

SOBRE A DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ANPP E O SEU CONTROLE JURISDICIONAL: UMA PROPOSTA PELA LEGALIDADE

ON THE PUBLIC PROSECUTOR'S DISCRETION IN PROPOSING NPA'S AND ITS JUDICIAL REVIEW: A PROPOSAL FOR LEGALITY

Guilherme Brenner Lucchesi

Doutor em Direito pela UFPR. Professor da Faculdade de Direito da UFPR. Presidente do IBDPE. Coordenador regional adjunto do IBCCRIM no Paraná. Advogado.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/1512135510310992>

ORCID: 0000-0001-9505-421X

guilherme@lucchesi.adv.br

Marlus H. Arns de Oliveira

Doutor em Direito pela PUC/PR.

Vice-presidente do IBDPE. Membro do IBCCRIM. Advogado.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/5739028993126392>

ORCID: 0000-0003-0317-8093

marlus.arns@arnsdeoliveira.adv.br

Resumo: O presente artigo tem por objetivo apresentar críticas ao modelo negocial estabelecido pelo acordo de não persecução penal, da forma como instituído pela Lei 13.964/2019. Critica-se, primeiramente, a exigência de confissão para a celebração de acordo, sob risco de transformar-se em contrato de adesão em vez de propriamente uma negociação. Do mesmo modo, a exigência de determinadas condições e a maneira como a imputação é veiculada tem o potencial de conferir poder discricionário excessivo ao órgão da acusação, que tende a se comportar mais como autoridade e menos como parte no acordo. Tratando-se a propositura de acordo de atuação vinculada do Ministério Público nos casos em que estiverem presentes os requisitos legais autorizadores, defende-se a possibilidade de atuação jurisdicional para assegurar uma efetiva negociação entre acusação e defesa.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal - Discricionariiedade - Legalidade.

Abstract: This article aims to present a critique on the negotial model instated by the non-prosecution agreement, as established by Law No. 13964/2019. First, the requirement of a confession to strike a deal is criticized, due to the risk of converting the agreement in an adhesion contract. Likewise, the requirement of certain conditions and the manner in which the accusation is conveyed has the potential to confer excessive discretionary power on the prosecution, which tends to behave more as an authority and less as a party to the agreement. Considering the proposition of a non-prosecution agreement as a duty of the Public Prosecutor's Office in cases where the authorizing legal requirements are present, the possibility of judicial action is defended to ensure an effective negotiation between the prosecution and the defense.

Keywords: Non-Prosecution Agreement - Discretion - Legality.

A denominada justiça penal negocial ganhou novos ares com a promulgação da Lei 13.964/2019, que deu contornos singulares ao instituto da colaboração premiada e apresentou o acordo de não persecução penal, entre outras importantes alterações.

É preciso lembrar que a possibilidade de acordo não é recente na legislação brasileira. A Lei 9.099/95 já previa a transação penal para as infrações de menor potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo para crimes com pena mínima não superior a um ano.

O acordo de não persecução penal (ANPP) é verdadeira ampliação das oportunidades de o investigado evitar a instauração de um processo criminal, expandindo largamente as possibilidades anteriormente existentes de realização de acordo. Trata-se de um instrumento que possibilita ao Ministério Público deixar de oferecer denúncia, mesmo presentes os requisitos para tanto, nos casos em que as partes cheguem a um ajuste quanto à não continuidade da persecução penal, devendo o investigado cumprir condições mais brandas do que as penas supostamente cominadas em eventual sentença condenatória, definidas a partir de rol não taxativo previsto em lei.

É comum se fazer um certo paralelo entre o ANPP e a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95). Apesar de ambos serem concebidos como modelos alternativos ao processo penal "tradicional", o ANPP não pode ser identificado como uma espécie de "suspensão condicional do processo qualificada", na medida em que comporta um componente negocial adicional. Deste modo, ao mesmo tempo que integra o rol de medidas despenalizadoras, difundidas no processo penal brasileiro a partir da Lei 9.099/1995, também constitui um mecanismo de justiça penal negocial, por sua inequívoca natureza de *acordo*.

Não se reconhece uma natureza essencialmente negocial no *sursis* processual, pois a lei estabelece como pressuposto o cumprimento de condições obrigatórias pelo acusado, durante um período de prova pré-estabelecido. Não há propriamente um acordo e sim termo de adesão a que adere acusado, tendo, no máximo, condições de suplicar pela redução da exigência de alguma das condições obrigatórias. Por parte do Ministério Público, além de não existir discricionariiedade quanto ao oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo,¹ existe uma margem de negociação bastante restrita,

colocando-se o agente ministerial como autoridade — e não como parte — concedendo um benefício ao acusado.

Além disso, a maior abertura conferida legalmente ao ANPP, somada ao fato de contemplar crimes de maior gravidade (com pena mínima inferior a quatro anos) em comparação aos contemplados pelo *sursis* processual (com pena mínima de até um ano), permite às partes acordarem condições que superem aquelas estipuladas na suspensão condicional do processo.

A única vedação expressa que se impõe ao ANPP é a impossibilidade de sua celebração nos casos que admitem transação penal (art. 76, Lei 9.099). O ANPP está inserido em outro contexto, muito diverso daquele em que foram instituídos os acordos dos Juizados Especiais Criminais, duas décadas atrás. O ANPP caminha rumo às práticas negociais no processo penal, em direção oposta ao estabelecimento de condições obrigatórias, exigidas na Lei 9.099.

Estando presentes os requisitos para a celebração de ANPP e estando o investigado disposto a confessar a prática da infração penal — o que nem sempre será o caso —, é perfeitamente possível que as partes ajustem os termos em que o acordo será celebrado. Isso vale até mesmo para os casos em que couber suspensão condicional do processo (pena inferior a um ano). O acusado só fica restrito aos estreitos limites da suspensão condicional nas hipóteses em que não houver avanço nas negociações do acordo.

Como se vê, em que pese os institutos apresentarem aspectos similares, ambos são essencialmente distintos. Por isso, é também inadequado invocar para o ANPP toda a jurisprudência firmada em relação à suspensão condicional do processo.

Conforme previsão expressa do art. 28-A do CPP, em não sendo caso de arquivamento da investigação, se houver confissão circunstanciada quanto à prática da infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. O mesmo artigo ressalta que o acordo será proposto, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito.

Nesse ponto, reside a primeira crítica ao acordo de não persecução penal, visto não ser lógico — sob a ótica da ampla defesa, do contraditório e da presunção de inocência — que o investigado confesse crime como condição para o ANPP. A razão é simples: se não for realizado o acordo ou se o pacto não for cumprido por qualquer uma das partes, a confissão trará danos irreparáveis ao investigado, sendo tal fato, inclusive, objeto da ADI 6304.

O segundo ponto que merece discussão refere-se às condições estabelecidas para a celebração do ANPP. Há previsão no inciso V possibilitando que o investigado cumpra “condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração imputada”. Apesar de haver outras quatro possíveis condições previstas no art. 28-A, o *caput* do artigo dispõe que o investigado deve cumprir as condições estipuladas “cumulativa ou alternativamente”. Desse modo, sendo possível o cumprimento isolado de uma ou mais condições genéricas estipuladas pelo Ministério Público, não há como se defender que o rol seja *numerus clausus*.

O texto da norma é expresso ao enunciar que as condições a serem estabelecidas no acordo devem ser ajustadas pelas partes, ou seja, devem ser objeto de uma negociação horizontal entre *partes* — no mínimo, menos verticalizada do que uma relação autoridade-

rêu. Devem, portanto, resultar de efetivo consenso. A proposta da acusação não pode ser simplesmente oferecida ao investigado como quem diz: “*é pegar ou largar*”.

Por seu turno, ainda que não seja possível falar propriamente em um direito público subjetivo do imputado a uma proposta de ANPP, não há como se reconhecer uma discricionariedade ampla ao Ministério Público na propositura do acordo. Embora muitos afirmem que o ANPP representa uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal,² o instituto não funda um sistema de livre oportunidade e conveniência. O membro ministerial, por ser agente estatal, atua de forma vinculada às disposições legais, sendo regido pela garantia de legalidade (art. 37, CF).³

Assim, do mesmo modo que, estando presentes os pressupostos e condições para o exercício da ação penal, o MP não pode promover o arquivamento, também não pode deixar de propor acordo de não persecução penal quando presentes todos os requisitos para a sua propositura.⁴ Não há qualquer discricionariedade ampla na atuação do Ministério Público, tratando-se a oferta de proposta de ANPP de um *poder-dever*, proporcional e compatível com a infração imputada.

Não se desconhece a ampla margem de negociação concedida pela Lei ao Ministério Público ao admitir expressamente a estipulação de obrigações não previstas no art. 28-A, como já observado. Contudo, o ANPP é justamente uma negociação entre as partes, devendo as condições serem ajustadas e não impostas.

Na prática, porém, tem sido comum — em boa parte dos acordos — que as condições sejam unilateralmente impostas pelo Ministério Público, sem o mínimo interesse de negociação, restando ao investigado a alternativa de aderir ao acordo ou enfrentar o processo.

Necessário se faz ressaltar que, por vezes, a proposta apresentada não difere significativamente da provável pena ao final do processo. Tal fato desencoraja sobremaneira a evolução da justiça negocial na esfera penal, pois o acordo precisa verdadeiramente ser negociado pelas partes e resultar vantajoso em relação à possível pena.

Outro aspecto interessante é o não cabimento de ANPP nos casos em que o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional.

A princípio, essa disposição poderá limitar consideravelmente as hipóteses de oferecimento do acordo, vez que em muitas denúncias o Ministério Público descreve condutas praticadas de forma habitual e reiterada pela imputação do delito de organização criminosa, com descrição genérica e sem individualização das condutas de cada um dos acusados. Portanto, a prática de inclusão do delito de organização criminosa, com menção à habitualidade de suas práticas delitivas, tem o potencial de subtrair dos investigados a possibilidade de acordo.

Estipuladas as condições do acordo, a lei estabelece a necessidade de homologação judicial do ANPP. Cabe ao magistrado não apenas verificar a voluntariedade do acordo, como também as condições ajustadas na proposta e sua adequação. Estas não podem ser insuficientes, tampouco abusivas. Isso não significa que a jurisdição pode imiscuir-se nos termos do acordo, porquanto cuida-se de um negócio jurídico processual firmado entre as partes. Contudo, à vista

**NÃO HÁ QUALQUER
DISCRICIONARIEDADE
AMPLA NA ATUAÇÃO
DO MINISTÉRIO
PÚBLICO, TRATANDO-
SE A OFERTA DE
PROPOSTA DE ANPP
DE UM PODER-DEVER,
PROPORCIONAL E
COMPATÍVEL COM A
INFRAÇÃO IMPUTADA.**

da necessidade de homologação judicial, o magistrado deve analisar os termos tratados, a fim de examinar se houve o cumprimento do requisito da legalidade.

E se o juízo controla a legalidade na fase de celebração do ANPP, também deve controlar a legalidade na fase anterior, de formação da proposta. Assim, tratando-se a proposta do ANPP de poder-dever do Ministério Público, desde que preenchidos os requisitos legais para tanto, o motivo para eventual não oferecimento de acordo deve ser apresentado ao imputado e ao juízo. Nessa hipótese, o §14 do art. 28-A faculta ao imputado a possibilidade de remessa dos autos à instância revisional do Ministério Público, na forma do art. 28 do CPP.

Em relação ao procedimento de revisão ante a recusa por parte do Ministério Público em propor o ANPP, há um problema de sucessão de leis no tempo. O dispositivo que instituiu o ANPP dispõe que “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 a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”. No regime originário do CPP, ao aplicar o art. 28, os autos eram remetidos pelo juízo ao Procurador-Geral ou, no caso de crime de competência da Justiça Federal, às Câmaras de Coordenação e Revisão. O novo art. 28 do CPP, com redação dada pela Lei 13.964/2019, afasta a intervenção judicial nesse ponto, de modo que a submissão à instância de revisão ministerial fica condicionada ao pedido do interessado. Ocorre que, por ter sido suspensa a eficácia do art. 28 por decisão em Medida Cautelar na ADI 6.298 pelo STF, resta a dúvida se a remissão contida no § 14 do art. 28-A remete ao texto com eficácia suspensa ou à redação anterior (atualmente vigente) do art. 28 do CPP.

A questão apresenta efeitos práticos significativos, posto que a antiga e nova redação do art. 28 estabelecem dois modelos muito distintos de atuação: uma, voluntária, promovida pela parte interessada na revisão da atuação do agente ministerial; outra, de ofício, realizada pelo juízo no controle da legalidade dos atos realizados pelo membro do Ministério Público.

A despeito do novo sistema instituído no art. 28 pela Lei 13.964/2019 (com a eficácia suspensa), entende-se que o controle de legalidade da atuação ministerial permanece sendo um dever do juízo, cujo

cumprimento não depende de provocação por parte do interessado. Nos termos do inciso I do art. 35 da LOMAN, é dever dos magistrados “cumprir e fazer cumprir, com independência, serenidade e exatidão, as disposições legais e os atos de ofício”.

Não há qualquer violação do princípio dispositivo — preceito reitor de um sistema processual acusatório — na atuação de ofício pelo magistrado a fim de assegurar o cumprimento da lei no processo. No caso do ANPP, este dever se traduz no exame quanto ao cumprimento por parte do Ministério Público do *poder-dever* que lhe é atribuído de iniciar as tratativas do acordo, quando presentes os requisitos legais.

Em termos procedimentais, uma vez verificado o cabimento de ANPP e não oferecida proposta pelo Ministério Público, caberá ao juízo intimar a acusação para que proponha o acordo ou decline os motivos pelos quais entende incabível a sua oferta. Outrossim, em homenagem à garantia do contraditório, deve-se buscar ouvir também o imputado. Caso o Ministério Público, intimado, deixe de apresentar justificativa ou a apresente de modo deficiente, ao juízo incumbe submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

Frise-se que o papel do magistrado se restringe exclusivamente a um controle da legalidade da atuação ministerial. Tratando-se o ANPP de um negócio jurídico processual entre partes, sob hipótese alguma o magistrado poderá — ele mesmo — estipular condições e/ou benefícios ao imputado, ou mesmo adequar alguma cláusula ajustada entre as partes.

O controle judicial de legalidade não retira a natureza negocial do instituto ou o protagonismo de qualquer uma das partes na negociação. Ao contrário, reforça a concepção de que na justiça penal negocial a atuação do Ministério Público não se dá como autoridade — que simplesmente outorga um benefício ao imputado quando cabível —, mas como uma parte ao lado da defesa. Assim, espera-se promover uma participação maior do imputado na negociação das condições a serem ajustadas e, ao mesmo tempo, imprimir certa racionalidade na celebração dos acordos de não persecução penal.

O CONTROLE JUDICIAL DE LEGALIDADE NÃO RETIRA A NATUREZA NEGOCIAL DO INSTITUTO OU O PROTAGONISMO DE QUALQUER UMA DAS PARTES NA NEGOCIAÇÃO.

Notas

- ¹ O entendimento jurisprudencial predominante é de que constitui *poder-dever* do Ministério Público oferecer proposta de suspensão condicional do processo quando preenchidos os requisitos legais pelo acusado.
- ² Veja-se, por exemplo, a Exposição de Motivos 14/2019-MJSP, que deu origem ao “Pacote Anticrime”, resultando na Lei 13.984/2019. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088. Acesso em: 11 mar. 2021.
- ³ Segundo Jorge de Figueiredo Dias: “O MP está obrigado a proceder e dar acusação por todas as infrações de cujos pressupostos — factuais e jurídicos, substantivos e

processuais — tenha tido conhecimento e tenha logrado recolher, na instrução, indícios suficientes. Não há, pois, lugar para qualquer juízo de «oportunidade» sobre a promoção e prossecução do processo penal, antes esta se apresenta como um *dever* para o MP [...] A actividade do MP desenvolve-se, em suma, sob o signo da estrita *vinculação à lei* (dá a falar-se em princípio da *legalidade*) e não segundo considerações de *oportunidade* de qualquer ordem, v.g. política (*raison d’État*) ou financeira (custas)” (1974, p. 126-127).

- ⁴ A possibilidade de oferta de acordos de não persecução penal pelo Ministério Público e/ou pelo querelante em crimes de ação penal de iniciativa privada não será analisada nesta oportunidade, sendo objeto de reflexão futura dos autores.

Referências

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. EM n.º 00014/2019 MJSP, de 31 jan. 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_

[mostrarintegra?codteor=1712088](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088)>. Acesso em 11 mar. 2021.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974.

Recebido em: 30/04/2021 - Aprovado em: 28/05/2021 - Versão final: 14/06/2021