

# O CONTROLE JUDICIAL NA HOMOLOGAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE A PARTIR DO *HABEAS CORPUS* 619.751/SP.

THE JUDICIAL REVIEW IN THE RATIFICATION OF NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT: ANALYSIS FROM *HABEAS CORPUS* 619.751/SP

**Matheus Léo Pereira Badaró Duarte**

Pós-graduando em Direito Penal Econômico pela PUC-MG. Bacharel em Direito pela PUC-MG. Advogado criminalista. Membro do IBCCRIM.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3363930511439327>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7940-1381>

[matheusleobadaro@gmail.com](mailto:matheusleobadaro@gmail.com)

**Resumo:** O artigo parte da análise da jurisprudência inaugurada pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do HC 619.751/SP, que negou o reconhecimento do princípio da insignificância em favor de paciente que anteriormente aceitou Acordo de Não Persecução Penal. Objetiva-se refletir especificamente acerca de um dos fundamentos denegatórios: a alegação de que a concessão da ordem configuraria supressão de instância. A partir da revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, pretende-se entender o alcance do controle judicial sobre o ANPP, e se a atipicidade material poderia ser verificada já no juízo de homologação ou rejeição do acordo. Ao final, propõe-se que o ANPP não seja homologado antes do juízo de admissibilidade da acusação, o que deveria ensejar uma alteração legislativa.

**Palavras-chave:** Justiça Negocial – Homologação Judicial – Acordo de Não Persecução Penal – Justa Causa – Princípio da Legalidade.

**Abstract:** The article starts from the analysis of the jurisprudence started by Brazilian Superior Court of Justice (STJ) in the judgment of HC 619.751/SP, which denied recognition of the principle of insignificance in favor of Habeas Corpus patient who had previously accepted a non-criminal prosecution agreement. The aim is to reflect specifically on one of the denouncing grounds of the writ: the allegation that the granting of the writ of Habeas Corpus would constitute the suppression of an instance. Based on the bibliographic review and jurisprudential analysis, it is intended to understand the scope of judicial control over non-criminal prosecution agreement, and whether the type of crime could be verified in the confirmation or rejection of the agreement. In the end, it is proposed that the non-criminal prosecution agreement should not be ratified before the prosecution's admissibility, which should lead to a legislative change.

**Keywords:** Consensual Justice – Confirmation by Court – Non-criminal Prosecution Agreement – Just cause for Prosecution – Principle of Legality.

Em dezembro de 2020, o Superior Tribunal de Justiça – em decisão monocrática do ministro Felix Fischer – decidiu não conhecer do *Habeas Corpus* (HC) 619.751/SP impetrado para obter o reconhecimento do princípio da insignificância após a aceitação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). A decisão tratou do caso em que uma assistida da Defensoria Pública do Estado de São Paulo confessou a prática da tentativa do furto de uma calça no valor de R\$ 49,00 e celebrou acordo com o Ministério Público, assinado conjuntamente com o seu defensor, que dois dias após o aceite, impetrou *Habeas Corpus* perante o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) objetivando o reconhecimento da atipicidade material.

O TJSP, por sua vez, decidiu anteriormente não conhecer da ação de impugnação por entender necessária a produção de provas, “incompatível com o *writ*” e “não parecendo razoável discutir, em ação autônoma, a existência de justa causa para oferecimento de denúncia, possível no caso, somente em caso de descumprimento do acordo firmado”.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, destacam-se ao menos dois motivos que ensejaram a rejeição liminar do *Habeas Corpus*: a quebra da boa-fé objetiva e ausência de lealdade processual por parte do impetrante. Ainda que se considerem inadmissíveis tais fundamentos, propõe-se enfrentar uma outra justificativa da decisão que merece maior análise: a supressão de instância.

O caso concreto reflete apenas uma das diversas questões que somente a prática da contínua incorporação da justiça negocial no Brasil poderia evidenciar. A propósito, adota-se como premissa que, ainda que o Acordo de Não Persecução Penal não constitua uma condenação formal, deve ser reconhecido como um mecanismo negocial inserido na justiça criminal brasileira por haver a aplicação de sanções penais sem o devido processo legal,<sup>2</sup> sobretudo nos termos do artigo 28-A, incisos III e IV, do Código de Processo Penal, que possibilita a imposição de penas restritivas de direitos após a celebração do acordo.

O ministro Fischer aponta em sua decisão que “o cerne da demanda deixou de ser apreciado na origem, configurando, assim, indevida

supressão de instância o debate dos requisitos do princípio da insignificância” e conclui que “o revolvimento fático-probatório aqui almejado sequer foi realizado na origem [...] dispensada pela d. Defesa quando da aceitação do benefício do acordo de não persecução penal”. Em suma, o ministro compreende que a atipicidade material da conduta deveria ter sido alegada antes da celebração do Acordo de Não Persecução Penal, pois somente assim o tribunal *a quo* poderia reconhecê-la, somando-se a uma suposta impossibilidade de se verificar tais requisitos sem revolvimento fático-probatório. A questão, portanto, aparenta situar-se nos limites entre a liberdade de negociação das partes e o controle judicial sobre o acordo.

Verifica-se, porém, uma contradição normativa no fundamento decisório. Para além da desnecessidade de questionamento em sede de *Habeas Corpus*,<sup>3</sup> o artigo 28-A do Código de Processo Penal dita uma instrução clara ao órgão responsável pela acusação, e que deve alcançar também o controle judicial sobre o ato: “não sendo caso de arquivamento [...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal”. Assim, o legislador impõe como limite inicial à proposta de acordo a existência de justa causa, o “suporte probatório mínimo, tendo por objeto a existência material de um crime e a autoria delitiva”,<sup>4</sup> que torna apto o oferecimento da denúncia.

No sistema de justiça penal brasileiro, o princípio da legalidade incide sobre o direito material e o direito processual, impondo aos atores estatais que pautem suas posturas e suas decisões em conformidade com as previsões legais.<sup>5</sup> Nesse sentido é que, mesmo que se admita a existência de um princípio da oportunidade – ou da não obrigatoriedade – no Processo Penal brasileiro, o órgão acusador não dispõe de plena liberdade para acusar, sobretudo de forma arbitrária.<sup>6</sup> Ocorre o contrário, é a legalidade que incide sobre a oportunidade, de forma que são previstas hipóteses em que não há obrigatoriedade do dever de acusar e que, por razões de cunho político-criminal, é possível o não oferecimento da denúncia.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal também traduz a relação direta entre a legalidade que incide sobre o princípio da oportunidade, embora em seu aspecto restritivo: se não for possível oferecer a denúncia, sendo o caso de arquivamento, não será cabível o Acordo de Não Persecução Penal. Igualmente, se o Ministério Público entender pela necessidade de realização de diligências, não deve oferecer a denúncia e nem mesmo o Acordo de Não Persecução Penal, porque em qualquer hipótese faltará a justa causa. Exige-se, portanto, que o promotor de justiça realize uma análise jurídica preambular da viabilidade da acusação, o que confere transparência ao raciocínio desenvolvido e permite ao imputado entender o teor da acusação.<sup>7</sup> Da mesma forma que não se cogita os demais institutos de justiça negocial no processo brasileiro – como a transação penal e a suspensão condicional do processo – se não houver fato idôneo para instaurar a ação penal.

A legislação prevê ainda que o Acordo de Não Persecução Penal precisa ser homologado para produzir seus efeitos, devendo o juiz verificar a voluntariedade e a legalidade do acordo (art. 28, §4º do CPP), podendo rejeitá-lo nos casos que não preencherem os requisitos legais ou diante da constatação da existência de cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas (art. 28, §7º do CPP). Por exemplo, em atenção à legalidade, o juiz poderá rejeitar a homologação de acordo que envolver crime cometido com violência

ou grave ameaça, hipótese vedada pelo *caput* do artigo 28-A.<sup>8</sup> Trata-se da análise da presença dos pressupostos de validade do instituto de justiça negocial. Pela mesma razão é que se sustenta que há o dever de o juiz analisar a imputação em seu aspecto fático e sua subsunção ao tipo penal, verificando se há justa causa, para, somente diante da superação desse requisito, buscar identificar os demais elementos necessários para a homologação do Acordo de Não Persecução Penal. Somente assim a tipicidade exercerá a função de ser indício de antijuridicidade e função de garantia, relacionando-se com o princípio da legalidade.<sup>9</sup>

A homologação do acordo pelo juiz de primeiro grau significa reconhecer, pelo menos em princípio, a tipicidade do fato, imprescindível para a verificação da viabilidade da acusação. A confissão do imputado não dispensa a análise do magistrado sobre os elementos do crime e os pressupostos de validade da proposta, ainda que o Acordo de Não Persecução Penal tenha sido assinado conjuntamente com a defesa técnica. Admitir que a confissão de um fato é elemento suficiente para que haja um crime, é flertar com um sistema inquisitório e recriar o sistema de prova tarifada em que a confissão é a “rainha das provas”.<sup>10</sup> Se cabe ao magistrado rejeitar a

denúncia oferecida se não verificar as condições da ação penal, ainda que em um juízo prognóstico, seria contraditório se não pudesse rejeitar a homologação de acordo diante do mesmo fundamento.

É de tal modo que, no julgamento do HC 619.751/SP, o Superior Tribunal de Justiça se equivocou ao rejeitar liminarmente a ação de impugnação. Primeiro, porque poderia reconhecer a ilegalidade de ofício, por força do artigo 654, §2º, do Código de Processo Penal. Mas também porque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,

que possui competência para se manifestar acerca da legalidade do juízo homologatório do Acordo de Não Persecução Penal, já havia decidido pelo não conhecimento do *Habeas Corpus* impetrado na origem especificamente por não vislumbrar o reconhecimento do princípio da insignificância.

Por outro lado, é igualmente equivocado sustentar que o princípio da insignificância só pode ser reconhecido no transcurso do Processo Penal ou que, para tanto, é imprescindível a produção de provas. A justiça negocial não é um fenômeno completamente inédito no processo brasileiro, sendo possível encontrar suas origens na Lei 9.099/95 nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, razão pela qual é importante um sucinto exame da aplicação de tais institutos em situações semelhantes.

Há entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a aceitação da proposta de transação penal não obsta o conhecimento de *Habeas Corpus* para trancar ação penal.<sup>11</sup> No julgamento do HC 176.785/DF, o ministro Gilmar Mendes destaca que a transação penal somente pode ser oferecida quando também for possível a instauração do processo e, assim, a homologação do acordo é “o momento oportuno para magistrado competente realizar o controle de sua legalidade” e na mesma ocasião assevera que “o acordo não infirma o direito subjetivo de a defesa ver apreciados os seus pedidos, que têm, em abstrato, potencial jurídico para fulminar a pretensão estatal”.<sup>12</sup> O posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da suspensão condicional do processo é o mesmo, indicando ser necessária a análise de justa causa, mesmo após o aceite da proposta pelo acusado.<sup>13</sup>

Por outro lado, a sexta turma do Superior Tribunal de Justiça,

## "ADMITIR QUE A CONFISSÃO DE UM FATO É ELEMENTO SUFICIENTE PARA QUE HAJA UM CRIME, É FLERTAR COM UM SISTEMA INQUISITÓRIO E RECRIAR O SISTEMA DE PROVA TARIFADA EM QUE A CONFISSÃO É A 'RAINHA DAS PROVAS'!"

contrariando o Supremo Tribunal Federal e a sua própria jurisprudência,<sup>14</sup> tem decisão no sentido de não conhecer de *Habeas Corpus* que questiona a existência de justa causa após o aceite do acordo de transação penal, pois, nos termos do voto do ministro Antonio Saldanha no HC 495.148/DF, “por decorrência lógica, não há ação penal instaurada que se possa trancar.”<sup>15</sup> Na ocasião, o então ministro Nefi Cordeiro foi voto vencido por entender que “o particular admite o acordo para evitar a persecução penal, mas não admite pelo acordo a presença das condições legais que seriam seus pré-requisitos para a persecução”,<sup>16</sup> corroborando a necessidade de se analisar a viabilidade da acusação.

Finalmente, retornando-se ao exame do HC 619.751/SP, a conclusão é no sentido de que não haveria supressão de instância se ocorresse o julgamento do mérito do *Habeas Corpus* pelo STJ, uma vez que o TJSP, que deveria ter se pronunciado acerca da tese de atipicidade material, alegou ser necessária a produção de provas para tanto. Não há também qualquer supressão de instância do juízo de primeiro grau, porque a homologação do Acordo de Não Persecução Penal inevitavelmente reconhece a existência de justa causa para a ação penal.

Há controvérsias de diversas ordens de grandeza no campo da justiça negocial: a legitimidade do sistema; o desequilíbrio entre as partes; a desconfiança acerca da voluntariedade do imputado que celebra o acordo; usurpação de funções decisórias do julgador; entre outros.

Mas o controle judicial sobre o acordo é, de forma redundante, o que há de mais controlável na justiça negocial brasileira. Não se pode admitir que o juízo de homologação seja meramente formal. Pelo contrário, deve ser uma garantia do cidadão de que não está renunciando a ampla defesa em troca de prejuízos ainda maiores daqueles que poderiam advir do devido processo legal.

É evidente que se o juiz rejeitar o Acordo de Não Persecução Penal por identificar atipicidade na conduta, certamente impedirá a homologação de qualquer outro acordo pelos mesmos fatos, o que poderia criar uma aparente celeuma procedimental. Se o Ministério Público não promover o arquivamento, irá oferecer uma denúncia que naturalmente será rejeitada por força do artigo 395, inciso III, do Código de Processo Penal. Para evitar atos desnecessários, seria proveitosa a previsão legal de que o acordo de não persecução penal não pode ser homologado sem antes haver o juízo de admissibilidade da acusação. Até mesmo porque, para o acusado, a persecução penal propriamente dita se inicia desde as investigações, e o oferecimento da denúncia pretérito ou simultâneo ao Acordo de Não Persecução Penal não representaria maiores prejuízos diante da certeza da justa causa para a ação penal. Tal previsão coadunaria com a necessária implementação do juiz de garantias – suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal –, uma vez que caberia a ele a homologação do Acordo de Não Persecução Penal, e também a rejeição ou recebimento da denúncia.

## Notas

<sup>1</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 619.751. Relator: Min. Felix Fischer, 11 dez. 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo_documento=documento&num_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF). Acesso em: 15 jun. 2021.

<sup>2</sup> VASCONCELLOS, 2020a, p. 264-265.

<sup>3</sup> TORON, 2018, p. 111-113

<sup>4</sup> BADARÓ, 2020, p. 208.

<sup>5</sup> VASCONCELLOS, 2020b, p. 44.

<sup>6</sup> PRADO, 2006, p. 112-113.

<sup>7</sup> MARQUES, 2020, p. 11.

<sup>8</sup> BADARÓ, 2020, p. 192.

<sup>9</sup> BRANDÃO, 2019, p. 122.

<sup>10</sup> COUTINHO, 2001, p. 50.

<sup>11</sup> Nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RHC 82.365. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535833>. Acesso em: 15 jun. 2021.

<sup>12</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 176785. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 maio 2020. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20200518\\_123.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200518_123.pdf). Acesso em: 26 maio 2021.

<sup>13</sup> Cf.: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 85.747. Relator: Min. Marco Aurélio, 21 jun. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>. Acesso em: 15 jun. 2021; BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 89.179. Relator: Min. Carlos Britto, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435200>. Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>14</sup> Cf. em relação ao trancamento da ação penal pela atipicidade da conduta após a suspensão condicional do processo: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). RHC 102.202. Relator: Min. Antonio Saldanha, 9 abr. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802168430&dt\\_publicacao=24/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802168430&dt_publicacao=24/04/2019). Acesso em: 16 jun. 2021. No mesmo sentido, após a transação penal: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). RHC 55.924. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 abr. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500147435&dt\\_publicacao=24/06/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015). Acesso em: 16 jun. 2021.

<sup>15</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 495.148. Relator: Min. Antonio Saldanha, 24 set. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900544984&dt\\_publicacao=03/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900544984&dt_publicacao=03/10/2019). Acesso em: 17 jun. 2021.

<sup>16</sup> *Ibid.*

## Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 619.751. Relator: Min. Felix Fischer, 15 dez. 2020. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo\\_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo\\_documento=documento&num\\_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/dj/documento/mediado/?tipo_documento=documento&componente=MON&sequencial=119378769&tipo_documento=documento&num_registro=202002721751&data=20201215&formato=PDF). Acesso em: 15 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). HC 495.148. Relator: Min. Antonio Saldanha, 24 set. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201900544984&dt\\_publicacao=03/10/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201900544984&dt_publicacao=03/10/2019). Acesso em: 17 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). RHC 102.202. Relator: Min. Antonio Saldanha, 9 abr. 2019. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201802168430&dt\\_publicacao=24/04/2019](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201802168430&dt_publicacao=24/04/2019). Acesso em: 16 jun. 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. Turma). RHC 55.924. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 14 abr. 2015. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num\\_registro=201500147435&dt\\_publicacao=24/06/2015](https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201500147435&dt_publicacao=24/06/2015). Acesso em: 16 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 85.747. Relator: Min. Marco Aurélio, 21 jun. 2005. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354294>. Acesso em: 15 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). HC 89.179. Relator: Min. Carlos Britto, 21 nov. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=435200>. Acesso em: 17 jun. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). HC 176785. Relator: Min. Gilmar Mendes, 19 maio 2020. Disponível em: [https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE\\_20200518\\_123.pdf](https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200518_123.pdf). Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RHC 82.365. Relator: Min. Cezar Peluso, 27 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=535833>. Acesso em: 15 jun. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do direito processual penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, n. 1, p. 50, 2001. Disponível em: [http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo\\_sophia=37098](http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=37098). Acesso em: 14 abr. 2021.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução penal: um novo começo de era(?). *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 331, p. 9-12, jun. 2020.

PRADO, Geraldo. *Sistema Acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 4. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2006.

TORON, Alberto Zacharias. *Habeas corpus: controle do devido processo legal: questões controvertidas e de processamento do writ*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius 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. 166, p. 241-271, abr. 2020.

Recebido em: 24.04.2021 - Aprovado em: 20.05.2021 - Versão final: 18.06.2021