à defesa ferramentas de controle desta discricionariedade persecutória, assegurando o direito ao reexame da possibilidade de celebração do acordo por meio da remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público, presente no §14 do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Neste sentido, a previsão expressa do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal trouxe maior sistematização ao instituto consensual, prevendo meios de legitimação dos métodos consensuais com algumas observâncias aos ditames do devido processo legal, possibilitando o direito ao reexame da recusa do Ministério Público em oferecer a proposta de acordo.

Dessa maneira, a pesquisa sobre o *locus* operacional e a extensão do §14 do artigo 28-A do Código de Processo Penal é de grande valor aos operadores do direito, em especial aos integrantes da advocacia criminal que têm no dispositivo uma garantia de insurgência em face de possíveis arbitrariedades. Todavia, possivelmente por tratar-se de uma revisão *interna corporis* do Ministério Público, e sendo uma novidade da legislação, percebe-se que este recurso ainda não vem sendo amplamente utilizado, encontrando-se ainda em fase de aperfeiçoamento e operacionalização.

Para facilitar a compreensão e estudo do tema, dividiu-se este trabalho em três partes, sendo que se iniciou por uma revisão bibliográfica acerca dos aspectos fenomênicos da inserção dos mecanismos fundados na lógica negocial no processo penal brasileiro. Isto é, partindo-se do pressuposto de que a Resolução nº 45/110 da Organização das Nações Unidas ou Regras de Tóquio traçou orientações mínimas a serem observadas durante a aplicação dos métodos consensuais, investiga-se como o discurso do eficientismo penal contribui para o surgimento e reordenação de novos preceitos processuais.

Constata-se que o abrandamento de princípios clássicos do processo penal, em especial o princípio da obrigatoriedade da ação penal, abre espaço para os princípios da oportunidade e da consensualidade. O que faz com que o órgão acusatório amplie o espaço de discricionariedade em suas atribuições, acarretando em maiores responsabilidades na fundamentação de suas opções de veiculação de política criminal, que agora possui meios de controle no âmbito administrativo.

Já na segunda parte deste estudo, procura-se abordar e compreender a operacionalidade do requerimento de remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público, reconhecendo o instituto como incipiente garantidor da ampla defesa e do devido processo legal aplicado aos instrumentos consensuais. Neste tópico, a pesquisa buscou delinear a função dos preceitos do contraditório e da ampla defesa frente às novas atribuições discricionárias do Ministério Público na aplicação dos acordos de não persecução penal, a fim de compreender e analisar os atos processuais que envolvem o instituto e suas consequências na ação penal.

Finalmente, na última parte deste estudo analisam-se alguns julgados recentes, especialmente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina e do Superior Tribunal de Justiça, compilados na Edição nº 185 do Jurisprudência em Teses, onde foi possível verificar que, embora desnecessária a notificação do investigado acerca da decisão de não oferecimento da proposta de acordo, seja por ausência de praticidade ou de previsão legal, caberá ao *Parquet* apresentar fundamentadamente suas justificativas do não oferecimento na própria exordial acusatória.

Certo ainda, que, sendo recebida a denúncia e ordenada a citação do acusado, este poderá requerer ao Magistrado a remessa dos autos à instância revisora para que haja o reexame dos fundamentos apresentados pelo Ministério Público, no prazo de sua resposta à acusação, ou no primeiro momento que puder intervir nos autos. De modo que, o controle do Poder Judiciário deve se limitar à análise dos requisitos objetivos da norma processual, não se manifestando acerca dos elementos atinentes à discricionariedade do Ministério Público, a fim de preservar o modelo acusatório do processo penal.

2. PRESSUPOSTOS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

2.1 O Eficientismo Penal

Os modelos processuais de tratamento da questão penal podem ser divididos, de modo abrangente, em duas abordagens fundamentais: a garantista ou garantidora e a eficientista ou funcional. A estrutura garantista busca instrumentalizar o Direito Penal como defesa e limite da ingerência do poder do Estado, buscando sujeitá-lo às regras constitucionais asseguradoras de direitos e liberdades individuais presentes em tratados internacionais e na Constituição Federal de 1988. Nesse sentido, trata-se de uma abordagem de cunho ético, comandada por um imperativo categórico da razão: não fazer dos homens um meio para obtenção de uma finalidade, mas antes destinatários de uma dignidade.

O modelo garantidor é profundamente comprometido com a efetivação de princípios asseguradores dos direitos fundamentais constitucionalmente positivados e consiste em um instrumento de proteção do cidadão em face do poder punitivo estatal. Isso porque, este modelo tende a conceber o Direito Penal e a pena como mecanismos de contenção ao monopólio da força a serviço da máxima eficácia das garantias presentes na Constituição Federal (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 105).

O ideal garantista, sem deslegitimar o Direito Penal como instrumento social, visa relegitimar o sistema penal através de sua aplicação racional, e do projeto constitucional de limitação do poder e maximização das garantias dos jurisdicionados. Por outro lado, com o elevado número de casos submetidos ao sistema penal, as respostas deste modelo são atacadas por seus críticos como sendo insuficientes para dar soluções ágeis e financeiramente acessíveis ao Estado e à sociedade, numa visão de que seria o papel do Direito Penal realizar transformações sociais.

Esta insuficiência resultaria em descrédito institucional por grande parte da população, o que contribuiria para a difusão de ideologias punitivistas irrefletidas e fundadas no medo e na sensação de urgência por modificações em prol do recrudescimento das leis penais.

Sob este enfoque, o eficientismo penal tende a conceber o exacerbamento de garantias processuais como entraves à uma prestação jurisdicional célere e eficaz, sopesando os custos do delito com a efetiva punição do infrator (CAMPOS, 2012, p. 3). Dessa maneira, o modelo eficientista busca agilizar e funcionalizar o tratamento da questão criminal, especialmente em ordenamentos cujo sistema penal é reconhecidamente moroso e complexo, inserindo

instrumentais que, segundo essa abordagem, teriam potencial de incrementar as chamadas prevenções especiais e geral, em suas múltiplas indagações.

Isso produz um cenário onde muitas propostas legislativas surgem com o intento de abreviar o tempo entre a prática de um fato criminoso e sua respectiva sanção, sendo que muitas delas buscam, equivocadamente, tolher direitos fundamentais dos cidadãos como única solução ao problema (FERNANDES, 2008, p. 232).

Segundo Beccaria (2014, p. 57), quanto mais célere for a aplicação de uma penalidade ao agente de um crime e mais próxima esta estiver dos fatos apurados mais justa e útil será. Todavia, o avanço do eficientismo penal voltado apenas à aceleração - até mesmo a supressão - de procedimentos, traduz-se em um viés utilitarista do processo penal, e pode provocar diretamente violações e restrições de direitos e garantias fundamentais, e conseqüentemente graves injustiças.

A aceleração da aplicação de penalidades exige o cuidado para não ensejar o atropelo de direitos e garantias fundamentais, ao passo que o processo tramite sem uma demora excessiva. É neste ponto que reside a complexa compreensão da eficiência aplicada em função da duração de um processo penal em tempo razoável como garantia dos direitos dos jurisdicionados, inclusive do direito à celeridade processual (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 154).

Dessa forma, é possível observar que mecanismos tendentes à obtenção de uma maior eficácia ao processo penal são, de fato, objetivos válidos para a consecução da administração funcional da justiça e integram as finalidades do Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, verifica-se que medidas ideologicamente punitivistas, tão somente voltadas à redução do tempo de resposta do *jus puniendi* estatal, utilizam-se da narrativa de enfrentamento a qualquer custo do calamitoso quadro da segurança (ou insegurança) pública, para certificar que os preceitos constitucionais garantidores dos direitos dos acusados representam o maior obstáculo à presteza jurisdicional.

De acordo com Aury Lopes Júnior (2022, p. 89), a visão populista ou utilitarista da eficiência produz a ilusão de uma justiça imediata voltada a realizar e satisfazer mais os desejos de vingança do que os de justiça. Outrossim, é aconselhável que o processo penal dure um prazo razoável para a necessária maturação e cognição do conflito, desde que não haja excesso de tempo que possa prejudicar o sujeito submetido ao ritual degradante e à angústia prolongada da situação de pendência.

Para isso, é necessário empregar uma agilidade razoável para a aplicação da sanção, perseguindo o ideal de justiça, inclusive com o intuito de evitar que o acusado sofra os tormentos

da dúvida e da pendência da possibilidade da aplicação de uma penalidade (BECCARIA, 2014, p. 57). O contato com o sistema penal deve ser célere para evitar o sofrimento desnecessário de quem a ele está submetido, havendo, portanto, uma inversão na ótica da aceleração: acelerar para abreviar o sofrimento do réu (ou investigado) e não para suprimir seus direitos e garantias (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 89).

Entretanto, diferentemente do ideal vigente no século XIX, as sociedades pós-modernas não possuem capacidade de solucionar todos os conflitos penais pelas vias tradicionais, isso porque com o aumento expressivo da densidade demográfica e de tipos penais, e sua consequente judicialização na seara criminal resultou em uma propagação quantitativamente desproporcional em relação à capacidade governamental e institucional de absorção e resolução satisfatória dos litígios (MASI, 2020, p. 269).

Dessa maneira, nota-se que o Direito Penal se expandiu levando em conta o surgimento de interesses sociais de variada ordem e sendo influenciado pelas transformações sociais advindas do processo de globalização. De modo que, o surgimento e a reavaliação de bens jurídico-penais, bem como a criação de tipos criminalizantes voltados à proteção de bens escassos como o meio ambiente, e delitos ligados à ordem econômica e ao capital difundiram-se ao redor do mundo.

Neste movimento expansivo, o incremento da carga simbólica de proteção a esses novos bens jurídicos atribui ao sistema criminal a resposta para os desafios de uma sociedade marcada pela hipercomplexidade e pelo risco. Ainda que à custa do sacrifício dos direitos humanos e das garantias penais e processuais dos investigados pela prática de delitos (CALLEGARI A. L.; ANDRADE R. L., 2020, p. 115).

De acordo com Vera Regina Pereira de Andrade (2006, p. 178), o marco do sistema penal brasileiro, inserido no contexto de globalização neoliberal, consiste em uma vertiginosa expansão e legitimação do poder punitivo, orquestradas pelo eficientismo utilitarista. Com influências no movimento da "Lei e Ordem" - dogma Norte-Americano de tolerância zero - esta expansão provoca uma leitura da crise do sistema como um colapso conjuntural de eficiência, em que a defesa oficial do sistema consiste justamente em demonstrar seus transtornos como uma questão apenas da falta de eficiência e do excesso de morosidade.

A existência de uma tendência legislativa dominante no sentido da criação de novos tipos penais, bem como o agravamento ou reavaliação dos crimes já positivados, se amolda ao movimento de reinterpretção das garantias clássicas do Direito Penal substancial e do Direito Processual Penal. Igualmente, a ampliação de novos bens jurídico-penais e dos riscos

penalmente relevantes, aliados à flexibilização das regras de imputação e dos princípios político-criminais de garantia integrariam o fenômeno global de expansão do Direito Penal (SÁNCHEZ, 2002, p. 22).

Desta forma, a ideologia eficientista/utilitarista proclama que a falta de coerência e funcionalidade do sistema não ocorre por falhas em suas premissas, mas sim porque não se combate eficientemente a criminalidade, ou seja, o aparato penal não é suficientemente repressivo. Atribuindo apenas distorções conjunturais e de operacionalização do sistema penal vigente, negando-lhe a sua falta de legitimidade.

Isso valida a existência de um sistema penal máximo, incrementado pela cultura punitiva em suas variadas instituições públicas e espaços democráticos, suprimindo as garantias penais e processuais básicas previstas na Constituição Federal, produzindo uma sociedade pautada na intervenção penal (ANDRADE, 2006, p. 178).

De fato, a necessidade de respostas normativas em âmbito penal com o objetivo de tutelar bens jurídicos em sociedades pós-industriais dotadas de grande complexidade contrapõe-se ao princípio da intervenção mínima. Isso porque, a recorrente busca de soluções na legislação penal produz resultados aparentes aos problemas sociais, de modo a apaziguar parcela da opinião pública deslocando a questão para o plano simbólico sem, de fato, enfrentar as raízes da criminalidade (SÁNCHEZ, 2002, p. 23).

Segundo Hassemer (1995, p. 29), nos casos de promulgação de leis simbólicas existe certa discrepância entre a aparência de efetividade e a realidade, constituindo-se essencialmente de um elemento de engano-cinismo por parte de quem as promulga. Ademais, quanto mais alargados forem os fins preventivos da pena (ressocialização; intimidação social; reafirmação do pacto social), mais evidente seu conteúdo simbólico, fazendo com que o poder punitivo sirva de instrumento de transmissão (cognitiva e emocional) de uma mensagem de uma vida de fidelidade ao ordenamento jurídico, sem que isso ocorra faticamente (HASSEMER, 1995, p. 26).

Com isso, tem-se um movimento de expansão e manutenção do sistema penal, supostamente protegendo bens jurídicos pela via da criminalização primária, mas mantendo o mesmo controle sobre a parcela socialmente marginalizada da população através da criminalização secundária, produzindo uma falsa sensação de busca pela pacificação social. Este movimento é sustentado por um sentimento generalizado de insegurança, que é amplamente difundido no tecido social pelos meios de comunicação hegemônicos, e muitas vezes é acolhida por certos grupos políticos com representação nos Poderes da República, conduzindo à

apresentação de propostas expansivas da legislação penal ao invés de mitigá-la (ZAFFARONI, 2020).

Esta pulsão totalitária tão somente demagógica, intitulada de populismo penal ou punitivismo, não está comprometida com um sistema de justiça verdadeiramente eficiente, onde a questão criminal é levada a sério. É, portanto, uma pseudo-solução que produz mais injustiças do que eficiência, pois o problema nasce justamente com a banalização do Direito Penal (panpenalização), com a criminalização da miséria e da pobreza, e com os gravíssimos equívocos na política nacional de desenvolvimento econômico e de bem-estar social (LOPES JÚNIOR, 2022, p. 155).

Conforme salientado por Baratta (2006, p. 182), o efficientismo penal oriundo do discurso político punitivista eleva os níveis de seletividade estrutural do sistema penal, ao passo em que as variáveis tradicionais permanecem constantes. Isto é, o aparato estatal mantém sua atenção aos sujeitos mais vulnerabilizados e estigmatizados na sociedade, sustentado a persecução penal a crimes praticados por esta parcela social, tornando a cifra oculta da criminalidade uma decisão político-criminal.

Na mesma linha, Baratta (2006, p. 182) leciona que:

*Mientras multiplica las previsiones de pena, el efficientismo penal multiplica también el número de casos de impunidad, los cuales, como han demostrado las investigaciones sobre la cifra oculta de la criminalidad y sobre los procesos selectivos de la justicia penal, representan un porcentaje altísimo de todos los eventos penalmente relevantes, también en la fenomenología de un derecho penal "normal"*²

Essa inclinação punitivista agrava o quadro do sistema de justiça criminal, ocasionando a paradoxal impunidade daqueles que não são eleitos pelo sistema penal e pelo senso comum como criminosos. Sendo que, sequer as próprias instituições penais são capazes de suportar as demandas projetadas pela sua programação primária (BARATTA, 2006, p. 182). Além disso, o surgimento de novos tipos penais decorrentes do fenômeno da globalização e da expansão do Direito Penal revelam ainda mais a limitação estrutural das instituições ligadas ao aparelho penal.

Aliado a isto, a falta de recursos e a dificuldade prática dos Poderes da República em planejar e executar habilidosamente planos de segurança pública acarreta em uma severa

² Ao mesmo tempo em que multiplica as previsões de penas, a eficiência criminal também multiplica o número de casos de impunidade, que, como mostraram pesquisas sobre a cifra oculta da criminalidade e sobre processos seletivos de justiça criminal, representam uma porcentagem muito alta de todos os eventos criminalmente relevantes, também na fenomenologia de um direito penal "normal".

seletividade do sistema através da criminalização secundária. Trazendo à tona a necessidade de que casos de média e baixa complexidade sejam conduzidos a aplicação de medidas não privativas de liberdade, permitindo que apenas os casos de maior complexidade e impacto social sejam levados ao julgamento tradicional (*full trial*).

Desse modo, a introdução de mecanismos consensuais no ordenamento jurídico brasileiro encaixa-se no conceito de diversificação (ou diversão) de formas e ritos processuais, e surge como possível resposta à morosidade e ao volume desproporcional de processos submetidos ao sistema de justiça criminal brasileiro. De acordo com Cervini (1995, p. 76), a diversificação em âmbito processual penal consiste na "*suspensão dos procedimentos criminais em casos em que o sistema de justiça penal mantém formalmente sua competência*".

As propostas de introdução de mecanismos de justiça penal consensual são a principal aposta dos modelos de diversificação do processo penal. Estas ferramentas têm sido objeto de profundas reformas penais na América-Latina e Europa, em que as mudanças legislativas invocam o axioma da eficiência penal como o principal benefício da positivação dos institutos consensuais no cenário jurídico, muitas vezes sem levar em consideração seus efeitos deletérios a longo prazo decorrentes da mitigação de direitos e garantias tradicionalmente aplicados (GLOECKNER, 2019, p. 5).

É neste sentido que muitas propostas legislativas, com a intenção de agilizar o processo penal encurtando o tempo despendido para a solução dos conflitos de ordem criminal, invocam o princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, CF/88)³. A fase de instrução e julgamento na esfera judicial é a mais afetada pela introdução desses mecanismos de diversificação, tendo em vista que eles antecipam a aplicação de alguma espécie de penalidade ao infrator durante a fase pré-processual da persecução penal.

O estímulo crescente de instrumentos de diversificação no âmbito do processo penal tem gerado dúvidas sobre a observância de garantias constitucionais nos procedimentos pré-processuais. Como também, mitigado a noção de obrigatoriedade da ação penal de modo a abrandar princípios tradicionais norteadores do processo penal, contraditando-os por modificações legislativas associadas à justiça penal consensual.

Com isso, surgem propostas para que o sistema penal possa flexibilizar o preceito da inafastabilidade jurisdicional, para permitir a aplicação de sanções de ordem criminal através

³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

de acordos penais, de modo a conferir fôlego e sobrevida, pela via administrativa, às infrações penais de baixo ou médio potencial ofensivo, que poderiam entrar no debate político-democrático da descriminalização e de mudanças estruturais do sistema de justiça penal (CASTRO; HOFFMAN, 2021, p. 52).

2.2 As Regras de Tóquio⁴

Com o espírito de deflagrar um processo sistemático de diversificação das modalidades punitivas e buscando deixar a pena de prisão reservada aos delitos mais graves, foram editados instrumentos jurídicos internacionais que visaram mobilizar esforços para o emprego adequado das penas e medidas alternativas aos processos judiciais e ao cárcere.

Este movimento reformista tem a sua origem no âmbito internacional, onde por meio da positivação de documentos normativos inerentes aos Direitos Humanos, há uma tentativa de enfrentamento ao trágico quadro da justiça criminal global, isto para conferir maior credibilidade e justiça na aplicação das penas, sobretudo visando a ressocialização dos infratores (ANDERY, 2000, p. 157).

O estímulo à implementação de medidas alternativas anteriores ao processo ganhou espaço após deliberações internacionais, em especial com a Resolução nº 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas, conhecida como Regras de Tóquio.

O conteúdo desta resolução foi formulado pelo Instituto da Ásia e do Extremo Oriente para a Prevenção do Delito, oficialmente denominadas como as Regras Mínimas das Nações Unidas para Elaboração de Medidas Não-Privativas de Liberdade, onde nelas se buscou alcançar meios mais céleres e efetivos do que as penas de encarceramento para a prevenção geral do delito (SOARES JÚNIOR, 2013, p. 4).

Segundo Damásio E. de Jesus (1999, p. 205), em 1995 a delegação brasileira, chefiada pela Secretária Nacional de Justiça, Dra. Sandra Valle, presente na Quarta Sessão da Comissão de Prevenção do Crime e Justiça Penal das Nações Unidas, revelou a intenção do Brasil em adotar na legislação interna os institutos da *probation*, do *plea bargaining* e outras medidas alternativas à prisão.

Embora este documento internacional não vincule as autoridades brasileiras durante a celebração dos acordos penais por não possuir força de lei (*soft law*), nele são estabelecidas

⁴ Regras Mínimas Padrão das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não Privativas de Liberdade. Anexo da Resolução 45/110, da Assembleia Geral.

balizas fundamentais para a aplicação dos mecanismos alternativos à prisão e ao processo *full trial*. Isso porque, levando-se em conta de que se trata de uma recomendação internacional adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, as orientações nela expressas são de extrema importância para a aplicação das medidas alternativas com observância dos preceitos ligados aos Direitos Humanos.

Assim, objetivando a máxima eficiência para a prevenção da criminalidade, bem como o melhoramento do tratamento dos infratores e da resposta penal da sociedade ao delito, as Regras de Tóquio buscaram sistematizar as sanções e medidas alternativas à perda da liberdade por meio da prisão.

As chamadas "medidas não-privativas de liberdade" são assim conceituadas por Damásio E. de Jesus (1999, p. 215):

Em todo o texto das Regras de Tóquio a expressão "medida não-privativa de liberdade" refere-se a qualquer providência determinada por decisão proferida por autoridade competente, em qualquer fase da administração da Justiça Penal, pela qual uma pessoa suspeita ou acusada de um delito ou condenada por um crime, submete-se a certas condições ou obrigações que não incluem a prisão. A expressão faz referência especial às sanções impostas por um delito, em virtude das quais o delinquente deve permanecer na comunidade e obedecer a determinadas condições.

Dessa forma, as autoridades competentes devem possuir a prerrogativa de impor determinadas condições e abstenções a certas condutas aos indivíduos sujeitos ao sistema penal, além da atribuição de prever penalidades àqueles que descumprirem tais medidas.

Devido à preocupação das Nações Unidas com a humanização da justiça criminal e o fortalecimento das ações voltadas à garantia da proteção dos direitos humanos, as Regras de Tóquio procuraram consolidar uma série de princípios comprometidos com a promoção e estímulo à aplicação de medidas alternativas, sem abrir mão dos preceitos ligados aos Direitos Humanos.

Em especial, a garantia do respeito à dignidade da pessoa humana requer uma parametrização mínima do modo como estes instrumentos serão aplicados em âmbito interno dos estados signatários. Dessa forma, o documento busca estabelecer princípios regentes das boas práticas na imposição e na execução das medidas não-privativas de liberdade (JESUS, 1999, p. 215).

Por isso, na visão do ex-presidente do STF, Ministro Ricardo Lewandowski, estas regras são consideradas um divisor de águas entre uma cultura eminentemente punitivista e a construção de um modelo mais humano de distribuição da justiça, ao passo em que propõem a

valorização de caminhos alternativos com resultados menos gravosos do que aqueles decorrentes das condenações e das prisões (BRASIL, 2016, p. 6).

É possível observar o vínculo que o instituto do acordo de não persecução penal tem com as Regras de Tóquio que, por ser uma recomendação internacional de grande relevância, possui status de *soft law* no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que sua envergadura normativa está apta a definir padrões de comportamento esperados pelo Brasil na implementação das medidas alternativas (MOTA, 2020, p. 165).

Nesse sentido, os órgãos que se ocupam da justiça penal devem possuir a faculdade de liberar o investigado do processo formal, caso considerem que não é necessário dar prosseguimento ao caso para a prevenção do delito, respeito à sociedade, ao ordenamento e às vítimas. Para isso, estão legitimados a impor sanções menos gravosas aos investigados respeitando obrigatoriamente seus direitos fundamentais (JESUS, 1999, p. 236).

As referidas Regras de Tóquio são aplicáveis em todas as fases da persecução penal e foram divididas sistematicamente em 23 artigos, distribuídos em 08 diferentes Seções. Dentre eles, a Seção II trata das medidas alternativas que são passíveis de aplicação em substituição ao processo ou na fase anterior ao julgamento, de modo a evitar a pena de prisão. Isso porque, a prisão como forma de punição estatal só deve ser ordenada se for considerada imprescindível para determinados fins, respeitando o princípio da intervenção mínima e da presunção de inocência (JESUS, 2002, p. 228).

Assim, na Seção I, onde trata dos Princípios Gerais, o dispositivo 1.5⁵ elenca os objetivos fundamentais do tratado e estabelece como dever dos Estados-Membros a elaboração de medidas alternativas ao encarceramento, assegurando o equilíbrio adequado entre os direitos dos infratores, os direitos das vítimas e a preocupação da sociedade com a segurança pública e a prevenção do crime. A regra 1.5 é baliza fundamental do arcabouço teórico das medidas alternativas à prisão.

No entanto, atribui-se ao tópico de número 5.1⁶, presente na Seção II que trata do estágio anterior ao julgamento, a concretização da possibilidade de aplicação de medidas alternativas

⁵ 1.5 Os Estados-Membros devem desenvolver em seus sistemas jurídicos medidas não privativas de liberdade para proporcionar outras opções e assim reduzir a utilização do encarceramento e racionalizar as políticas de justiça criminal, levando em consideração a observância aos direitos humanos, as exigências da justiça social e as necessidades de reabilitação dos infratores

⁶ 5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação

que podem ser tomadas antes do processo. De forma que, é possível concluir que o tratado legítima e fomenta diretamente o uso de mecanismos de substituição aos procedimentos formais, dentre os quais situam-se os instrumentos consensuais (MOTA, 2020, p. 165).

Todavia, diante desse quadro, Damásio E. de Jesus (1999, p. 220) alerta que, quando a norma trata da redução do encarceramento aplicando ações menos gravosas, corre-se o risco de gerar o "efeito de ampliação em rede", fenômeno que implementa maior intromissão das formas de controle penal na sociedade, haja vista a diminuição da duração e do custo na solução dos delitos, o que teria o condão não de diminuir a intervenção penal, mas de universalizá-la.

Dito de outro modo, a celeridade e o barateamento da aplicação de medidas penais através da diversificação podem resultar em mais uma forma de expansão das redes de punição, aumentando o número de pessoas submetidas ao sistema de justiça penal.

Ademais, como visto no tópico do eficientismo penal, a consensualidade aplicada como forma de resolução de casos penais pode contribuir para ampliar o controle social e adequar o sistema penal às novas formas e discursos de celeridade e eficácia impostas pelo movimento de globalização (ZAFFARONI, 2020).

Malgrado a justiça penal consensual se fundamentar no princípio da intervenção mínima e na retração do sistema punitivo, o que se observa é, em boa parte dos casos, a consolidação do efeito de ampliação de rede e a conservação de delitos considerados leves pelo ordenamento jurídico. Sendo que, crimes desta dimensão poderiam ser simplesmente revogados do Código Penal e das leis especiais ou convertidos em meros ilícitos civis ou administrativos, relegando o sistema penal apenas aos casos de maior relevância social (CASTRO; HOFFMAN, 2021, p. 52).

Tamanha a envergadura do debate, que tal preocupação está estampada expressamente nas Resolução nº 45/110, em especial quando trata da abrangência da aplicação das medidas não-privativas de liberdade. De modo que, no seu artigo 2º, salienta a necessidade de avaliação e monitoramento da aplicação dos institutos, bem como que a aplicação das medidas alternativas não deve de modo algum provocar a expansão do sistema penal (dispositivos 2.6⁷ e 2.7⁸).

dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

⁷ 2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

⁸ 2.7 O recurso a medidas não privativas de liberdade deve ser incluído no rol dos esforços visando à isenção de pena e à descriminalização, e não prejudicar ou retardar tais esforços

Assim, as regras 2.6 e 2.7 devem ser compreendidas sistematicamente com o disposto na regra 1.5 no sentido de que a aplicação das medidas não-privativas de liberdade busca a retração do sistema penal e não o oposto. Ocorre que, segundo Suxberger e Gomes Filho (2016, p. 380), o fenômeno da funcionalização do direito penal através de instrumentos consensuais pode ocasionar o efeito degenerante de expandir a atuação do sistema de justiça criminal, ao fazer uso dos acordos despenalizantes para infrações de menor gravidade com a transação penal e, recentemente, com o acordo de não persecução penal.

Neste contexto, tem-se que os dispositivos das Regras de Tóquio, que tratam dos direitos e garantias dos acusados, podem ser considerados da máxima relevância para a aplicação dos institutos da justiça penal consensual, em especial do acordo de não persecução penal. Isso se dá notadamente pela previsão do exercício da discricionariedade com total observância dos ditames jurídicos garantidores dos direitos fundamentais dos jurisdicionados (regra 3.3)⁹.

Neste particular, a regra aponta, por exemplo, para a necessidade de que a discricionariedade do órgão acusatório deve ser exercida dentro do espaço permitido pelos princípios jurídicos, tornando obrigatória a observância dos preceitos constitucionais do devido processo legal na aplicação do acordo de não persecução penal e dos demais instrumentos negociais (JESUS, 1999, p. 232).

Assim como, positiva o direito fundamental ao duplo grau de apreciação pelas autoridades competentes acerca de violações aos direitos individuais dos sujeitos subordinados à sanção estatal. Não sendo possível a exclusão da apreciação judicial ou administrativa de ameaças ou lesões a direitos adotados pelo ordenamento jurídico interno, conforme expresso nos dispositivos 3.5¹⁰ e 3.6¹¹ da recomendação.

Por conseguinte, as regras 3.5 e 3.6 preveem a proteção dos acusados em face de eventuais arbitrariedades, sendo positivada a garantia à revisão pela autoridade judiciária ou autoridade administrativa competente, que no caso da fase administrativa dos acordos de não persecução penal são as instâncias de revisão ministerial, órgãos colegiados que compõem a

⁹ 3.3 A discricionariedade deve ser exercida pela autoridade judiciária ou outra autoridade competente em todas as fases do processo, com total responsabilidade e de acordo unicamente com as regras de direito.

¹⁰ 3.5 As decisões relativas à aplicação de medidas não privativas de liberdade devem ser subordinadas ao exame da autoridade judiciária ou de qualquer outra autoridade competente, a pedido do infrator.

¹¹ 3.6 O infrator tem o direito de apresentar à autoridade judiciária, ou a qualquer outra autoridade competente, petição ou reclamação relacionada a aspectos que atinjam seus direitos individuais na aplicação de medidas não privativas de liberdade.

organização administrativa dos Ministérios Públicos dos Estados ou do Ministério Público Federal.

Tanto que, o tópico 3.6 prevê particularmente o direito do infrator de recorrer a um órgão revisor independente para reclamar de execução arbitrária ou injusta que atinja seus direitos individuais. Sendo viável afirmar que tal dispositivo trata das raízes remotas do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal¹². Embora a previsão do requerimento de remessa no direito brasileiro seja mais restrita, pois contempla apenas a possibilidade de rever a decisão de não oferecimento do acordo e não de seu conteúdo, o instrumento confere aos operadores do direito a chance de buscarem soluções para essa dissonância entre a norma internacional e o ordenamento jurídico brasileiro.

Feita esta digressão às Regras de Tóquio, é possível concluir que os institutos da justiça penal consensual e da *probation* possuem contornos práticos e teóricos desenvolvidos em compromissos internacionais relacionados aos Direitos Humanos na seara penal. Não obstante, a internalização destes institutos deve ser orientada pelas regras acima expostas, cuja principiologia intervém em favor da retração do sistema penal como um todo, levando em consideração o respeito aos direitos dos acusados, mormente o direito à ampla defesa.

2.3 A Mudança de Paradigma no Exercício da Ação Penal

No Brasil, embora o alto fluxo de trabalho dos juízes e membros do Ministério Público não seja um problema novo, os traços de uma justiça penal consensual são mais recentes do que em outros países, em especial os de características da *common law*. Sendo que, os instrumentos consensuais vêm tomando espaço desde meados da década de 1990, com as inovações em matéria de justiça penal consensual trazidas pela Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) e a recentemente aprovada Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime), as quais tiveram como consequência forte mitigação do princípio da obrigatoriedade no processo penal.

A sobrecarga de processos envolvendo lides penais deve-se ao modelo político-criminal brasileiro dissuasório, que, segundo Grinover *et al* (2005 *apud* MASI, 2020, p. 279), utiliza-se de aumento de penas, corte de direitos e garantias fundamentais, novas tipificações (avanço, e

¹² 28-A, § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

não retração, do direito penal), sanções desproporcionais e endurecimento da execução penal como soluções à alta demanda. Um exemplo desse movimento é a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos).

Todavia, com a pioneira criação dos Juizados Especiais Criminais, a partir da edição da Lei 9.099/95, o ordenamento jurídico brasileiro buscou um novo modelo de justiça criminal, alicerçado em ideais de consensualidade e celeridade.

Esta lei trouxe para o ordenamento jurídico-penal algumas medidas despenalizadoras, como por exemplo nas ações de iniciativa privada ou pública condicionada, quando havendo a composição civil, extingue-se a punibilidade (art. 74, § único)¹³. Já tratando-se de ação pública incondicionada, há a possibilidade de transação penal, a qual consiste na aplicação imediata de pena alternativa (restritiva de direitos ou multa), proposta pelo Ministério Público (art. 76)¹⁴, aplicável aos delitos de menor potencial ofensivo (cuja pena máxima não seja superior a dois anos). Por fim, nos crimes cuja pena mínima não seja superior a 1 (um) ano, considerados delitos de médio potencial ofensivo, tornou possível a suspensão condicional do processo (art. 89)¹⁵.

Este caminho tem suas bases discursivas na intervenção mínima do direito punitivo, embora tal afirmação de enfraquecimento e contenção do sistema penal através de instrumentos de consensualidade seja questionável. Como bem salientado pela professora Vera Regina Pereira de Andrade (2006, p. 168):

Trata-se do movimento reformista em curso que, sob o signo despenalizador do princípio da intervenção mínima, do uso da prisão como última *ratio* e da busca de penas alternativas a ela (com base nos binômios criminalidade grave/pena de prisão criminalidade leve/penas alternativas), desenvolve-se desde a década 80 do século XX e, no Brasil, a partir da reforma penal e penitenciária de 1984, com a introdução das penas alternativas (Leis nº 7.209 e 7.210/84) e culmina na atual lei das penas alternativas (Lei nº 9.714/98), passando pela implantação dos juizados especiais criminais estaduais (Lei nº 9.099/95) para tratar dos crimes de menor potencial ofensivo. Regra geral, essas reformas têm se caracterizado, segundo a lógica do sistema penal, por uma "eficácia invertida", contribuindo, paradoxalmente, para ampliar o controle social e legitimar o sistema penal.

¹³ Art. 74. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

¹⁴ 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.

¹⁵ Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Certo é que a partir do incremento de instrumentos consensuais no processo penal, através de iniciativas e modificações legislativas, os princípios clássicos do exercício da ação penal a despeito do princípio da obrigatoriedade e da inafastabilidade do Poder Judiciário em matéria penal passaram por uma progressiva relativização e mitigação. Isso porque, estes instrumentos objetivam flexibilizar o processo penal a fim de alargar os critérios de oportunidade e discricionariedade do Ministério Público, além de conferir maior celeridade à resposta estatal a infrações de baixo ou médio potencial ofensivo.

Nota-se que a obrigatoriedade da ação penal vem cedendo espaço para a autonomia das negociações entre as partes, de modo que para elas é dado o direito de escolha acerca do caminho a seguir, podendo optar pela via negocial. Nesse sentido, o Ministério Público como *dominus litis* da ação penal pública efetua o primeiro juízo de conveniência e oportunidade acerca da deflagração de um processo, ou da pactuação de um acordo, conforme as circunstâncias dos casos concretos o autorizem.

Atualmente, o acordo de não persecução penal, compreendido como o acordo que evita o processo e não a persecução criminal propriamente dita, é o instrumento mais moderno e abrangente de consensualidade no âmbito criminal incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro. A partir dele o Ministério Público amplia seu exercício da titularidade da ação penal aumentando o campo de discricionariedade na persecução criminal por meio de instrumentos e critérios de oportunidade e controle (SUXBERGER, 2018).

Do ponto de vista da política criminal, pode-se inferir que a justiça criminal consensual traduz um novo rumo político-criminal adotado pelo Estado brasileiro. Visando obter, com a introdução dos novos mecanismos de solução dos conflitos penais, maior eficiência e eficácia de todo o sistema jurídico penal e, por conseguinte, contribuir para a prevenção geral de delitos através de sanções mais céleres estabelecidas pelo próprio Ministério Público, sem impactar diretamente o Poder Judiciário.

As negociações ou espaços de consenso possibilitam a fixação de uma sanção sem a tramitação completa do processo judicial, rompendo com o modelo clássico orientado pelo confronto e pelo preceito do *nulla poena sine iudicio*¹⁶. De acordo com Aury Lopes Júnior (2022, p. 152) essa expansão de espaços negociais extraprocessuais não é uma tendência nova e tampouco aparenta que seja passageira.

¹⁶ Não há pena sem processo

Segundo Máximo Langer (2010 apud VASCONCELLOS, 2020, p. 263) a introdução de mecanismos consensuais no processo penal de países com características da *civil law*, não reproduziu integralmente o modelo de *plea bargaining* norte-americano. O que se verifica é a fragmentação e divergência da *civil law*, que adotou apenas em parte a adversarização no sistema de justiça criminal.

Também, a inserção do *plea bargaining*, presente nos sistemas de *common law*, não foi objeto de transferência integral para os ordenamentos jurídicos de matriz *civil law*, mas sim sofreu transformações para incorporar-se aos sistemas penais historicamente inquisitoriais.

Dessa maneira, a adoção de critérios de oportunidade e discricionariedade na persecução penal ligados ao modelo consensual suscita questionamentos acerca da admissibilidade de acordos no âmbito processual e suas limitações probatórias decorrentes do suposto consenso atingido entre as partes. Máximo Langer (2010 apud VASCONCELLOS, 2020, p. 264) refere-se a este fenômeno como “administrativização” das condenações no sistema criminal a partir do conceito de “condenação sem processo”.

Destaca-se ainda que este movimento sancionador possui duas características fundamentais: a) os atores administrativos, e não judiciais, protagonizam a imposição de medidas alternativas a condenação dos cidadãos investigados pela prática de crimes; b) os procedimentos e as decisões tomadas no âmbito administrativo não seguem os mesmos ditames garantidores de direitos do réu, presentes no âmbito judicial.

No Brasil, os institutos que se caracterizam como acordos entre acusação e defesa a partir do consentimento do acusado oferecem incentivos à facilitação da persecução criminal pelos órgãos incumbidos da investigação e da acusação penal. Para atingir esse fim, os acordos oferecem “benefícios” como a redução da pena, penalidades mais brandas e o encurtamento do tratamento penal ao caso e, em troca, o acusado deve assumir um papel cooperador com tais órgãos, fornecendo-lhes provas, devolvendo o proveito do crime, reparando o prejuízo às vítimas e até mesmo confessando a prática delitiva (VASCONCELLOS, 2020, p. 265).

Todavia, a disparidade de armas e de posições entre acusação e defesa podem gerar prejuízos para a busca da verdade, além de suscitar dúvidas acerca da real voluntariedade na celebração dos acordos (LEITE, 2009, p. 36). Neste contexto, em um processo penal democrático, o exercício do poder punitivo, compreendido tanto pelo exercício da ação penal, quanto de instrumentos pautados pela discricionariedade persecutória - como as soluções consensuais - deve estar regido e limitado por regras normativamente definidas.

Reconhece-se, entretanto, que a busca por novas formas de solução de conflitos penais é, de fato, importante para alcançar índices mais satisfatórios relacionados à segurança e à paz pública. Contrapondo-se ao modelo de justiça retributiva, o arcabouço teórico e prático da justiça penal consensual tende a reforçar o caráter subsidiário da pena privativa de liberdade, apresentando meios alternativos para a resolução das lides e visando a efetivação do princípio da celeridade e da oportunidade regrada, em detrimento da obrigatoriedade da ação penal e da inafastabilidade da jurisdição (CASTRO; HOFFMAN, 2021, p. 50).

Assim, proporcionar uma regulamentação normativa para estabelecer com maior precisão quais situações demandam a instauração de um processo ou a celebração de acordos pré-processuais conforme a gravidade do fato ou o perfil do agente, confere maior grau de segurança jurídica aos investigados e é medida necessária para legitimar a sanção estatal (GONTIJO, 2021, p. 65). Desta forma, a mitigação do princípio da obrigatoriedade tende a corroborar com a extinção de práticas extrajudiciais de seleção das infrações a serem perseguidas pelos órgãos do sistema penal.

Cabe salientar que o impacto dos instrumentos negociais no sistema de justiça penal é grande, uma vez que a maior parte dos tipos penais previstos no ordenamento está inserido nas hipóteses de negociação pelo acordo de não persecução penal e pela transação penal, ou seja, podem propiciar um desafogamento do judiciário em matéria criminal (LOPES JUNIOR, 2020, p. 220).

Igualmente, a resolução consensual dos casos penais tende a diminuir o custo financeiro despendido pelo aparato judicial, uma vez que tolhe a cadeia da persecução penal, suprimindo atos processuais, que agora se tornam desnecessários, e ensejando grande economia de recursos. Exemplo disso é a diminuição de audiências, de intimações, de atos processuais e de serviços cartorários no âmbito do Poder Judiciário.

Nesse sentido, o consenso na justiça penal no Brasil pretende reduzir o volume de processos paralisados no Poder Judiciário ligados à criminalidade de massa, controlando em parte o aumento do número de sujeitos encarcerados, mas não implicando na redução do volume de casos nos órgãos não judiciais (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p. 387).

Assim, a intenção do legislador, positivando esta modalidade de justiça penal consensual, visou dar fôlego às Varas Criminais e principalmente filtrar casos que demandam uma atuação mais atenta do Poder Judiciário, uma vez que apenas processos classificados como graves terão necessariamente sua resolução pela via processual convencional (MAÇALEI, REZENDE, 2021, p. 74).

A inserção de mecanismos consensuais para abreviar o tempo entre o juízo de formação da *opinio delicti*, por parte do órgão do Ministério Público, e o cumprimento de medidas penais não-privativas de liberdade pelos investigados, promoveu uma verdadeira releitura do princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois na presença de elementos de informação razoáveis sobre a autoria e a materialidade de um fato criminoso, o Ministério Público continua obrigado a prosseguir com a persecução penal.

Entretanto, a depender de valoração político-criminal disposta nos parâmetros legais e na estratégia persecutória do *Parquet*, a deflagração de um processo judicial condenatório, através do oferecimento da denúncia, não é o único procedimento legítimo para a imposição de sanções penais. O legislador infraconstitucional instituiu vias extrajudiciais, orientadas pelo princípio da consensualidade, com o intuito de se obterem medidas penais consensuais no direito penal brasileiro. (BISSOLI FILHO, 2016, p. 105)

Nesse sentido, não é possível afirmar que o ordenamento jurídico brasileiro ao adotar o princípio da consensualidade e da oportunidade no processo penal derogou por completo o princípio da obrigatoriedade. Pois, sendo a matéria de ordem pública, não caberia ao autor da ação penal fazer um juízo amplamente discricionário acerca da persecução penal, pois sujeito ao controle posterior do Poder Judiciário, mas apenas optar por qual via seguir para pleitear a aplicação de sanção ao infrator (LOPES JUNIOR, 2020, p. 244).

Para Silveira (2012, p. 38) em um modelo acusatório genuíno, em que o magistrado não disponha de poderes instrutórios e as partes sejam mais do que meros intervenientes, o elemento volitivo dos sujeitos da ação processual penal tem um papel bastante diverso, na medida em que o princípio da obrigatoriedade é atenuado pelo princípio da consensualidade. Igualmente, na visão do autor, o conteúdo do processo seria, durante a tramitação processual, definido pela disponibilidade e negociabilidade.

À vista disso, o princípio da obrigatoriedade continua a nortear a persecução penal, mas sofreu transformações com a inserção de ferramentas extraprocessuais regidas pelo princípio da consensualidade. Dessa forma, ambos os princípios passaram a coexistir no ordenamento jurídico brasileiro, de modo a terem influência entre si. Assim, determinados delitos tiveram seus ritos para aplicação de sanções penais abreviados pela via consensual alternativa, ampliada pelo acordo de não persecução penal, procedimento no qual o Poder Judiciário assume um papel fiscalizatório, atuando como homologador da aceitação da imposição de medidas sancionatórias ao investigado pelo Ministério Público, desde que observados os parâmetros legais.

De forma que, o controle do exercício discricionário das atribuições do Ministério Público mostra-se imprescindível para resguardar os princípios e garantias penais por parte dos operadores do direito. Para isso, é necessário o estabelecimento de critérios claros, objetivos e aplicáveis de modo geral e passíveis de controle no âmbito administrativo e judicial, de modo a assegurar o tratamento isonômico entre os cidadãos.

Assim, valendo-se das prerrogativas inerentes ao princípio da consensualidade, fundado na justiça penal negocial, o órgão acusatório não está abrindo mão de seu dever de acusar quando colhidos indícios de autoria e materialidade da prática criminosa. Neste ponto, o Ministério Público está obrigado a dar uma resposta efetiva ao caso, estando, entretanto, autorizado a empregar uma solução alternativa ao processo penal tradicional, isto como forma de buscar conciliar o enfrentamento à criminalidade com os números que sobrecarregam o sistema de justiça criminal.

Não obstante, a mitigação do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação acarrete em questionamentos a respeito da indisponibilidade do interesse público e do poder punitivo exclusivamente por intermédio da ação penal. Gontijo (2021, p. 65), por exemplo, questiona o fato de o Estado deter não apenas o poder, mas também o dever de punir os sujeitos que infringem as normas penais, de modo que, se determinado comportamento não deve ser necessariamente repreendido pela via judicial penal, não haveria motivo para mantê-lo tipificado no ordenamento jurídico ou mesmo manter tais delitos sob responsabilidade de instituições ligadas ao aparelho estatal criminal.

Desta forma, eventual discussão sobre a descriminalização total de algumas condutas de menor gravidade, ou a transferência para outras esferas de repressão teria espaço conjuntural de coesão do ordenamento jurídico penal. Por isso, o ideal seria a descriminalização dos delitos de menor impacto de lesividade aos bens jurídicos tutelados, de forma que órgãos como o Ministério Público e as instituições policiais pudessem dispender tempo e recursos aos crimes mais graves.

Contudo, nas sociedades cuja resposta política aos problemas sociais é marcadamente operada pelo sistema de justiça criminal, as reformas do sistema jurídico-penal ocorrem de modo nem sempre síncrono e harmonioso (GONTIJO, 2021, p. 65).

Embora não tenham havido mudanças estruturais no sistema penal, a mitigação do princípio da obrigatoriedade e a efetivação de ferramentas consensuais no processo penal podem representar, sem que sejam suprimidas garantias fundamentais, importantes avanços no equilíbrio entre os modelos garantista e efficientista. De modo que, o Ministério Público

continua obrigado a perseguir o interesse de ordem pública, qual seja, a punição do infrator por meio do devido processo legal, mesmo que operado pela via consensual.

Dessa maneira, é possível concluir que no direito processual penal brasileiro vigem os princípios da obrigatoriedade e da consensualidade simultaneamente. Isso porque, preenchidos os pressupostos da ação penal, o Ministério Público é obrigado a pleitear a aplicação de uma sanção àquele que praticou um delito, entretanto seu campo de discricionariedade foi, em grande medida, ampliado pelos mecanismos de consenso para a aplicação de medidas alternativas ao processo formal perante o Poder Judiciário.

Por fim, é possível sintetizar que o eficientismo penal busca agilizar e funcionalizar o tratamento da questão penal, objetivo válido para a conquista de uma administração eficaz da justiça, conforme os preceitos do Estado Democrático de Direito. Entretanto, a visão utilitarista desta eficiência pode ensejar em graves violações dos direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados. Assim, cabe aos operadores do direito a busca pelo equilíbrio em um sistema que assegure a eficiência aliada às garantias constitucionalmente positivadas.

Certo é que a justiça penal consensual, utilizada como resposta estatal ao excesso de litigiosidade, tem suas raízes no Direito Internacional, tendo como um dos principais documentos jurídicos as Regras de Tóquio. Os dispositivos contidos na aludida norma servem de bússola aos operadores do direito comprometidos com a efetivação das garantias individuais dos cidadãos, servindo de inspiração na busca de maior coesão e harmonia do ordenamento jurídico brasileiro com os Direitos Humanos.

Também é certo que, com a introdução de mecanismos de diversificação da resposta penal, os preceitos da obrigatoriedade do exercício da ação penal e da inafastabilidade do Poder Judiciário em matéria penal, pelo oferecimento da denúncia, passaram por uma sistemática mitigação. De forma que, com o advento do princípio da consensualidade e de instrumentos de justiça penal consensual, ocorreu uma verdadeira mudança de paradigmas na seara criminal, além de uma releitura obrigatória de seus princípios.

A virada principiológica da obrigatoriedade do exercício da ação, traduz-se em uma obrigatoriedade pela busca da solução do conflito penal, balizada por critérios de discricionariedade e oportunidade. Sendo que, a discricionariedade da persecução penal deve ser exercida preferencialmente com base em parâmetros pré-fixados pela instituição do Ministério Público, não devendo se sujeitar às eventuais arbitrariedades e decisões desprovidas de fundamentação específica em cada caso concreto.

3. ELEMENTOS DO DEVIDO PROCESSO PENAL CONSENSUAL

3.1 Considerações sobre o Acordo de Não Persecução Penal

A abertura de espaços de consenso no processo penal brasileiro tem como ponto de partida a Lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais), mormente com a positivação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Passando, posteriormente, por um processo de aperfeiçoamento com o advento da Lei nº 12.850/13 (Lei de Organizações Criminosas) que dispõe sobre os meios de obtenção de provas, notadamente a colaboração premiada, que consiste em negócio jurídico processual de fundamental importância para as investigações das organizações criminosas.

Entretanto, diante da necessidade de *“modernização das investigações com o escopo de agilização, efetividade, e proteção dos direitos fundamentais dos investigados, das vítimas, e das prerrogativas dos advogados, superando um paradigma de investigação cartorial, burocratizada, centralizada e sigilosa”*¹⁷, o Conselho Nacional do Ministério Público deflagrou o movimento de regulamentação do acordo de não persecução penal, cujas ideias centrais foram recepcionadas pela Lei nº 13.964/19 (Pacote Anticrime).

A redação inaugural do acordo de não persecução penal foi dada pela Resolução nº 181/17 do CNMP e aprimorada pela redação da Resolução nº 183/18. A antiga normativa proposta pelo CNMP possuía diferenças práticas em relação à atual estrutura conferida pela previsão do art. 28-A do Código de Processo Penal¹⁸, inserido após a promulgação da Lei nº 13.964/19.

No regramento anterior, a título exemplificativo, o acordo pré-processual era de responsabilidade exclusiva do Ministério Público, que possuía o encargo tanto de sua formalização como da fiscalização de seu cumprimento pelo investigado, não havendo necessidade de homologação judicial da avença. Além disso, o instituto não contemplava o exercício da prerrogativa de remessa dos autos para instância superior do órgão ministerial a pedido do próprio investigado.

¹⁷ Conforme consta no quarto considerando da Resolução 181/2017

¹⁸ Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

Isso porque, a Resolução nº 181/17 do CNMP conferia apenas ao Magistrado a possibilidade de, após formalizado o acordo entre a acusação e a defesa, remeter os autos ao procurador-geral ou ao órgão superior de revisão para apreciação, caso reputasse incabível o pactuado, como também inadequadas ou insuficientes as condições ofertadas, nos termos do art. 18, § 6º, da Resolução¹⁹. Cumpre lembrar que o acordo de não persecução penal é aplicável a todos os casos que preenchem os requisitos objetivos e subjetivos presentes no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Em razão da positivação do instituto no Código de Processo Penal, Rogério Sanches Cunha (2020, p. 127) afirma que o acordo de não persecução penal consiste em um negócio jurídico ou ajuste obrigacional extraprocessual e bilateral, de efeitos penais, firmado entre o órgão acusatório titular da ação penal e o investigado, que deve ser sempre assistido por defensor, por meio do qual os acordantes manifestam interesse mútuo de que o caso não seja levado ao Poder Judiciário, exigindo-se para a sua eficácia a homologação judicial, de natureza meramente declaratória, firmada pelo Juiz competente.

Dessa forma, o Ministério Público lança mão de deflagrar o processo penal, deixando de oferecer a denúncia, e após a homologação do acordo passa a fiscalizar o cumprimento do pacto avençado junto à vara de execução penal, até que, cumpridas integralmente as condições, deverá ser decretada pelo Magistrado a extinção da punibilidade do agente e o arquivamento das investigações.

O escopo final das cláusulas estipuladas, em que o investigado cede ao direito de resistir à pretensão acusatória, são benefícios de ordem processual e material, como também para encurtar o tempo de contato com o aparato estatal ligado ao poder punitivo ou mesmo antecipar o deslinde do feito sem que isto conste como antecedentes penais (CUNHA R., 2020, p. 128).

Semelhantemente às relações negociais na ordem civil, é possível afirmar que as condições do acordo de não persecução penal consistem em prestações e contraprestações mútuas. Portanto, existem obrigações tanto para a acusação como para a defesa, o que confere o caráter de bilateralidade e voluntariedade do acordo, além de que seu cumprimento deve ser regido pela boa-fé objetiva (MASI, 2020, p. 286).

Para isso, a busca pelo equilíbrio ou sinalagma da avença deve levar em conta a correta imputação do investigado ao delito, a extensão da violação do bem jurídico, a personalidade e

¹⁹Resolução nº 181 do CNMP - Art.18 § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: [...]

conduta do agente, e a proporcionalidade da medida em cada caso. Sob aspecto constitucional das negociações em âmbito penal, similarmente ao direito privado, predominam os preceitos da autonomia privada, lealdade, eficiência, consenso, boa-fé e paridade de armas, entre outros (MASI, 2020, p. 285).

Por sua vez, os requisitos do art. 28-A para a celebração do acordo possuem critérios objetivos definidos pelo legislador, os quais não permitem o juízo de oportunidade do *Parquet*.

Estes pressupostos presentes na norma são: a) não se trata de crime sujeito a transação penal - instituto mais benéfico ao investigado (§ 2º, inc. I); b) a pena mínima em abstrato é inferior a quatro anos - consideradas causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto - (*caput*); c) o infrator não é reincidente (§ 2º, inc. II); d) o acusado não pode ter usufruído de nenhuma medida alternativa ao processo penal nos últimos cinco anos da data da celebração do acordo (§ 2º, inc. III); e) o investigado deve confessar a prática dos atos a ele imputados de maneira formal e circunstanciada (*caput*); f) não se tratar de crime cometido com violência ou grave ameaça a pessoa (*caput*); e por fim g) não se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (§ 2º, inc. IV).

Nestes casos, não há espaço para o juízo de oportunidade e conveniência por parte do Ministério Público, tendo em vista que o legislador optou por vedar a possibilidade de serem firmados acordos de não persecução penal com base em critérios político-legislativos. Caso haja tentativa de se firmar a solução consensual com investigados que não preencham os requisitos objetivos, cabe ao Poder Judiciário exercer seu papel de controle no momento de homologação do acordo.

Por outro lado, fazem-se necessariamente presentes os requisitos de ordem subjetiva na avaliação circunstancial por parte do membro do Ministério Público acerca do interesse institucional na celebração do acordo, podendo o membro oficiante usá-los como fundamentação para o não oferecimento da via negocial. São eles: a) a existência de elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas (§ 2º, inc. II); b) o juízo de necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime conforme estratégia de política-criminal do órgão acusatório (*caput*).

Satisfeitos os requisitos legais, o *Parquet* fixará as condições a serem ofertadas ao investigado para que, após o cumprimento integral da avença, haja a extinção do feito sem a deflagração de um processo judicial. As condições previstas no Código de Processo Penal têm

caráter de medidas alternativas não-privativas de liberdade tomadas na fase pré-processual, e são:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na 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 juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal;

V - 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 juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Dessa maneira, é possível observar que a celebração do acordo de não persecução penal é mais benéfica ao investigado, uma vez que, no momento da proposta de acordo, este já terá noção da extensão da reprimenda, e após seu cumprimento terá sua punibilidade extinta sem gerar antecedentes criminais.

Nesse sentido, tratando-se de cláusulas abertas sujeitas à discricionariedade ministerial, torna-se fundamental definir com base em quais critérios o Ministério Público pode lançar mão de propor o negócio jurídico pré-processual ao investigado. Ademais, serão esses parâmetros que permitirão o efetivo exercício do pedido de remessa dos autos para instância revisora do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

3.2 Direito Subjetivo do Investigado ou Discricionariedade Ministerial?

Muito embora haja certo dissenso doutrinário acerca da existência de um direito subjetivo do investigado ao acordo de não persecução penal (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 221) ou de que a sua celebração estaria no âmbito da discricionariedade do Ministério Público, certo é que o tema vem sendo pacificado pelos tribunais superiores de modo a ser inserido nos limites da liberalidade ministerial. Ademais, tendo em vista o caráter consensual do acordo de não persecução penal, não é viável coagir nenhuma das partes a celebrá-lo (CABRAL, 2020, p. 167).

Na exigência de que o pacto deve apresentar-se necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime consagra-se a discricionariedade do Ministério Público na veiculação do acordo de não persecução, pois competirá primordialmente ao membro do *Parquet*, enquanto titular da ação penal e do poder-dever de propor a medida, a análise acerca da oportunidade e conveniência de sua aplicação no caso concreto.

Isso pois, após o convencimento do membro do Ministério Público de que não se trata de caso de arquivamento e que existem elementos para o exercício da ação penal, o órgão analisa os requisitos de ordem objetiva e subjetiva para dar vazão à opção pela via negocial.

Nesse sentido, muitas orientações institucionais dos variados ramos do Ministério Público têm confirmado que o acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado. É o que afirma, por exemplo, a Orientação Conjunta nº 03/18 do Ministério Público Federal²⁰, e o Manual de Orientação catarinense, que sustenta que o instrumento negocial *se reveste, assim como a transação penal e o sursis processual, de um poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do acusado* (SANTA CATARINA, 2020, p. 8).

À vista disso, o item 2 da Edição nº 185 do Jurisprudência em Teses do STJ também buscou sedimentar este posicionamento:

O acordo de não persecução penal - ANPP não constitui direito subjetivo do investigado, assim pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais.

Isso porque, em diversas oportunidades, o Superior Tribunal de Justiça reiterou o entendimento dos tribunais pátrios de que o instrumento negocial não é direito subjetivo do acusado e sim se insere no âmbito da discricionariedade persecutória do Ministério Público. Lição que se extrai do acórdão do RHC nº 161.251/PR de relatoria do Ministro Ribeiro Dantas, julgado pela Quinta Turma do Tribunal da Cidadania:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. PLEITO DE REALIZAÇÃO DO ACORDO. NÃO CABIMENTO APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. FACULDADE DO *PARQUET*.

²⁰ Orientação Conjunta nº 03/2018 1.2: O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo membro do MPF conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

RECUSA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. RECURSO NÃO PROVIDO.

[...]

5. De acordo com entendimento já esposado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal é conferida exclusivamente ao Ministério Público, não constituindo direito subjetivo do investigado.

6. Cuidando-se de faculdade do *Parquet*, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal.

7. Recurso não provido.

(RHC nº 161.251/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.)

O Superior Tribunal de Justiça mantém o entendimento de que a recusa deve partir da ponderação de critérios de oportunidade ou discricionariedade, regradados pela devida observância dos requisitos legais, não sendo possível a recusa do oferecimento do acordo se fundar em decisão meramente pessoal do membro do *Parquet*, e sim por decisão baseada na estratégia de política-criminal da instituição, traduzindo um verdadeiro poder-dever institucional.

Este poder-dever observa necessariamente o princípio da supremacia do interesse-público, tendo em vista que o acordo de não persecução penal consiste em um instituto despenalizador favorável a otimização do sistema de justiça criminal, além de possuir caráter mais benéfico ao investigado. Portanto, na atual sistemática criminal a não aplicação deste instrumento não pode ser exercida sem fundamentação idônea do membro do Ministério Público, que deve se pautar pelos regramentos legais estabelecidos no art. 28-A do Código de Processo Penal, e pelas orientações da instituição a qual está vinculado.

Ademais, Vasconcellos (2014, *apud* GONTIJO, 2021, p. 46) faz importante constatação sobre o uso da terminologia “oportunidade regradada”, sendo que a oportunidade seria exercida pelo órgão de acusação mediante a definição em lei, de modo objetivo e taxativo, portanto esta seria “legalmente regulada”. Onde, o agente estatal só poderia deixar de iniciar a persecução penal pela via judicial quando preenchidos os requisitos de ordem objetiva, de forma motivada e fundamentada com base em critérios previstos no ordenamento, balizados por regras de origem político-criminal, econômico ou utilitário.

Além disso, pelo fato de o acordo de não persecução penal se tratar de um instrumento jurídico benéfico ao investigado, o *Parquet* não está autorizado a deixar de ofertar a proposta de acordo por simples vontade ou capricho pessoal, sendo aplicado o preceito da proscrição da

arbitrariedade (CABRAL, 2020, p. 167). Por isso, levando em conta que a atuação criminal do Ministério Público é informada pelo dever de objetividade, existe o dever deste em apresentar todos os fundamentos jurídicos com base nos quais deixou de propor o acordo de não persecução penal.

Especialmente se a recusa do oferecimento da proposta se fundar em critérios subjetivos, o Ministério Público está compelido a apresentar a inapropriabilidade e insuficiência da medida para reprovação e prevenção do crime especificamente ao caso concreto. Para isso, deve especificar quais condutas do acusado demonstraram a existência de elementos probatórios que evidenciaram conduta criminal habitual, reiterada ou profissional que inviabilizaram o oferecimento do acordo.

Isso porque, o artigo 129, § 4º, da Constituição Federal²¹ estende, no que couber, a aplicação do seu artigo 93, inc. IX²², ao órgão do Ministério Público consagrando o dever de fundamentação de suas manifestações e posicionamentos. No mesmo sentido, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei nº 8.625/93²³, preceitua que seus membros têm o dever legal de fundamentar juridicamente os seus pronunciamentos, incluídas, portanto, as razões do não oferecimento de proposta mais vantajosa ao acusado.

Trata-se da oportunidade na qual o membro do *Parquet* deverá sustentar, com base nas estratégias político-criminais do órgão ao qual está vinculado, os motivos circunstanciais do caso concreto que indicam que, mesmo preenchidos os pressupostos objetivos, o acordo não representava o caminho ideal a ser seguido.

De forma que, as razões apresentadas para afastar a via negocial fundadas em critérios exclusivamente subjetivos representam relevante instrumento de controle de discricionariedade da decisão do membro do Ministério Público. Isso porque, serão essas as razões que poderão ser impugnadas através do pedido de remessa dos autos à instância superior do órgão acusatório na forma do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

Ademais, para que os órgãos superiores, incumbidos da revisão da decisão de não oferecimento do acordo de não persecução penal, possam emitir o juízo de suficiência e

²¹ Art. 129 § 4º Aplica-se ao Ministério Público, no que couber, o disposto no art. 93

²² Art. 93 IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação

²³ Art. 43. São deveres dos membros do Ministério Público, além de outros previstos em lei: [...] III - indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais, elaborando relatório em sua manifestação final ou recursal;

necessidade da medida é essencial que o membro do Ministério Público que recusou a via consensual apresente expressamente quais condutas do investigado se mostraram incompatíveis com a celebração da avença.

Caso a fundamentação seja genérica - isto é, sem individualizar as condutas do infrator - o órgão superior tem seu poder de revisão prejudicado, pois cabe a ele rever o posicionamento do membro oficiante e não emitir um juízo primário acerca do cabimento da medida.

Nesse sentido, o Coordenador da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, o Subprocurador Geral da República Dr. Carlos Frederico Santos proferiu o voto nº 3764/2022, nos autos do expediente nº 5075078-39.2019.4.04.7100, determinando a necessidade de apresentação de fundamentação específica e individualizada pelo membro do MPF oficiante, de modo a confirmar a impossibilidade da recusa de oferecimento do acordo de não persecução penal por meio de fundamentação genérica:

INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MPF EM OFERECER O ACORDO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO PELA DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. POSSIBILIDADE DA REALIZAÇÃO DA CONFISSÃO NO CURSO DA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO INDIVIDUALIZADA E APLICADA AO CASO CONCRETO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA (RE)ANÁLISE DOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA A PROPOSITURA DO ACORDO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ENUNCIADO Nº 69 DA 2ª CCR. CASO SEJA MANTIDA A NEGATIVA AO ANPP, OS AUTOS DEVEM RETORNAR À 2ª CCR, PARA O EXERCÍCIO DE SUA FUNÇÃO REVISIONAL.

1. Incidente de acordo de não persecução penal instaurado no âmbito de ação penal em que os réus foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86 c/c art. 14, II, e art. 29, ambos do CP. Tentativa de promover, sem autorização legal, a saída de moeda para o exterior.

2. A Procuradora da República oficiante deixou de oferecer o acordo de não persecução penal consignando que “os elementos probatórios indicam conduta reiterada; ademais, os acusados não admitiram a tentativa de crime, de modo que não está preenchido requisito indispensável – confissão formal – para a celebração do pacto”.

3. Interposição de recurso pela defesa, destacando que não foram indicados os fatos que, objetivamente, sustentam a referida argumentação, de modo que sequer se pode saber quais os elementos probatórios fizeram o órgão ministerial concluir pela existência de condutas reiteradas. Aduziu, também, que a confissão pode ser realizada no momento da celebração do acordo. Remessa dos autos à 2ª CCR/MPF, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

4. Inicialmente, com relação à confissão formal e circunstancial da infração penal, observa-se que não há óbice à sua realização neste momento processual. A confissão faz parte dos requisitos do acordo e, sendo assim, deve ser avaliada quando este estiver sendo elaborado e não como requisito antecedente. Acerca do tema, dispõe a Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª CCR's: “11 Em todos os casos, cabe ao membro oficiante explicar o acordo ao acusado e a seu advogado, apresentando as respectivas cláusulas e deixando claro que o acordo pressupõe a confissão formal e circunstanciada da infração”

5. Também é requisito para o oferecimento do acordo que a medida se mostre necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Além disso, o art. 28-

A, §2º, II, do CPP dispõe que o benefício não se aplica na hipótese de ser o investigado reincidente ou se houver elementos que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

6. Considerando o referido dispositivo legal, a 2ª CCR firmou entendimento de que a presença de reiterações no nome do acusado constitui, em regra, óbice ao oferecimento do acordo de não persecução penal (Procedimento nº 1.29.000.002053/2020-43, Sessão de Revisão nº 773, de 09/06/2020; Processo nº 5012651-78.2020.4.04.7000, Sessão de Revisão nº 770, de 25/05/2020). Nesse sentido, a existência de outras ações penais, inquéritos policiais em curso ou procedimentos administrativos são suficientes para caracterizar a contumácia, a habitualidade ou a reiteração delitiva, que implicam a reprovabilidade do comportamento do agente (Procedimento nº 1.00.000.020628/2021-17, Sessão de Revisão nº 837, de 07/02/2022).

7. No caso em análise, contudo, verifica-se que a Procuradora da República oficiante afirmou que “os elementos probatórios indicam conduta reiterada”, sem apontar especificamente os fatos, registros ou informações que justifiquem sua conclusão, impedindo, com isso, o exercício revisional deste Colegiado.

8. A 2ª CCR firmou entendimento no sentido de que, embora o ANPP não constitua direito subjetivo do réu, é necessário que sua recusa ocorra de forma fundamentada, considerando a verificação do não preenchimento de requisitos exigidos pela lei (CPP, art. 28-A) ou a indicação de que o caso concreto e suas circunstâncias impedem o oferecimento da medida. Precedente da 2ª Câmara: Processo nº 5013417-28.2020.4.04.7002, Sessão de Revisão nº 799, de 22/02/2021.

9. Recusa, neste ponto, destituída dos fundamentos concretos que lastrearam a convicção do órgão de acusação, circunstância que afeta o próprio exercício do contraditório e ampla defesa pelos acusados e, por consequência, a revisão por este Colegiado.

10. Aplicação analógica do Enunciado nº 69 da 2ª CCR, que estabelece: “Quando, em análise de promoção de arquivamento, à 2ª CCR determinar a realização de diligências preliminares e imprescindíveis à sua decisão, os autos serão devolvidos ao membro que promoveu o arquivamento para cumprimento das diligências”.

11. Necessidade de retorno dos autos à Procuradora da República oficiante para consideração do entendimento firmado pela Câmara, bem como (re)análise dos requisitos exigidos para a celebração do acordo e posterior devolução dos autos à 2ª CCR, em caso de manutenção da negativa ao acordo de não persecução penal.

No mesmo sentido, o voto nº 3258/2022 lavrado pela Subprocuradora Geral da República, Dr. Luiza Cristina Frischen nos autos do expediente TRF nº 3-0007010-38.2016.4.03.6104-ACR, julgado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal:

INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RECUSA DO MPF EM OFERECER O ACORDO. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ANPP NO CURSO DA AÇÃO PENAL. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO INDIVIDUALIZADA E APLICADA AO CASO CONCRETO. DEVOLUÇÃO DOS AUTOS PARA (RE)ANÁLISE DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 28-A, DO CPP.

[...]

12. Ademais, o argumento genérico de que "tal acordo não seria suficiente à reprovação do crime perpetrado por A. H. E." não se mostra suficiente para fins de justificar a negativa de oferecimento do acordo, sendo necessária a apresentação de fundamentação específica e individualizada pelo membro do MPF oficiante, realizada com base no caso concreto. 13. Conforme já decidiu a 2ª CCR, "embora o Procurador

oficiante sustente que a sentença proferida configura medida de maior efetividade para a prevenção e repressão do delito imputado ao réu, a alegação genérica não é suficiente para afastar a aplicabilidade do ANPP. Recusa, neste ponto, destituída dos fundamentos concretos que lastrearam a convicção do órgão de acusação, circunstância que afeta o próprio exercício do contraditório e ampla defesa pelo acusado" (Processo 5003998-68.2017.4.04.7008, Sessão de Revisão 781, de 21/09/2020). 14. Necessidade de retorno dos autos ao ofício originário para reanálise dos requisitos exigidos para celebração do acordo, podendo apresentar outros elementos que não justifiquem o seu oferecimento.

Observa-se que, diante da nova estrutura constitucional do Ministério Público fundada em uma atuação resolutiva e na positivação de vias alternativas ao processo penal tradicional, como a justiça penal consensual, a discricionariedade persecutória do *Parquet* pôde experimentar um processo de gradativa ampliação. Outrossim, com a suavização da vinculação do processo penal brasileiro ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, as possibilidades de reconhecimento formal de atribuições discricionárias do órgão acusatório em âmbito penal ganharam destaque como forma de resolução de litígios.

Dessa forma, diante da reestruturação principiológica do exercício da ação penal orientado pela busca da eficiência, pela agilidade na resposta à sociedade e pela diminuição da sensação de impunidade, faz-se necessário refletir como o órgão do Ministério Público, no seu papel fundamental de condutor de políticas criminais, deve se adaptar para uma atuação em consonância com os princípios presentes na Constituição Federal de 1988.

Diante da concretização do paradigma do consenso, por meio de critérios de eficiência e utilidade, o Ministério Público passou a assumir maior responsabilidade pela opção das vias da persecução penal de modo a relativizar progressivamente o preceito da obrigatoriedade do processo penal tradicional através do oferecimento da denúncia (MORAES; SMANIO; PEZZOTTI, 2019, p. 381).

Além disso, o preceito da independência funcional dos membros do *Parquet* deve guardar estreita observância com os ditames da unidade e da indivisibilidade institucional do Ministério Público (art. 127, § 1º, da CF/88)²⁴. De modo a estabelecer critérios de discricionariedade pautados na estratégia político-criminal do órgão acusatório, sopesando as circunstâncias do caso concreto com as orientações e prioridades institucionais.

E, em que pese as soluções consensuais não serem passíveis de serem empregadas indiscriminadamente, o Ministério Público tem o dever de estruturar-se institucionalmente para

²⁴ Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.
§ 1º - São princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional.

criar limites materiais e uma agenda criminal de atuação voltada a uniformização que obste excessos e proteja eficientemente os bens jurídicos tutelados pela norma penal (MORAES; SMANIO; PEZZOTTI, 2019, p. 382).

Nesse sentido, a Lei nº 13.964/19 mostrou-se bastante promissora ao tornar as diretrizes e os critérios de cabimento do instrumento negocial mais específicos, estabelecendo pressupostos legais obrigatórios e impondo um juízo político-criminal acerca da necessidade e suficiência da medida para reprovação e prevenção do crime.

Neste aspecto, a positivação de critérios oficiais para a celebração do acordo de não persecução penal objetiva mitigar a desarmonia, casuísmos e insegurança jurídica na aplicação discricionária do instrumento consensual. Dessa maneira, mostra-se fundamental que o órgão ministerial defina situações que não recomendam o oferecimento da proposta, a despeito da gravidade em abstrato do crime, das consequências e dos prejuízos sofridos pelo erário em caso de crime contra a Administração Pública, entre outros fatores (ABRAÃO, LOURINHO, 2020, p. 342).

Por conseguinte, o pedido de remessa dos autos previsto no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal apresenta-se como um inovador instrumento de participação da defesa para a celebração de acordos de não persecução penal. Este instrumento consagra a possibilidade de insurgência do investigado em face de eventuais arbitrariedades e equívocos na aplicação da lei processual penal. O estudo de seu balizamento tanto teórico como prático, bem como a sua aplicação, são essenciais à efetivação do devido processo legal, ainda que atualmente seja pouco utilizado pela defesa, até pelo seu desconhecimento.

3.3 O Contraditório e a Ampla Defesa

Por meio do movimento de “administrativização” do processo e das sanções penais através da obtenção de soluções consensuadas em procedimentos pré-processuais - ou *interna corporis* - no âmbito do órgão ministerial, muito se questiona se o tratamento conferido aos investigados tenha sofrido sensível redução em seus aspectos protetivos. Isso porque, a ausência de um processo judicial garantidor dos direitos do acusado pode sugerir afronta direta ao princípio do devido processo legal, marco da Constituição Federal de 1988.

Embora seja lícito que o investigado, através de parâmetros estratégicos de conveniência, abra mão de determinadas garantias inerentes à jurisdição, a sujeição do investigado a um grau de vulnerabilidade maior do que previsto pela Constituição Federal, por

meio de acordos consensuais pré-processuais, ensejaria em uma incompatível supressão de garantias fundamentais e indisponíveis, sobretudo na esfera penal (CASTRO; HOFFMAN, 2020, p. 50).

De acordo com Aras *et al* (2020, p. 182), pode-se afirmar que o sujeito submetido ao sistema penal pode renunciar ao exercício de direitos e garantias processuais disponíveis, desde que haja válido e inequívoco consentimento, inclusive das consequências legais da sua conduta. Exemplos em que isso ocorre no processo penal são as confissões espontâneas, a restituição de coisas subtraídas, a submissão a exames forenses e até mesmo o não exercício do direito de recorrer de decisão desfavorável.

A Constituição Federal de 1988 previu expressamente, pela primeira vez na história constitucional brasileira, o preceito do devido processo legal (art. 5º, LIV)²⁵, de modo que o *status* constitucional da cláusula atingiu posição inafastável para que um cidadão possa ser privado de sua liberdade ou de seus bens. A partir desse enunciado, é assegurado a todos o direito fundamental ao devido processo legal. Para tanto, foram indicados os elementos mínimos que obrigatoriamente devem ser tomados como necessários para considerar um processo como devido (CUNHA V., 2020, p. 294).

De acordo com Edilson Vitorelli Diniz Lima (2015, p. 154), o preceito do devido processo legal, na Constituição Federal de 1988, não consta apenas no art. 5º, LIV, mas também engloba as garantias da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV)²⁶, Juiz natural (art. 5º, LIII)²⁷, contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV)²⁸, proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI)²⁹, publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX)³⁰, duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII)³¹ e a fundamentação das decisões (art. 93, IX)³².

²⁵ Art. 5º LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

²⁶ Art. 5º XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

²⁷ Art. 5º LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

²⁸ Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

²⁹ Art. 5º LVI - são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos

³⁰ Art. 5º LX - a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem;

³¹ Art. 5º LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

³² Art. 5º IX todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação;

O devido processo legal não é um princípio estático, e por isso ele pode (e deve) ser aplicado tanto nos procedimentos penais em contraditório como nos procedimentos de justiça consensual, podendo ser nomeado neste último caso de devido processo legal consensual.

Assim, o ponto central para que seja materializado um processo tido como devido em âmbito consensual é o conhecimento pelo autor do fato, de forma precisa e inequívoca, das consequências de sua aceitação à proposta do órgão acusatório, os resultados de tal escolha e a mudança que acarretará à sua condição ou seja, de que forma a aceitação do acordo de não persecução penal afetará a sua esfera de direitos (DIAS, 1999, p. 26).

A partir da ciência destas implicações, que devem ser explicitadas pelo membro do Ministério Público em sede de tratativas de acordo, poderá o autor do fato dispor livremente do prosseguimento do processo, e firmar o acordo em consonância com o devido processo legal e a ampla defesa. Desse modo, ressalta-se que a autonomia da vontade somente será considerada plena e isenta de erro ou vício de vontade, se o autor do fato estiver consciente dos efeitos, do alcance, e das consequências do seu ato de aceitação do acordo de não persecução penal, em especial do requisito da confissão.

Neste cenário, a regra do devido processo legal consensual, na forma de princípios estruturantes, tem o condão de influenciar o desenho normativo dos acordos de não persecução penal e guiar a interpretação constitucional do instituto para a solução de problemas concretos, com o intuito de equilibrar os preceitos da celeridade com as garantias inerentes à ordem constitucional e à justiça penal. Nesse sentido, observa-se que a questão não é de simples equacionamento, isso porque a justiça consensual enfrenta problemas que somente a construção de um modelo coerente, íntegro e previsível, poderá propiciar a segurança jurídica e igualdade entre os investigados (CUNHA V., 2020, p. 298).

Dessa maneira, é possível inferir que não foram apenas os princípios ligados ao exercício da ação penal que passaram por uma releitura teórica e prática, mas também é certo afirmar que a cláusula do devido processo legal percorre os mesmos caminhos para se adaptar aos novos procedimentos. Cumpre registrar que, para que haja a materialização do devido processo legal consensual faz-se necessário que o procedimento negocial contribua consideravelmente para a preservação e a observância rigorosa de determinados direitos e garantias individuais constitucionalmente asseguradas.

Para isso, impõe-se que a aplicação do instituto seja estruturada a partir da promoção do diálogo entre as partes para facilitar o atingimento de soluções eficazes, de modo que a estipulação de condições justas e condizentes com o delito imputado façam com que o modelo

contribua para o objetivo de reduzir os custos da judicialização e o tempo de resposta estatal às lides penais de baixa e média complexidade.

Além do que, diferentemente do *plea bargaining* norte-americano, os acordos pré-processuais brasileiros devem observar a correta imputação do investigado ao delito praticado, sendo vedada a prática de *overcharging* (excesso de acusação), que pode ser compreendida como a estratégia acusatória consistente em imputar crimes mais graves ou de um maior número de crimes ao acusado, com a finalidade de ampliar os riscos do processo e, assim, aumentar incentivos para que os acusados firmem acordos penais (CUNHA V., 2020, p. 295).

Aqui cabe lembrar que, mostra-se bastante questionável a possibilidade de oferecimento de benefícios a um acusado com a exclusão ou tratamento distinto aos demais, isso porque a imposição de sanções diferentes para pessoas em situação jurídica idêntica, viola frontalmente os princípios da igualdade, da culpabilidade e do tratamento igualitário basilares como regras de justiça. E, neste ponto reside um dos maiores problemas relacionados aos acordos penais: a disparidade causada pelo tratamento divergente decorrente de atuações e posturas distintas entre membros do Ministério Público as quais podem refletir em desigualdades na formalização dos acordos e na imposição das sanções.

A Constituição Federal de 1988, ao adotar o princípio da igualdade, conferiu aos cidadãos o direito de terem, via de regra, tratamento jurídico isonômico conferido pela lei e pelo Estado em consonância com os critérios estabelecidos pelo ordenamento jurídico. De forma que, diferenciações arbitrárias e discriminações desproporcionais que promovem a desigualdade são vedadas ao intérprete ou autoridade pública no exercício de suas funções, sendo tais condutas passíveis de controle diante de sua inconstitucionalidade (MORAES, 2018, p. 36).

O órgão acusatório, ao adotar critérios claros para auxiliar as atribuições discricionárias de seus membros, reforça a necessidade de limitação e controle efetivo aos acordos penais, de modo a evitar ao máximo eventuais abusos e arbitrariedades. Ou seja, por meio de orientações, enunciados e mesmo de suas decisões revisionais, os órgãos superiores do Ministério Público exercem papel importante ao restringir e limitar eventuais amorfismos que permitam desuniformidade na aplicação da lei penal e violações aos preceitos do contraditório e da ampla defesa.

Sendo que, apesar de diferenças teóricas entre o direito ao contraditório e o direito à ampla defesa, é certo que ambos preceitos são interdependentes, de modo que o contraditório nasce do direito de defesa e desdobra-se em duas prerrogativas essenciais: a de informação e a

possibilidade de reação. Ambas as prerrogativas asseguram às partes a expectativa, efetiva e concreta, de produzirem suas provas e aduzir suas razões em prol da tutela de seus direitos e interesses. (GRINOVER, 1990, p. 5).

O direito à ampla defesa garante o exercício do contraditório, materializando-se em função de um de seus elementos constitutivos: a informação, e é exprimida através da oportunidade de reação. Assim sendo, o contraditório pode ser tido, preliminarmente, como o método de confrontação das alegações adversas e modo de comprovação da verdade, fundando a existência de uma estrutura dialética entre duas perspectivas. (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 112). Consistiria, portanto, no ato de contradizer informações discordantes sustentando legitimamente em favor de uma decisão mais benéfica à situação existente.

O direito ao contraditório e à ampla defesa revestem-se do caráter de indisponibilidade em virtude de serem cláusulas pétreas inseridas no texto constitucional, as quais conferem aos acusados em geral tais prerrogativas com todos os meios e recursos a elas inerentes (art.5º, LV, CF/88)³³. Isso porque, decorrem diretamente do disposto no art. 5º LIV da Constituição Federal.

Dessa maneira, é legítimo sustentar que o requerimento da remessa dos autos para instância superior do Ministério Público visando à reavaliação da decisão de não oferecimento do acordo, devido às consequências mais benéficas advindas da celebração deste, encaixa-se na noção de recurso de defesa previsto na Constituição. E, para que este instrumento de insurgência possa ser usufruído plenamente, devem ser garantidas as ferramentas adjacentes como o amplo acesso à informação, bem como o conhecimento dos fundamentos que amparam a recusa da celebração.

A exigência de imputações certas e determinadas também possuem forte ligação com os princípios do contraditório e da ampla defesa, de maneira que não é viável que o órgão acusatório sustente uma acusação fazendo uso de imputações genéricas, vagas ou indeterminadas, sob pena de ser reputada abusiva (SOUZA, 2007, p. 97). A Constituição Federal impõe ao Ministério Público a obrigação de fornecer ao acusado todas as informações relevantes de sua conduta, oportunizando a efetiva reação defensiva às alegações de pretensão punitiva.

De igual modo, durante as tratativas para a celebração do acordo de não persecução penal, o órgão acusatório deve fornecer ao investigado todos os elementos informativos que

³³ Art. 5º LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

apoiaram a *opinio delicti* e que consiste na justa causa a ser analisada posteriormente tanto pela defesa como pelo Magistrado, nos termos do art. 28-A, § 7º (INFORMAÇÃO VERBAL)³⁴. Trata-se do dever de informação, corolário dos princípios da boa-fé e do devido processo legal, que possibilita uma legítima atuação da defesa para se insurgir em face de eventuais ilegalidades, como também para decidir conscientemente sobre os benefícios de consentir ou não com a formalização do acordo.

Isso pois, em um Estado Democrático de Direito a garantia constitucional à ampla defesa contempla o acesso, por parte dos investigados, aos autos de qualquer investigação que lhe diga respeito. Nesta mesma linha, a Súmula Vinculante 14³⁵ do Supremo Tribunal Federal considera imprescindível ao direito à ampla defesa a garantia de acesso aos elementos de prova que já estejam documentados nos autos do procedimento investigatório, seja ele inquérito policial ou procedimento investigatório conduzido diretamente pelo Ministério Público (PINHEIRO; CAVALCANTE; BRANCO, 2020, p. 141). Ressalvando-se, entretanto, que não se trata de um direito absoluto, tendo em vista que a existência de diligências em curso cujo sigilo seja imprescindível para o seu êxito, relativizam tal direito.

Em que pese não haver uma formalidade específica que deva ser observada no requerimento de remessa dos autos previsto no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal por ausência de previsão normativa expressa, é viável delinear o seu procedimento com base na doutrina especializada e na jurisprudência. É sob este prisma que serão verificadas quais as principais problemáticas afetas ao instituto, como também o caminho mais prático para se pleitear a revisão *interna corporis* da decisão denegatória do acordo de não persecução penal, que será melhor visto em capítulo próprio.

Por fim, infere-se que, embora o acordo de não persecução penal seja regido pelos preceitos da autonomia privada, lealdade, eficiência, consenso e boa-fé objetiva, certo é que ainda há um longo caminho a ser percorrido pelas instituições rumo a uma maior parametrização para sua aplicabilidade de maneira equânime entre os investigados. É neste contexto que as funções de coordenação e revisão dos órgãos superiores dos variados ramos do

³⁴ Esclarecimento fornecido pelo Procurador da República, Dr. Daniel de Resende Salgado durante o Curso EaD: Acordo de não persecução penal e justiça restaurativa: discussões prática e dogmáticas, ESMPU, ago/set, 2022.

³⁵ SÚMULA VINCULANTE 14: É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa

Ministério Público têm a desempenhar um importante papel de veiculação de estratégias político-criminais nos seus âmbitos de competência.

Com o intuito de aprimorar ainda mais o instituto, cumpre ao órgão acusatório se pautar no respeito às garantias constitucionais, em especial nos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolários do devido processo legal, na *práxis* de suas atribuições de modo a conduzir o acordo de não persecução pelos preceitos da oportunidade e da discricionariedade regradas, de modo a informar tanto os elementos de convicção que levaram a propor a celebração do acordo, como também os fundamentos concretos de eventual recusa em oferecer o benefício legal.

4. A SISTEMATIZAÇÃO DO REQUERIMENTO DE REMESSA DOS AUTOS À INSTÂNCIA REVISORA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP

4.1 A Recusa do Oferecimento da Proposta de Acordo

Nos casos em que o investigado preencher os requisitos objetivos para a celebração do acordo de não persecução penal, é imprescindível que o membro do Ministério Público, caso opte em recusar oferecer a proposta de acordo, motive concreta e adequadamente a sua decisão (DEZEM, SOUZA, 2020, p. 107). Isso porque, a possibilidade de celebração de acordos no processo penal deve ser compreendida como um direito do investigado ou do réu. Ou seja, o direito ou não a uma solução consensual alternativa ao processo formal deve ser fundamentadamente analisado pelo órgão acusatório.

Por isso, quando satisfeitos os requisitos legais e havendo, por parte do *Parquet*, um juízo de insuficiência da medida alternativa, optando-se pela via judicial, a atribuição exclusiva do órgão ministerial deve exteriorizar os elementos fáticos e jurídicos com base nos quais entendeu não ser cabível o acordo, conforme sua discricionariedade regrada (CALABRICH, 2020, p. 336). Todavia, esta discricionariedade pauta-se em uma expressão normativa de grande abertura conceitual, pois nos termos do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, o acordo é cabível quando se mostrar *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito*.

De modo que, a decisão estatal deve ser equilibrada e visar a suficiência em pelo menos três perspectivas distintas, a da justiça endógena - voltada às circunstâncias do caso concreto; a da justiça exógena - sujeita a verificação e checagem da opinião pública a respeito dos fatos, conhecida como *accountability*; e da justiça comparativa - que observa as soluções propostas em casos semelhantes (ARAS *et al*, 2020, p. 198).

À vista disso, tem-se aqui um importante questionamento: qual o momento oportuno para o Ministério Público apresentar as suas razões de não oferecimento da proposta do acordo de não persecução penal?

De acordo com Guilherme Dezem e Luciano Souza (2020, p. 107), a lei não é clara neste aspecto. Em um primeiro momento, observa-se pela impossibilidade do oferecimento da peça acusatória enquanto não exaurida a discussão da possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal pelo órgão revisor interno do *Parquet*. Entretanto, esta hipótese implicaria

na necessidade de o órgão de acusação notificar previamente o investigado sobre a sua decisão de não oferecimento, algo distante da realidade institucional do Ministério Público.

Além disso, seguindo esta lógica - de que não seria possível oferecer a denúncia enquanto não apreciado o requerimento da remessa dos autos para a revisão da recusa ministerial - seria viável que, estrategicamente, o exercício do pedido de remessa fosse utilizado pela defesa apenas como forma de postergar o andamento das investigações e do processo. Fato que torna este posicionamento distante da realidade, seja pela ausência de previsão normativa que determine a obrigatoriedade desta notificação, como também pela limitação estrutural de servidores e recursos para o exercício dessa atribuição.

Com o intuito de dirimir esta controvérsia, o Superior Tribunal de Justiça, na Edição do Jurisprudência em Teses nº 185: Pacote Anticrime II, item 3, sedimentou o entendimento de que “ *O Ministério Público não é obrigado a notificar o investigado no caso de recusa de oferecimento de acordo de não persecução penal - ANPP*”, conforme se extrai do seguinte julgado que aqui é lançado como referência:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. ART. 28-A DO CPP. RECUSA DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INTIMAÇÃO DO INVESTIGADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA FINS DO ART. 28, §14º DO CPP. NÃO OBRIGATORIEDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. ERROR IN PROCEDENDO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, INTERPOSTO COM IDÊNTICOS OBJETOS E FUNDAMENTOS. PREJUDICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

I - O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.

II - O art. 28-A, § 14, do CPP garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público nas hipóteses em que a Acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo de não persecução penal. A norma condiciona o direito de revisão à observância da forma prevista no art. 28 do CPP, cuja redação a ser observada continua sendo aquela anterior à edição da Lei nº 13.964/19, tendo em vista que a nova redação está com a eficácia suspensa desde janeiro de 2020 em razão da concessão de medida cautelar, nos autos da ADI nº 6.298/DF.

III - Na legislação vigente atualmente que permanece em vigor não existe a obrigatoriedade de o Ministério Público notificar o investigado em caso de recusa em se propor o acordo de não persecução penal.

IV - Irretocável, portanto, o julgamento feito pelo eg. Tribunal a quo, no sentido de que o Juízo de 1º grau deve decidir acerca do recebimento da denúncia, sem que exija do Ministério Público a comprovação de que intimou o acusado (ora agravante), até porque não existe condição de procedibilidade não prevista em lei.

V - Caso seja recebida a denúncia, será o acusado citado, oportunidade em que poderá, por ocasião da resposta à acusação, questionar o não oferecimento de acordo de não persecução penal por parte de Ministério Público e requerer ao Juiz que remeta os

autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do art. 28, *caput* e 28-A, § 14, ambos do CPP. Precedentes.

VI - Embora seja assegurado o pedido de revisão por parte da defesa do investigado, impende frisar que o Juízo de 1º grau analisará as razões invocadas, considerando a legislação em vigor atualmente (art. 28, *caput* do CPP), e poderá, fundamentadamente, negar o envio dos autos à instância revisora, em caso de manifesta inadmissibilidade do ANPP, por não estarem presentes, por exemplo, seus requisitos objetivos, pois o simples requerimento do acusado não impõe a remessa automática do processo. Precedentes.

VII - Imperioso destacar que o objeto de agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, com idênticos objetos e fundamentos resta esvaziado e, portanto, prejudicado.

Agravo regimental desprovido. Julgo, outrossim, prejudicado o agravo regimental do Ministério Público Federal.

(AgRg no REsp nº 1.948.350/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 17/11/2021.)

A partir deste julgado, resta evidenciado que, não tendo o Ministério Público o dever legal de intimar previamente o investigado acerca da recusa em ofertar o acordo de não persecução penal para que este exerça o direito ao pedido de remessa dos autos para reanálise da medida, não é aceitável que o órgão julgador venha a constranger o membro do *Parquet* a comprovar a intimação do acusado. De forma que, em não existindo tal condição de procedibilidade da ação no ordenamento jurídico, não há óbice para que o membro oficiante ofereça desde logo a denúncia.

Por isso, sempre que os requisitos objetivos para a celebração do acordo de não persecução penal estejam presumivelmente preenchidos e o membro do Ministério Público entender que o acordo de não persecução penal não se mostra necessário e suficiente para a prevenção e reprovação do delito, este deverá apresentar a fundamentação da sua decisão de recusa de oferecimento do acordo de não persecução penal na cota que acompanha a denúncia ou em tópico destinado a este fim (CABRAL, 2020, p. 168). Agindo assim restará por cumprida a exigência legal.

Portanto, nos casos em que seria possível a via consensual e o *Parquet* oferecer a denúncia sem a fundamentação adequada, é presumível que o membro do Ministério Público entendeu pelo não oferecimento de acordo de não persecução penal. Em tal situação, não tendo o *Parquet* apresentado fundamentos para a decisão de recusa da via alternativa, deve o Juiz verificando, em tese, o cabimento da medida, intimar o Ministério Público para que se manifeste sobre essa possibilidade ou para que externe os motivos no caso concreto para ter deixado de formular a proposta (CALABRICH, 2020, p. 339).

Assim sendo, uma vez oferecida a denúncia pelo órgão acusatório, com a respectiva fundamentação, caberá ao Magistrado recebê-la e ordenar a citação do acusado para responder

à acusação no prazo de dez dias, dando seguimento regular ao processo. Após a citação do acusado, este poderá, por ocasião de sua defesa na resposta à acusação, requerer ao Juiz a remessa dos autos ao órgão superior de revisão do Ministério Público para analisar a negativa do Promotor de Justiça ou Procurador da República de 1º Grau.

De forma que, cabe ao acusado se manifestar sobre a matéria na primeira oportunidade em que for chamado aos autos, pois, quedando-se silente, presumir-se-á que não tem interesse em celebrar o acordo, ou que não preenche os requisitos legais para sua celebração. Por isso, Bruno Calabrich (2020, p. 340) entende que a parte tem o ônus de suscitar a possibilidade de acordo no primeiro momento em que intervir nos autos, não sendo possível que esta etapa seja instaurada a qualquer tempo, operando-se, portanto, a preclusão processual da possibilidade de solução pela via consensual.

Isso porque, superada as fases de recebimento da denúncia e da defesa do réu, assentir com a possibilidade de remeter os autos à instância revisora do Ministério Público, poderia encorajar as partes a assumirem uma postura contrária à eficiência e à boa-fé processual. De modo que, a depender do avanço do processo, quando confrontada com situações que não lhe sejam benéficas - a despeito da produção, no curso da instrução, de provas contundentes - as partes poderiam reabrir o debate sobre o cabimento do acordo.

Na mesma linha de raciocínio Douglas Fischer e Eugênio Pacelli (2020 *apud* CALABRICH, 2020, p. 339) lecionam que:

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de que esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo. Assim, concordando o Juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada com a remessa ao órgão superior interno do *Parquet* em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Conforme Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 169), o pedido deve ser direcionado exclusivamente ao Magistrado, pois, tendo sido recebida a denúncia e perfectibilizada a relação processual, os autos estão sob a sua responsabilidade para condução e apreciação. Ademais, pelo fato de se tratar de um pedido da defesa e não de um mandamento, cumpre ao Juiz analisar a existência de justa causa e plausibilidade jurídica do pleito, podendo, conforme as

circunstâncias do caso concreto autorizem, deferir ou indeferir a remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público.

Aqui, entretanto, paira uma dúvida: apoiando-se no modelo acusatório de processo penal, poderia o Magistrado decidir sobre os requisitos inerentes à discricionariedade do Ministério Público para a propositura do acordo de não persecução penal, de modo a negar seguimento ao pedido da defesa por entender que a medida não é necessária ou suficiente para a prevenção e reprovação do delito? A resposta parece ser negativa, isto pensando no direito intrínseco do réu à possibilidade de revisão da decisão do *Parquet*, notadamente quando a dúvida for apenas de ordem discricionária.

4.2 O Controle Judicial Sobre o Pedido de Remessa

Como visto, o art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal enseja a possibilidade de o próprio acusado recorrer da decisão de recusa do *Parquet*, no âmbito do próprio Ministério Público, devolvendo toda a matéria à superior instância do órgão. E, uma vez exercido o direito de requerer a remessa dos autos à instância revisora na resposta à acusação, o Juiz passa a avaliar, com base nos fundamentos apresentados pelo órgão acusatório, se a recusa em propor o acordo de não persecução penal foi motivada pela ausência de algum dos requisitos objetivos previstos em lei. Em caso negativo, estará autorizado a determinar a instauração do incidente processual específico para a posterior remessa dos autos na forma do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

Ademais, conforme a Ministra do STJ Laurita Vaz, em decisão proferida nos autos do HC nº 664.016/SP, se fosse possível autorizar a imediata remessa dos autos após simples pedido da defesa, esvaziaria a decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal na ADI nº 6.298/DF, em que, conforme a interpretação extraída do art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal, a *ratio decidendi* da referida cautelar objetivou justamente evitar o excessivo abalo na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público por efeito do envio de milhares de pedidos de revisão.

É assim dizer, o simples requerimento do acusado não impõe a automática remessa do processo para apreciação *interna corporis*, de forma que o Juízo, abstendo-se de apreciar o mérito ministerial, que é verificado quando o pacto não for celebrado apenas em razão de não ser considerado necessário e suficiente para a prevenção do crime, poderá negar o envio dos

autos à instância revisora caso verifique que pressupostos objetivos para a concessão do benefício não estejam presentes.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, na Edição do Jurisprudência em Teses nº 185: Pacote Anticrime II editou o seguinte enunciado paradigma para resolver a controvérsia:

O controle do Poder Judiciário quanto ao pedido de revisão do não oferecimento do acordo de não persecução penal - ANPP deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não é, portanto, legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público.

Tal entendimento pode ser igualmente depreendido no julgado cuja ementa é transcrita abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. CRIME PREVISTO NO ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PLEITO DE REMESSA AUTOMÁTICA DOS AUTOS PARA A INSTÂNCIA DE REVISÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. IMPOSSIBILIDADE. ART. 28-A, § 14, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ART. 28, *CAPUT*, DO MESMO DIPLOMA NORMATIVO, CUJA REDAÇÃO A SER OBSERVADA É AQUELA ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI Nº 13.964/19. MEDIDA CAUTELAR NA ADI Nº 6.298/DF QUE SUSPENDEU A EFICÁCIA DA NOVA REDAÇÃO LEGAL. PEDIDO DE REVISÃO A SER FORMULADO PERANTE O JUÍZO, O QUAL PODERÁ REJEITAR O ENVIO DOS AUTOS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA A CELEBRAÇÃO DO AJUSTE. NECESSIDADE DE CONFERIR EFETIVIDADE À DECISÃO PROFERIDA PELA SUPREMA CORTE. SUPERAÇÃO DA SÚMULA Nº 691. ORDEM CONCEDIDA EM MENOR EXTENSÃO.

1. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que cabe ao Ministério Público avaliar, fundamentadamente, se é cabível, no caso concreto, propor o acordo de não persecução penal. Desse modo, o referido negócio jurídico pré-processual não constitui direito subjetivo do investigado. 2. A Lei nº 13.964/2019, ao incluir o § 14º no art. 28-A do Código de Processo Penal, garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público nas hipóteses em que a acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo. A norma condiciona o direito de revisão à observância da forma prevista no art. 28 do Código de Processo Penal, cuja redação a ser observada continua sendo aquela anterior à edição da Lei nº 13.964/19, tendo em vista que a redação dada pela nova lei está com a eficácia suspensa em razão da concessão de medida cautelar, pelo Exmo. Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux, nos autos da ADI nº 6.298/DF.

3. Assim, ao se interpretar conjuntamente os arts. 28-A, § 14, e 28, *caput*, ambos do Código de Processo Penal, chega-se às seguintes conclusões: a) Em razão da natureza jurídica do acordo de não persecução penal (negócio jurídico pré-processual) e por não haver, atualmente, norma legal que impõe ao Ministério Público a remessa automática dos autos ao órgão de revisão, tampouco que o obriga a expedir notificação ao investigado, poderá a acusação apresentar os fundamentos pelos quais entende incabível a propositura do ajuste na cota da denúncia; b) Recebida a inicial acusatória e realizada a citação, momento no qual o acusado terá ciência da recusa ministerial em propor o acordo, cabe ao denunciado requerer (conforme exige o art. 28-A, § 14, do CPP) ao Juízo (aplicação do art. 28, *caput*, do CPP, atualmente em vigor), na primeira oportunidade dada para a manifestação nos autos, a remessa dos autos ao órgão de revisão ministerial; c) Uma vez exercido o direito de solicitar a revisão, cabe ao Juízo avaliar, com base nos fundamentos apresentados pelo *Parquet*, se a recusa

em propor o ajuste foi motivada pela ausência de algum dos requisitos objetivamente previstos em lei e, somente em caso negativo, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral. É dizer, o Juízo, abstendo-se de apreciar o mérito ministerial (o qual pode ser verificado, por exemplo, quando o pacto não for celebrado tão somente em razão de não ser necessário e suficiente para a prevenção do crime), poderá negar o envio dos autos à instância revisora caso constate que os pressupostos objetivos para a concessão do acordo não estão presentes, pois o simples requerimento do acusado não impõe a remessa automática do processo, em consonância com a interpretação extraída do art. 28 *caput*, do Código de Processo Penal, e a ratio decidendi da cautelar deferida na ADI nº 6.298/DF. De fato, autorizar a imediata remessa dos autos após simples pedido da Parte esvaziaria a decisão proferida pela Suprema Corte na referida ADI, a qual teve por objetivo justamente evitar o extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público em razão do envio de milhares de pedidos de revisão.

4. No caso em exame houve ilegalidade, porquanto o Magistrado de primeira instância indeferiu o pleito de remessa dos autos sob o argumento de que a providência deveria ser requerida pela Parte diretamente ao Ministério Público e, por isso, não poderia ser pedida ao Poder Judiciário. Portanto, é cabível a concessão da ordem para determinar a reanálise do pedido de revisão.

5. Concedo, em menor extensão, a ordem de *habeas corpus* tão somente para determinar que o Juízo de origem reavalie a possibilidade do envio dos autos ao órgão de revisão ministerial, fundamentando sua decisão com base exclusivamente nos requisitos objetivos exigidos para o acordo de não persecução penal.

(HC nº 664.016/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

Dessa forma, o Poder Judiciário poderá, sim, examinar diretamente os requisitos mais objetivos do instituto, como por exemplo existência ou não de reincidência, o montante da pena mínima cominada ao delito, se a prática da conduta criminosa se deu com ou sem violência, podendo declarar, nestes casos, a existência de entrave a suscitar nova avaliação do órgão acusatório.

Do mesmo modo, conclui-se que, não cabe ao Poder Judiciário adentrar no âmbito da discricionariedade conferido exclusivamente ao Ministério Público, tanto em razão da função deste como *dominus litis* da ação penal e veiculador de políticas criminais como, também, pela natureza dos “conceitos jurídicos indeterminados” dos requisitos legais subjetivos, notadamente quanto à “suficiência do acordo para reprovação e prevenção” do crime, nos termos do art. 28-A, *caput*.

Nesta linha, o decidido pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Agravo Regimental nº 152.756/SP, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA. CRIMES TIPIFICADOS NO ARTIGO 1º, *CAPUT* E § 4º, DA LEI Nº 9.613/1998, EM CONCURSO MATERIAL COM O ARTIGO 288, *CAPUT*, DO CÓDIGO PENAL. NÃO REMESSA DOS AUTOS AO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO

PENAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. REQUISITO OBJETIVO NÃO PREENCHIDO. PENA EM ABSTRATO SUPERIOR A QUATRO ANOS. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Lei nº 13.964/19, ao incluir o § 14 no art. 28-A do Código de Processo Penal, garantiu a possibilidade de o investigado requerer a remessa dos autos ao Órgão Superior do Ministério Público nas hipóteses em que a acusação tenha se recusado a oferecer a proposta de acordo de não persecução penal na origem.

2. Nada obstante, tal requerimento, por si só, não impõe ao Juízo de primeiro grau a remessa automática do processo ao órgão máximo do Ministério Público, considerando-se que o controle do Poder Judiciário quanto à remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público deve se limitar a questões relacionadas aos requisitos objetivos, não sendo legítimo o exame do mérito a fim de impedir a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público (HC 668.520/SP, de minha relatoria, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021).

3. Na hipótese, o representante do Ministério Público Estadual, fundamentadamente, justificou que não era o caso de oferecimento do acordo de não persecução penal aos acusados, notadamente pela ausência do requisito objetivo desse benefício legal, tendo em vista que a pena mínima dos delitos imputados aos agravantes, em concurso material, considerando-se a causa de aumento de pena, superaria o patamar legal de 4 (quatro) anos, não sendo o caso, portanto, de remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça.

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no RHC nº 152.756/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)

Na visão de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 170) é perfeitamente aplicável o raciocínio da Súmula 696³⁶ do Supremo Tribunal Federal, observando que a lógica é extensível aos casos de negativa de proposta da via consensual, uma vez que: a) em ambas as hipóteses (suspensão condicional do processo e acordo de não persecução penal) a lei prevê o cabimento, em tese, de um pacto que impediria o prosseguimento da persecução penal pela via judicial e o *Parquet* se recusou a propô-la; e b) tanto na negativa da suspensão condicional do processo quanto na negativa de proposta de acordo de não persecução penal ocorrem em momento posterior ao oferecimento e ao recebimento da denúncia.

A única diferença entre a hipótese prevista na súmula e os casos envolvendo o acordo de não persecução penal, é que o Magistrado não poderá dissentir de ofício, dependendo sempre de prévia provocação da defesa para a aplicação do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, resguardando o respeito à estrutura acusatória do processo penal.

Assim sendo, após a verificação pelo Juízo de que a recusa se deu, exclusivamente, por critérios sujeitos à discricionariedade ministerial, o Juiz está vinculado a remeter os autos à instância revisora interna do Ministério Público, a quem cabe a última manifestação sobre a matéria.

³⁶ STF - Súmula 696 - Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça em propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal

Porém, remetidos os autos para reapreciação *interna corporis* da necessidade e suficiência da medida para a prevenção e reprovação do delito, podemos fazer os seguintes questionamentos: a) o que acontece com a ação penal enquanto o pedido de oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal estiver pendente de revisão na instância superior do Ministério Público? b) quais as consequências jurídicas caso o pleito seja deferido?

4.3 A Suspensão e a Extinção do Processo

Segundo Guilherme Dezem e Luciano Souza (2020, p. 107), as respostas às questões antes suscitadas passam pela suspensão processual e compreendem até uma possível extinção da ação penal. Pois, enquanto não apreciado o pedido de celebração pelo órgão superior do Ministério Público, o Juiz não poderá julgar o processo. Ademais, até a solução da questão referente ao acordo de não persecução penal, a suspensão da tramitação processual torna-se imperativa, tendo em vista que se trata de uma questão afeta à própria existência da demanda.

Nesse sentido, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina se manifestou acerca da matéria, no HC nº 5010662-26.2022.8.24.0000, cujo objetivo era o trancamento da ação penal em que o paciente figurava como denunciado pela prática de furto qualificado, com o intuito de viabilizar a remessa do pedido de revisão da decisão denegatória de oferecimento de acordo de não persecução penal pelo membro do Ministério Público.

A relatoria do caso ficou a cargo da Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, que decidiu pela necessidade do trancamento da ação penal em curso após o pedido de remessa dos autos à instância revisora. É o que se extrai do julgado cujo teor aqui transcreve-se:

HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. PLEITO PARA TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL E REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA A ANÁLISE DO CABIMENTO DE ACORDO DE PERSECUÇÃO PENAL. VIABILIDADE PARCIAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA QUE NEGOU A PROPOSTA DE ANPP SOMENTE NO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. DEFESA QUE RESTOU INVIABILIZADA EM REQUERER A REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO SUPERIOR MINISTERIAL, NOS TERMOS DO ARTIGO 28, § 14, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ANTES DO RECEBIMENTO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA, PORQUANTO SÓ TEVE CONHECIMENTO DA NEGATIVA APÓS A CITAÇÃO. REMESSA DENEGADA COM FULCRO NA DENÚNCIA TER SIDO RECENTEMENTE RECEBIDA, COM BASE INCLUSIVE EM PARECER MINISTERIAL. SITUAÇÃO CRIADA PELO PRÓPRIO ÓRGÃO MINISTERIAL. PACIENTE QUE, APARENTEMENTE, CUMPRE AO MENOS

OS REQUISITOS OBJETIVOS PARA A BENESSE (ARTIGO 28-A, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL). AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL QUE, A PRINCÍPIO, NÃO IMPEDE O ACORDO CASO OCORRA CONFISSÃO POSTERIOR DURANTE AS TRATATIVAS PARA O INSTITUTO DESPENALIZADOR. ARTIGO 23, § 1º, DO ATO Nº 397/2018/PGJ, DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, ALTERADO PELO ATO Nº 043/2020/PGJ. NECESSIDADE IMPERIOSA DA REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA PARA A ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE PROPOSITURA DO BENEFÍCIO. PRECEDENTES DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SUSPENSÃO DA AÇÃO PENAL, UNICAMENTE NO TOCANTE AO PACIENTE, QUE SE IMPÕE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO.

Embora o acordo de não persecução penal não seja direito subjetivo do investigado, a recusa por parte do promotor de justiça em propor o acordo tão somente no oferecimento da denúncia acaba por fulminar a chance da defesa em requerer a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28, § 14, do Código de Processo Penal, porquanto sua primeira manifestação tende a ocorrer após a citação, momento este posterior ao recebimento da denúncia e em descompasso com a finalidade da benesse trazida pela Lei nº 13.964/19.

É claro que tal requerimento de remessa não pode ser banalizado, como em situações de evidente ausência dos requisitos legais. Todavia, no caso dos autos e, num juízo perfunctório, se percebe que o paciente aparenta cumprir ao menos os requisitos objetivos do instituto despenalizador, ao passo que a negativa de propositura em conjunto com o oferecimento da denúncia deixa ao livre-arbítrio do promotor de justiça oficiante no primeiro grau, de maneira exaustiva e finalística, a decisão sobre o tema, em inadequação com a legislação processual, a qual permite ao agente supostamente praticante de uma conduta criminosa requerer à remessa dos autos ao Órgão Superior do Ministério Público.

Assim, ainda que no caso dos autos a denúncia tenha sido recentemente recebida, a forma de ocorrência da negativa do instituto permite o deferimento da remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça e consequente suspensão da ação penal, unicamente no tocante ao paciente, até que o Órgão Ministerial Superior se manifeste sobre o tema, nos termos do artigo 28 da Lei Processual Penal.

ORDEM CONCEDIDA EM PARTE.

(TJSC, *Habeas Corpus* Criminal nº 5010662-26.2022.8.24.0000, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 24-03-2022).

Deste modo, observa-se que, em se tratando de questão cuja solução se dará em âmbito distinto do Juízo da ação penal, a solução razoável é aguardar a decisão final a ser proferida pelo órgão superior de revisão do Ministério Público para, em caso de manutenção da recusa, prosseguir com o andamento regular do processo. Ainda, é possível concluir que a efetiva remessa dos autos para reanálise da possibilidade de celebrar a avença deve gerar, necessariamente, a instauração do incidente de acordo de não persecução penal.

Isso porque, a decisão do órgão superior acerca da celebração do acordo deve estar contida nos autos da ação da principal como forma de resguardar a autoridade do Poder Judiciário no controle da relação processual, fazendo com que ela se desenvolva regularmente. Além disso, a criação de um incidente próprio auxilia a manutenção da publicidade das

fundamentações da decisão revisional às partes, de forma a observar os ditames da boa-fé processual.

Por fim, caso o órgão superior do *Parquet* revise a decisão de recusa do membro de 1º grau decidindo pela possibilidade de celebração da avença, o Magistrado que preside o processo deverá considerar afastada a justa causa da ação penal e assim extinguir o feito com a respectiva retomada da fase pré-processual. Trata-se de uma solução jurídica que busca manter a celebração do acordo de não persecução penal ao momento anterior à perfectibilização da relação processual.

Nesta linha de entendimento o STJ, no RHC nº 150060 - PR, decidiu pela extinção da ação penal e pela retomada da fase pré-processual para que seja possível a celebração do pacto despenalizante:

RECURSO EM *HABEAS CORPUS*. RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL EM OFERECER ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. DENÚNCIA RECEBIDA. POSTERIOR DECISÃO DA SEGUNDA CÂMARA DE COORDENAÇÃO E REVISÃO DO *PARQUET* FEDERAL INDICANDO A POSSIBILIDADE DO ACORDO. RETOMADA DA FASE PRÉ-PROCESSUAL. INÍCIO DA AÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. PARECER ACOLHIDO.

1. O propósito do acordo de não persecução penal é [...] o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (AgRg no HC 628.647/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 07/06/2021).

2. Hipótese em que, após o recebimento da denúncia, a Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal determinou o retorno dos autos ao Procurador da República para (re)análise dos requisitos exigidos para a celebração do acordo no caso concreto, havendo, portanto, a retomada da fase pré-processual. Assim, a aparente existência de justa causa para o início da ação penal foi afastada.

3. Recurso provido para que seja tornado sem efeito o recebimento da denúncia na Ação Penal nº 5005235-44.2020.4.04.7005, extinguindo-a, por consequência. Prejudicada a análise do pedido de reconsideração da decisão liminar, formulado às fls. 341/342

(STJ, Recurso em *Habeas Corpus* nº 150060 - PR (2021/0210432-8) do Superior Tribunal de Justiça relator Ministro Sebastião dos Reis Júnior, Sexta Turma, j.17-08-2021)

Pelo exposto, é possível sintetizar que, toda vez que o Ministério Público entender que, embora o investigado preencha os pressupostos objetivos para a celebração do acordo de não persecução penal, o pacto não seja cabível devido a sua desnecessidade ou insuficiência para a prevenção ou reprovação do delito, estará obrigado a lançar manifestação escrita e fundamentada acerca da sua decisão de recusa.

Como visto anteriormente, a oportunidade adequada para a realização dessa recusa fundamentada é por ocasião do próprio oferecimento da denúncia, na cota que a acompanha, ou em tópico destinado a este fim. Isso porque, com o oferecimento da peça exordial acusatória, o Ministério Público externa o seu parecer quanto à presença de justa causa a fundamentar à deflagração da persecução penal em sede judicial.

A partir da recusa do *Parquet* em oferecer a proposta da via consensual mais benéfica ao acusado, o Juiz dará seguimento natural ao processo, recebendo-a e ordenando a citação do acusado. Neste momento, fica facultado ao demandado exercer ou não o seu direito de remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público para reanálise da possibilidade de se firmar acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

Nessa situação, entendendo que faz jus ao benefício consensual, o acusado deverá no momento e prazo da resposta à acusação (art. 396 e 396-A, do CPP), ou no primeiro momento que for possível se manifestar nos autos, insurgir-se em face da recusa do órgão acusatório, postulando ao Magistrado que conduz o processo a remessa dos autos para o órgão de revisão ministerial (CABRAL, 2020, p. 172).

Pleiteado o requerimento de remessa dos autos na resposta à acusação, o Juiz deve analisar a viabilidade jurídica do requerimento, sendo plausível o indeferimento da remessa quando, por exemplo, não estiverem preenchidos algum dos requisitos de ordem objetiva presentes no art. 28-A do Código de Processo Penal, situação em que deverá negar seguimento ao recurso e dar regular seguimento ao processo.

Por outro lado, verifica-se que o Poder Judiciário não deve se imiscuir nas atribuições discricionárias vinculadas à condução da política criminal do órgão acusatório, em especial quando a recusa se der apenas com fulcro nos requisitos subjetivos. Neste caso, o Juiz suspenderá o curso da tramitação da ação penal e remeterá ao órgão superior de revisão interna do Ministério Público, não estando, *in casu*, autorizado a avaliar a plausibilidade e a pertinência ou não de tais requisitos.

Assim, cumpre exclusivamente ao órgão imediatamente superior do Ministério Público oficiante avaliar as razões específicas que no caso concreto elencadas pelo membro oficiante no 1º grau, podendo anuir com a posição inicial, devolvendo ao Juízo com a palavra final da instituição no sentido do desinteresse na realização do acordo de não persecução penal, situação que cumprirá ao Juiz do caso tão somente dar seguimento ao processo penal instaurado contra o réu. Todavia, caso a instância revisora entenda por discordar das justificativas apresentadas, deverá designar outro Promotor de Justiça ou Procurador da República para celebrar o acordo,

hipótese em que haverá o afastamento da justa causa para a ação penal, restando autorizada a retomada da fase pré-processual para a celebração da avença.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção de medidas alternativas ao processo penal formal tem sido proposta como uma possível resposta ao fenômeno global da expansão do Direito Penal, objetivando contribuir para ampliar os esforços de contenção da intervenção penal, direcionando a ação do sistema criminal judicial aos casos mais graves. Tem-se então que, segundo os discursos oficiais e declarados, a justiça penal consensual representaria um novo rumo político-criminal traçado pelo ordenamento jurídico brasileiro que, pautada no modelo efficientista do processo penal, possui o condão de funcionalizar e abreviar o tempo despendido para a aplicação de uma sanção estatal ao infrator da norma penal, desafogando o Poder Judiciário.

Nessas condições e com o intuito de conferir uma parametrização internacional das medidas alternativas ao processo formal, a Assembleia Geral das Nações Unidas editou a Resolução nº 45/110, mais conhecida como as Regras de Tóquio. Este regramento atribuiu às autoridades competentes a possibilidade de evitarem que o sujeito submetido ao aparato criminal responda a um processo formal e tenha contra si uma decisão restritiva de liberdade, além de possibilitar ao interessado reclamar à autoridade estatal sobre eventuais lesões a direito individual envolvido nas medidas alternativas.

Viu-se então que, sendo o Brasil influenciado por tais regras, o país vem adotando no âmbito do direito interno mecanismos concretos de diversificação das sanções penais, promovendo fortes mudanças nos preceitos teóricos do exercício da ação penal, de modo que o princípio da obrigatoriedade cedeu espaço para os critérios de oportunidade e consensualidade, aqui exercidos pelo Ministério Público. A partir daí, verificou-se um movimento de “administrativização” das sanções penais por intermédio da celebração de acordos realizados diretamente entre o órgão acusatório e a defesa, relegando ao Poder Judiciário um papel de homologador de tais pactos.

É neste contexto que surge o chamado acordo de não persecução penal. A posituação deste instituto no Código de Processo Penal autoriza expressamente o Ministério Público a possibilidade de, nos casos previstos em lei, administrar a sanção penal. Esta solução que tem como um dos objetivos desafogar o sistema criminal, tornando-o mais célere e mais efetivo, ainda se mostra mais benéfico ao investigado, uma vez que após o seu cumprimento, este tem a sua punibilidade extinta sem ter contra si o registro de antecedentes criminais.

A efetivação do instituto demanda, entretanto, alguns critérios. Ainda que possua cláusulas abertas sujeitas à discricionariedade ministerial, tem-se como imprescindível delimitar os critérios que o *Parquet* deva lançar mão ao propor o benefício ao investigado. Pois, embora seja necessário que o órgão acusatório fundamente de forma concreta e adequada a opção de prosseguir com a persecução penal pela via judicial e não propor o referido acordo, são necessários parâmetros que auxiliem o acusado a requerer a remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público, nos termos do art. 28-A, §14, do Código de Processo Penal. Isto viabiliza a participação da defesa nos procedimentos internos do órgão acusatório, o que legitima ainda mais a justiça penal consensual, resguardando os princípios do devido processo legal e seus corolários - do contraditório e da ampla defesa.

Por fim, objetivou-se neste estudo sistematizar a aplicabilidade do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, valendo-se para tanto da doutrina especializada e de alguns julgados de segunda e superior instância existentes sobre o tema. No exame da matéria, conclui-se que, na atual estrutura funcional do Ministério Público, o investigado não precisa ser notificado previamente acerca da decisão ministerial que deixou de lhe oferecer o acordo, estando autorizado o imediato oferecimento da denúncia, desde que esteja acompanhada da fundamentação da recusa, haja vista que esta poderá ser oportunamente contestada na primeira ocasião que a defesa se manifestar nos autos - quando da resposta à acusação, ou em momento similar nos procedimentos especiais.

Viu-se, ainda, que na atual sistemática, o requerimento da defesa deve ser direcionado ao Juiz competente, para que este possa exercer o seu papel de controle, indeferindo-o quando incabível, como por exemplo quando o demandado não preencher os requisitos objetivos definidos pela norma processual. Todavia, quando cabível, notadamente quando fundamentada a negativa da proposta no mérito discricionário do órgão acusatório, cumpre seja instaurado um incidente específico, suspendendo o curso da ação penal até que se efetive a reavaliação pela instância revisora do órgão, sendo que, quando o pleito da defesa for acolhido, importará na extinção do processo, com o retorno do feito à fase pré-processual visando à celebração da avença que, restando cumprida, extinguirá a punibilidade do demandado.

REFERÊNCIAS:

1. ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa; LOURINHO, Victoria A. dos Santos. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Coletânea de Artigos - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão: INOVAÇÕES DA LEI Nº13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 330-347, jun. 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em: 08 set. 2022.
2. ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Revista Sequência**, Florianópolis, n. 1, p. 163-182, jun. 2006.
3. ANDERY, F. R. AS REGRAS DE TÓQUIO. **Revista da Faculdade de Direito da UFG**, Goiânia, v. 23, n. 1, p. 149/158, 2010. DOI: 10.5216/rfd.v23i1.12009. Disponível em: <https://revistas.ufg.br/revfd/article/view/12009>. Acesso em: 15 ago. 2022.
4. ARAS, Vladimir et al. **Lei Anticrime Comentada: atualizada com as medidas cautelares do STF nas ADI's 6298, 6299, 6300 e 6305**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2020. 358 p.
5. ARAÚJO, Bruna Diniz. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. **Revista Acadêmica da Escola Superior do Ministério Público do Ceará**, Fortaleza, v. 2, n. 13, p. 135-152, nov. 2021. Disponível em: <https://revistaacademica.mpce.mp.br/revista/article/view/193/158>. Acesso em: 01 set. 2022.
6. BARATTA, Alessandro, Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la política criminal y el pacto social. In: **Criminología y sistema penal. Buenos Aires: B de F**, 2006. Disponível em: https://www.academia.edu/34131120/CRIMINOLOG%C3%8DA_Y_SISTEMA_PENAL_de_Alessandro_Baratta
7. BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. São Paulo: Martin Claret, 2014
8. BISSOLI FILHO, Francisco. **PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS APLICÁVEIS ÀS SANÇÕES PENAIAS**. Florianópolis: Habitus, 2016. 162 p.
9. BRASIL. **Código de Processo Penal: Decreto-lei 3.689**. Brasília, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 out. 2022.
10. BRASIL, Conselho Nacional de Justiça **Regras de Tóquio: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade** Coordenação: Luís Geraldo Sant'Ana Lanfredi - Brasília: CNJ, 2016.
11. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, Disponível em:

- https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 21 set. 2022
12. BRASIL. Ministério da Justiça. Secretaria Nacional de Justiça. **Normas e princípios das Nações Unidas sobre prevenção ao crime e justiça criminal** /Organização: Secretaria Nacional de Justiça. – Brasília: Secretaria Nacional de Justiça, 2009. 344 p Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/projects/UN_Standards_and_Norms_CPCJ_-_Portuguese1.pdf. Acesso em: 18 ago. 2022
 13. BRASIL. Ministério Público Federal 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Ementa nº 3258/2022. Relatora: Subprocuradora Geral da República Luiza Cristina Frischen. **Diário do Ministério Público Federal Eletrônico**. Brasília, 31 ago. 2022. Disponível em: <http://www.transparencia.mpf.mp.br/conteudo/diarios-e-boletins/diario-eletronico-dmpf-e/2022/DMPF-EXTRAJUDICIAL-2022-09-01.pdf>. Acesso em: 30 out. 2022.
 14. BRASIL. Ministério Público Federal 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Processo Nº 5075078-39.2019.4.04.7100 nº VOTO Nº 3764/2022. Relator: Subprocurador-Geral da República CARLOS FREDERICO SANTOS. Brasília, DF, 28 de agosto de 2022. **Comunicado Nº 17/2022 2ºCCR-MPF**. Brasília, 09 set. 2022. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/boletins/documentos/votos_2022/comunicado_17/voto-3764-2022-anpp-fund-generica-devol-5078.pdf. Acesso em: 19 set. 2022.
 15. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental nº 152.756/SP. Relator: Ministro Reynaldo Soares. Brasília, 14 de setembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 20 set. 2021.
 16. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Resp nº 1.948.350/RS. Relator: Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF). Brasília, 09 de novembro de 2021. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 nov. 2021.
 17. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa do HC nº 664016 / SP *HABEAS CORPUS* 2021/0133896-2. Relatora: Ministra Laurita Vaz. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17 dez. 2021.
 18. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa do Recurso em *Habeas Corpus* nº 150060/PR. Relator: Ministro Sebastião dos Reis Júnior. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 17. ago. 2021.
 19. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Habeas Corpus nº 161.251/PR. Relator: Ministro Ribeiro Dantas. Brasília, 10 de maio de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Brasília, 16 de maio de 2022.
 20. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: Juspodivm, 2020. 256 p.
 21. CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (org.). **Pacote Anticrime: lei 13.964/19 na visão de procuradores da república**. Salvador: Juspodivm, 2020. Cap. 12. p. 335-350.

22. CALLEGARI, A. L.; ANDRADE, R. L. Sociedade do risco e direito penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre**, n. 26, p. 115–140, 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/21>. Acesso em: 11 out. 2022.
23. CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. PLEA BARGAINING E JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL: ENTRE OS IDEAIS DE FUNCIONALIDADE E GARANTISMO. **Custos Legis: Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**, Rio de Janeiro, p. 1-26, jan. 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/revista-custos-legis>. Acesso em: 10 jul. 2022.
24. CASTRO, Matheus Felipe de; HOFFMANN, Luísa Tramarin; Submetendo a igualdade à prova: A natureza ambivalente do Acordo de Não Persecução Penal e o discurso ideológico da paridade de armas no Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 47–74, 2021. Disponível em: <https://seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/117408>. Acesso em: 30 ago. 2022.
25. CERVINI, Raúl. **Os Processos de Descriminalização**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
26. CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime: lei 13.964/2019 comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: Juspodivm, 2020. 383 p.
27. CUNHA, Vítor Souza. O DEVIDO PROCESSO CONSENSUAL E OS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. **Coletânea de Artigos - 2ª Câmara de Coordenação e Revisão: INOVAÇÕES DA LEI Nº13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019**, Brasília, v. 7, n. 1, p. 290-312, jun. 2020. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/coletaneas-de-artigos/2ccr_coletanea_artigos_vol7_final.pdf. Acesso em: 05 set. 2022.
28. DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao Pacote Anticrime: lei 13.964/2019**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil - Revista dos Tribunais, 2020
29. DIAS, João Luís Fischer. Devido processo legal consensual nos Juizados Especiais Criminais. **Revista dos Juizados Especiais**, Brasília, v. 3, n. 7, p. 25-32, dez. 1999. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/35236>. Acesso em: 28 set. 2022.
30. FERNANDES, Antonio Scarance. O EQUILÍBRIO ENTRE A EFICIÊNCIA E O GARANTISMO E O CRIME ORGANIZADO. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 70, n. 1, p. 229-268, fev. 2008.
31. FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência**. 12 ed. São Paulo. Atlas, 2020.
32. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. São Paulo: Tirant To Blanch, 2019. 192 p.
33. GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DA JUSTIÇA NEGOCIAL PENAL: análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público**. 2021. 155 f. Monografia

- (Doutorado) - Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito Constitucional, Escola de Direito e Administração Pública, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>
34. GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas Tendências do Direito Processual**: de acordo com a constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990. 435 p. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5792549/mod_resource/content/1/U9%20GRINOVER%20-%20%20Defesa%20Contradit%C3%B3ria.pdf. Acesso em: 09 set. 2022.
 35. HASSEMER, Winfried. **Derecho Penal Simbólico y protección de Bienes Jurídicos**. In: PENA y Estado. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995. p. 22-36. Disponível em: http://www.metajus.com.br/textos_internacionais/simbolismo-e-bem-juridico-Hassemer.pdf
 36. JESUS, Damásio E. de. **Penas Alternativas**: anotações à lei 9.714 de 25 de novembro de 1998. São Paulo: Saraiva, 1999.
 37. LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations. The globalization of plea bargaining and the Americanization thesis in criminal procedure in THAMAN, Stephen C. (org.). **World plea bargaining**. Durham: Carolina Academic Press, 2010, p. 03-80.
 38. LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. doi:10.11606/T.2.2009.tde-17112011-110813. Acesso em: 2022-08-30. disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>
 39. LIMA, Edilson Vitorelli Diniz. **O DEVIDO PROCESSO LEGAL COLETIVO**: representação, participação e efetividade da tutela jurisdicional. 2015. 719 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2015. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/40822>
 40. LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
 41. LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2022. E-book.
 42. LOPES, Rodolfo Soares Ribeiro. A ampliação dos espaços de consenso no processo a partir da Lei nº13.964/2019: os acordos de não persecução penal e cível. In: TAVARES, João Paulo Lordelo G. (org.). **Pacote Anticrime**: lei 13.964/2019 na visão de procuradores da república. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 125-152.
 43. MACHADO, Édina Maria dos Santos. A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL EM FACE DA SOCIEDADE DO RISCO E A FLEXIBILIZAÇÃO DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS JURÍDICO-PENAIS. **Lumiar**, [S.L.], v. 4, n. 1, p. 67-75, 20 dez. 2011. Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG). <http://dx.doi.org/10.5212/lumiar.v.4.i1.0006>.

44. 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 RS**, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 264-293, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/36>
45. MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. **Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito**. São Paulo: SaraivaJur, 2017. 368 p.
46. MOTA, Ludmilla 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**, Rio de Janeiro, v. 77, n. 1, p. 161-194, set. 2020. Disponível em: https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1904662/Ludmilla_de_Carvalho_Mota.pdf Acesso em: 06 set. 2022.
47. MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 34. ed. São Paulo: Gen - Grupo Editorial Nacional, 2018. 988 p.
48. MORAES, Alexandre, SMANIO, Gian, PEZZOTTI, Olavo. A discricionariedade da ação penal pública. **Argumenta Journal Law**, Jacarezinho – PR, Brasil, n. 30, 2019, p. 353-390
49. PINHEIRO, Igor Pereira; CAVALCANTE, André Clark Nunes; BRANCO, Emerson Castelo. **Nova Lei de Abuso de Autoridade: comentada artigo por artigo, análise comparativa e crítica**. São Paulo: J.H. Mizuno, 2020.
50. REZENDE, Guilherme Carneiro de; MAÇALEI, Nicole. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. **Revista Científica do Curso de Direito FAG: DIÁLOGOS E INTERFACES DO DIREITO**, Cascavel, v. 4, n. 1, p. 73-103, 01 ago. 2022. Disponível em: <https://dir.fag.edu.br/index.php/direito/article/view/82>
51. SALGADO, Daniel de Resende. org. In: **Acordo de não persecução penal e justiça restaurativa: discussões prática e dogmáticas**, ago/set 2022, Brasília. Curso Ead ESMPU.
52. SANTA CATARINA. MPSC. **Manual de Orientação: O Acordo de Não Persecução Penal na Lei Anticrime (Lei 13.964/19)**. Florianópolis: Ministério Público, 2020. 15 p. Disponível em: <https://www.mppi.mp.br/internet/wp-content/uploads/2021/01/MPSC-Manual.-ANPP-na-Lei-Anticrime.pdf>. Acesso em: 05 set. 2022.
53. SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Ementa nº 5010662-26.2022.8.24.0000. Relatora: Desembargadora Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer. Florianópolis, SC, 24 de março de 2022. **Diário da Justiça Eletrônico**. Florianópolis.
54. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. **A AÇÃO PROCESSUAL PENAL ENTRE POLÍTICA E CONSTITUIÇÃO: outra teoria para o direito processual penal**. 2012. 244 f. Tese (Doutorado) - Curso de Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de

- Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <https://acervodigital.ufpr.br/handle/1884/28008>
55. SOARES JÚNIOR, Antônio Coêlho. **As regras de Tóquio e as medidas não privativas de liberdade no Brasil e na Itália**. 2013. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/24351/as-regras-de-toquio-e-as-medidas-nao-privativas-de-liberdade-no-brasil-e-na-italia#ixzz2SWdY0WXh>. Acesso em: 07 ago. 2022.
56. SOUZA, Alexander Araujo de. **O Abuso do Direito no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. 252 p.
57. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. **Revista de Direito Internacional: Brazilian Journal of International Law**, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, jan. 2016.
58. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. Discricionariedade persecutória: um debate antecipado por Sergio Demoro Hamilton. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro: Homenagem ao Professor Sergio Demoro Hamilton**, Rio de Janeiro, jul. 2020, p. 611-623.
59. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O Acordo de Não Persecução Penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al* (org.). **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela res. 183/2018**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 101-123.
60. VALENTE, Fernanda. **CNMP não pode impor resolução de "não persecução penal", diz juiz federal**. 2019. ConJur. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jul-24/cnmp-nao-impor-resolucao-nao-persecucao-penal-juiz>. Acesso em: 07 set. 2022.
61. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração Premiada e Negociação na Justiça Criminal Brasileira: Acordos Para Aplicação De Sanção Penal Consentida Pelo Réu no Processo Penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 28, n. 166, p. 241-271, abr. 2020.
62. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters Brasil - Revista dos Tribunais, 2022.
63. ZAFFARONI, Eugênio Raúl - História e Justiça. Brasília: TV Justiça Oficial, 2020. P&B. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=25IvX5Om1EQ>. Acesso em: 12 ago. 2022.