

# CONTROLE JUDICIAL NOS CASOS DE RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO OFERECIMENTO DA PROPOSTA DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

*JUDICIAL CONTROL IN CASES OF REFUSAL OF THE PUBLIC MINISTRY TO OFFERING THE PROPOSAL OF NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT*

## Stephanie Carolyn Perez

Doutoranda em Direito Penal pela Universidade de Buenos Aires. Professora de Direito Penal e Processo Penal. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1003996905918318>

ORCID: 0000-0001-6905-0493

[stephanie\\_carolyn@hotmail.com](mailto:stephanie_carolyn@hotmail.com)

## Ulisses Augusto Pascolati Junior

Doutor em Direito Penal pela USP. Professor de Direito Penal. Juiz de Direito do TJSP.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2869684720356839>

ORCID: 0000-0003-4647-4028

[upascolatijr@tjsp.jus.br](mailto:upascolatijr@tjsp.jus.br)

**Resumo:** O objetivo do presente texto é trazer algumas luzes com relação ao posicionamento do Ministério Público acerca do acordo de não persecução penal como instrumento de política criminal de avaliação discricionária. O ponto central, portanto, levando em conta o conteúdo dos Enunciados 21 da Procuradoria Geral de Justiça e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo, e 19 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, é pensar em um mecanismo de controle externo à atuação do Ministério Público, na hipótese do investigado, mesmo atendendo aos requisitos exigidos pela lei, tendo, portanto, direito ao referido instituto, ter negado o direito de celebrar o acordo sob o argumento ministerial de não ser necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal - Falta de interesse - Rejeição da denúncia - Controle externo.

**Abstract:** The purpose of this article is to shed some light on the position of the Public Prosecutor regarding the non-criminal prosecution agreement as an instrument of criminal policy for discretionary assessment. In this sense, the central point, taking into account the content of Statements 21 of the Public Prosecutor's Office of São Paulo and 19 of the National Group of Criminal Division Coordinators, is thinking in a mechanism for external control of the Public Prosecutor's role in the case of the investigated, even meeting the requirements required by law, and therefore having the right to that institute, having denied the right to conclude the agreement under the ministerial argument of not being necessary and sufficient to reprobation and crime prevention.

**Keywords:** Non-criminal prosecution agreement - Lack of interest - Rejection of the complaint - External control.

## I - Considerações iniciais

A Lei 13.964/2019, conhecida como "Lei Anticrime", além de recrudescer o tratamento conferido a determinados delitos, também previu, no art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal (ANPP), conferindo tratamento negocial aos delitos de média potencialidade lesiva.

Trata-se de mecanismo de solução consensual celebrado entre o titular da ação penal (Promotor de Justiça) e o autor do fato delituoso, assistido por seu defensor, por meio do qual o autor do fato confessa formal e circunstancialmente a prática de um delito, sujeitando-se ao cumprimento de determinadas condições não privativas de liberdade em troca do compromisso do Ministério Público de não

oferecer denúncia, o que, na dimensão prática, representa uma verdadeira mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, já que, embora o Ministério Público possua justa causa para o oferecimento da denúncia, não o fará, caso o acusado cumpra todas as condições pactuadas.

Ao regulamentar o ANPP, o legislador estabeleceu requisitos de natureza objetiva e subjetiva. Com relação aos requisitos objetivos temos: a) não ser caso de arquivamento da investigação; b) tratar-se de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça; c) ser a pena mínima cominada ao delito inferior a 4 anos, consideradas as causas de aumento ou diminuição; d) não ser cabível a transação penal; e) não ter sido o crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticado contra

a mulher por razões de condição do sexo feminino; e, por fim, e mais importante, f) ser o ANPP necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Com relação aos requisitos subjetivos, temos as seguintes condições: a) deve o agente confessar formal e circunstancialmente a prática da infração; b) não pode o agente ser reincidente ou "criminoso habitual", salvo se as infrações pretéritas forem insignificantes;<sup>1</sup> e, por fim, c) não ter sido o agente beneficiado, nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração com celebração de outro ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Preenchidos os requisitos legais no plano concreto-normativo, Ministério Público e investigado, este sempre acompanhado de defesa técnica, estabelecerão algumas condições (art. 28-A, inc. I a V, CPP) e, sendo estas cumpridas, ao final declara-se extinta a punibilidade do agente (art. 28-A, §13, CPP). O problema surge nas situações em que o Ministério Público, mesmo havendo o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos, se nega a oferecer a possibilidade da solução consensual, fundamentando-se no Enunciado 21, segundo o qual:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado.<sup>2</sup>

Nesta situação, o que pode ser feito?

## II - Instrumento limitado de política criminal

Imperioso anotar que a discussão não gira em torno da natureza jurídica do ANPP, é dizer, se seria ou não direito subjetivo do autor do fato. Neste momento a discussão cinge-se a que, presentes os requisitos delineados pela lei, o não oferecimento da proposta de acordo sob o argumento de se tratar de instrumento de política criminal de avaliação discricionária revela-se em ato arbitrário, passível de controle externa *corporis*, mesmo que a decisão do Ministério Público seja arrimada na "necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime".

O ANPP – não se nega – é, de fato, instrumento de política criminal e objetiva evitar o encarceramento de pessoas investigadas pela prática de crime de média potencialidade lesiva. Entretanto, a compreensão de se tratar de instrumento de política criminal não pode funcionar como meio de se evitar a justiça consensual e, por conseguinte, após regular processo, contribuir justamente com possível encarceramento.

A política criminal, como um setor da política que envolve decisões sobre a vida na *polis*, é exercida em todos os níveis do sistema de justiça criminal e, assim, por óbvio, não é infensa ao Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e órgão da persecução penal. Logo, é aceitável e se coaduna com possível orientação político-criminal recrudescedora (para "reprovação e prevenção do crime") à elaboração de estratégias, táticas, métodos ou diretrizes para o controle formal do delito por meio do não oferecimento do ANPP. Entretanto, o que não é aceitável, é a utilização de um instrumento de política criminal

de forma arbitrária, até porque, não se pode olvidar, os princípios de política criminal são ferramentas fundamentais para combater possível intervenção arbitrária do Estado.<sup>3</sup>

É inegável que o oferecimento da possibilidade do acordo seja prerrogativa institucional do Ministério Público, até porque o legislador mitigou, mais uma vez – como já o fizera quando tratou da transação penal e da suspensão condicional do processo –, o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Todavia, essa prerrogativa deve ser exercida dentro do esquadramento legal previsto pelo legislador, limitador, portanto, de qualquer compreensão de que se trata de atividade discricionária plena.

O legislador permitiu, no *caput* do art. 28-A do CPP, uma avaliação discricionária quanto ao oferecimento do ANPP. Entretanto, a possibilidade de ofertar ou não a solução consensual do conflito penal é juridicamente vinculada aos requisitos firmados na lei, ou seja, o Ministério Público até pode não ofertar o acordo se entender que o instrumento político-criminal não é apto (necessário e suficiente) à reprovação e prevenção do crime, contudo, esta atividade discricionária, representada pela escolha ótima e sinalizada pela necessidade e suficiência, deve vir balizada pela presença ou não dos requisitos legais.

Em outros termos, se os requisitos previstos no art. 28-A não estiverem atendidos, a conclusão é que o acordo não é suficiente e necessário à reprovação e prevenção do crime. Mas, por outro lado, se os requisitos estiverem presentes, a discricionariedade representada pela "reprovação e a prevenção" do *caput* deve ser interpretada juntamente com os demais requisitos, ou seja, o legislador indica que, se o autor dos fatos preencher os requisitos para celebração do ANPP, a celebração do acordo é o caminho indicado para a solução negociada do conflito penal, ou, de outra forma, necessário e também suficiente para prevenção e reprovação do crime.

O legislador não deixou ao Ministério Público uma atividade discricionária plena, mas sim regrou-a, estabelecendo as balizas para a escolha político-criminal a ser implementada.

No plano geral e abstrato, foi o legislador quem, de antemão, escolheu as situações nas quais a celebração do ANPP será possível ou não, necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Pense-se, por exemplo, em determinada situação envolvendo violência doméstica. Mesmo que o autor dos fatos preencha todos os requisitos legais, por questões político criminais (p. ex., o crescente número de mulheres vítima de violência), o legislador vetou a possibilidade de acordo. Portanto, a exigência de que o ANPP seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime não pode ser compreendida sem o preenchimento dos demais requisitos dispostos na lei. O ANPP será necessário e suficiente quando estiverem presentes os requisitos legais. São eles, destarte, que balizam a escolha discricionária do Ministério Público. A necessidade e a suficiência para reprovação e prevenção do crime, que dão o tom da discricionariedade (da escolha ótima), devem ser balizadas pelos pressupostos legais.

Destarte, da forma como redigidos os enunciados, vale dizer, ao considerar o ANPP instrumento de política criminal de avaliação discricionária, sem a observância dos requisitos balizadores da escolha do Ministério Público, abre-se caminho para um decisionismo arbitrário, eis que impõe ao Direito uma aplicação relegada ao campo da "sorte ou azar". A casuística, nesse sentido,

é incompatível com a segurança jurídica necessária dentro de um Estado Democrático de Direito. Ademais, ressalte-se, a política criminal considerada de forma isolada, sem, portanto, os postulados da dogmática e dos princípios limitadores, é porta de acesso de legitimação de qualquer forma de atuar do Estado.<sup>4</sup>

### III- Controle externa *corporis* e a rejeição da denúncia por falta de justa causa

Assim, da forma como propostos os enunciados, ou seja, considerar o ANPP como instrumento de política criminal de avaliação discricionária do Ministério Público é fonte de arbítrio, devendo, como todo ato estatal, ser passível de controle. O problema que surge então é: como controlar essa atividade do Ministério Público?

A Lei 13.964/19 previu apenas e tão-somente uma forma de controle prevista no §14, do art. 28-A, qual seja: havendo recusa por parte do membro do MP em propor o ANPP, o autor dos fatos/investigado pode requerer a remessa dos autos ao órgão superior, na forma do art. 28 do CPP. Ora, ainda que seja o Magistrado quem remeta os autos à instância superior do Ministério Público, trata-se, na verdade, de controle interna *corporis*, sem interferência externa. Em outros termos, e considerando que o entendimento proposto pelos enunciados orienta a atuação de toda a instituição, o que fazer se, mesmo com a remessa dos autos, a superior instância mantém o entendimento de que se trata de instrumento de política criminal de avaliação discricionária?

Inicialmente, urge deixar sublinhado que em qualquer Estado de Direito os poderes das autoridades são essencialmente limitados. Nos regimes democráticos não há poderes absolutos e, ao lado do importante dogma da separação dos poderes e funções, é imperiosa a necessidade de controle externo dos Poderes e das instituições do Estado. O que se quer dizer com isto? Da forma como pensados os enunciados e não havendo controle externa *corporis*, o investigado fica sujeito a eventuais arbítrios, sendo submetido a indevido e, por si só, estigmatizante processo penal.

Assim, sustenta-se que, ao negar o ANPP e sendo oferecida denúncia, consequência natural das investigações, é lícito ao Magistrado, no exercício do controle da ação penal,<sup>5</sup> rejeitar a

denúncia uma vez que, mesmo havendo meio eficaz de solução do conflito, opta o Ministério Público por procurar o caminho mais burocrático e custoso, cuja solução final – resolução do conflito penal com aplicação de pena pelo Magistrado – poderia ser alcançada no ANPP mediante assunção de algumas obrigações, dentre elas a imposição de pena não privativa de liberdade.

Dessa forma, e como solução possível, entende-se que a via jurisdicional no caso em questão não pode ser acionada porque não se esgotou previamente a tentativa de autocomposição posta pela lei, ou seja, um meio alternativo mais rápido, econômico e menos estigmatizante para se alcançar a resposta penal. Vale dizer, não oportunizando a celebração de ANPP, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, carecerá de justa causa para o ajuizamento da demanda (art. 395, inc. III, do CPP).

A justa causa, a seu turno, pode ser analisada sob duas dimensões: a) presença de indícios de autoria e prova de materialidade; b) controle processual do caráter fragmentário da intervenção penal.<sup>6</sup> O termo justa causa, conforme advertência da Ministra Maria Thereza de Assis Moura, é impreciso, na medida em que “causa possui significado vago e ambíguo enquanto que justo constitui juízo de valor”. Além do mais, afirma a Ministra, que a “justa causa” exerce uma função de mediação entre a realidade social e a realidade jurídica e, acima de tudo, representa um “antídoto, de proteção contra o abuso de direito”. Não obstante **Aury Lopes** propor classificação que possua como pressupostos situações relativas à insignificância, e levando-se em conta que a justa causa exerce a função de mediar a realidade concreta e a realidade normativa, além de ser um filtro com relação ao abuso do direito de acusar, seria possível o exercício do “controle fragmentário” na hipótese aqui proposta, na medida em que, como salientado, havendo um instrumento processual menos invasivo para a solução do litígio e que, acima de tudo, não gere as consequências típicas de uma condenação penal (art. 28-A, §12), é ele que - preenchidos todos os requisitos legais, e se orientando o Poder Judiciário por uma política criminal voltada à proteção do sujeito de direito- deve ser utilizado, ainda mais se considerado que a atividade do Ministério Público, em que pese discricionária na escolha, é vinculada aos pressupostos legais.

#### Notas

- <sup>1</sup> Anote-se a dificuldade de concreção deste requisito negativo diante da porosidade do significado das expressões “criminoso habitual” ou “infração pretérita” insignificante.
- <sup>2</sup> Enunciado cujo teor não discrepa do enunciado 19 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCRIM): “O acordo de não persecução penal é facultade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto”.
- <sup>3</sup> “La política criminal se ejerce en todos los niveles del denominado 'sistema del Derecho Penal'. Así, se ejerce política criminal por el constituyente al configurar un determinado 'marco de lo posible' para la intervención punitiva del Estado (interpretado por los

tribunales constitucionales nacionales, quienes, por tanto, también realizan política criminal)”. (SILVA SÁNCHEZ, 2009, p.15).

- <sup>4</sup> Sobre a interação da dogmática e da política criminal na missão de trazer segurança jurídica: Silva Sanchez (2012, p. 63-71); Jescheck e Weigend (2002, p. 46); Muñoz Conde (2001, p. 279-283).
- <sup>5</sup> O controle exercido pelo Poder Judiciário quando da análise da ação penal é justamente “obstar seu emprego abusivo”. (SILVEIRA, 2012, p. 186).
- <sup>6</sup> Classificação tomada de empréstimo de Aury Lopes Junior (2008, p. 94-99; 2020, p. 240-241).

#### Referências

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. Direitos humanos e direito penal: limites da intervenção penal racional no Estado Democrático de Direito. In: MENDES, Gilmar Ferreira, BOTTINI, Pierpaolo Cruz, PACELLI, Eugênio (coord). *Direito penal contemporâneo*. Questões controversas. São Paulo: Saraiva, 2011.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. *Tratado de derecho penal*. Trad. Miguel Olmedo Cardenete. Granada: Comares S.L, 2002.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOPES JR., Aury. (Re)pensando as condições da ação processual penal desde as categorias jurídicas próprias do processo penal. In: FAYET JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado (org.). *Ciências penais e sociedade complexa I*. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción al derecho penal*. 2. ed. Buenos Aires: IBdef, 2001.

SÁNCHEZ-OSTIZ, Pablo. *Fundamentos de política criminal*. Un retorno a los principios. Madrid: Marcial Pons, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Tiempos de Derecho Penal*. Buenos Aires: IBdef, 2009.

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Tese (Doutorado em Direito) - Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012.

ZIPF, Heinz. *Introducción a la política criminal*. Santiago: Ediciones Olejnik, 2018.

LEI Nº 13.964, DE 24 DE DEZEMBRO DE 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm)