

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

Submitting the equality to the test: the ambivalent nature of non-prosecution agreement and the ideological discourse of power parity in the criminal procedure

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Professor de Direito Processual Penal na Graduação e no Programa de Mestrado Profissional em Direito e Acesso à Justiça da mesma Instituição. Professor Titular do Programa de Pós-Graduação em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc), Coordenador do “Cautio Criminalis” - Grupo de Estudos em Realidade do Sistema Penal Brasileiro (UFSC) e Vice Coordenador do Grupo “Proteção das liberdades na sociedade do controle” (Unoesc). Advogado em Florianópolis.

LUÍSA TRAMARIN HOFFMANN

Bacharelada em Direito, no Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina.

Resumo: O artigo analisa opiniões teóricas e jurisprudências sobre a natureza do acordo de não persecução penal, inserido no art. 28-A, do CPP, pela Lei nº 13.964 de 2019. O problema de pesquisa questiona se o instrumento poderia ser considerado um direito subjetivo dos acusados ou uma atribuição administrativa do Ministério Público e considera os efeitos dos instrumentos administrativamente negociados de solução de demandas penais sobre a coerência do sistema e a paridade de armas no processo penal. Opta por uma metodologia dialética, apresentando as tensões discursivas em torno do problema e por uma abordagem estruturalista, centrada na funcionalidade real do dispositivo no interior do sistema. O referencial teórico da análise é a criminologia crítica.

Palavras-Chave: Processo Penal Negocial; Acordo de Não Persecução Penal; Administrativização do Sistema de Justiça Criminal; Isonomia; Paridade de Armas.

Abstract: The article analyzes theoretical opinions and jurisprudence on the nature of the brazilian non-criminal prosecution agreement. The research problem questions whether the instrument could be considered a accused's subjective right or Public Ministry's attribution and considers the effects of administratively negotiated instruments to solve criminal demands on the coherence of the system and the parity of weapons in criminal proceedings. It opts for a dialectical methodology, presenting the discursive tensions around the problem and for a structuralist approach, centered on the actual functionality of the device within the system. The theoretical framework is critical criminology.

Keywords: Business Criminal Procedure; Non-Criminal Persecution Agreement; Criminal Justice System's administrativeization; Isonomy; Weapons Parity.

1. INTRODUÇÃO

Não são poucas as controvérsias acerca do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) - instituto inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro - gerando debates e divergências de opiniões entre especialistas e operadores do Direito Processual Penal. Dentro dessa gama de discussões dispostas pelo novo mecanismo negocial, regulamentado pela Lei 13.964/2019 ("Pacote Anticrime"), o presente artigo se concentrará sobre o debate acerca da natureza jurídica do acordo de não persecução penal como direito público subjetivo da parte acusada ou instrumento discricionário à disposição do titular da ação penal pública.

Para o cumprimento desse objetivo utilizou-se uma *metodologia dialética*, consistente a) no levantamento primário dos aspectos fenomênicos do problema; b) na análise das contradições discursivas em torno da aplicação judicial do instituto; c) na elaboração de uma síntese conceitual para o problema proposto, além de um *approach estruturalista*, consistente na busca das estruturas que condicionam a aplicação do dispositivo, evitando interpretações que atribuam preferências pessoais do pesquisador ao objeto analisado. O procedimento de levantamento dos dados consistiu em revisão bibliográfica e jurisprudencial, analisando posições de teóricos do Direito Processual Penal em contraste com a aplicação jurisprudencial do instituto. O referencial teórico, embora não exclusivo, se inspirou em conceitos advindos da criminologia crítica, principalmente nas teorias da rotulação.

O escrito está dividido em três itens. O primeiro será destinado à compreensão do paradigma da "justiça consensual" inserido no Brasil e do inevitável embate entre este modelo e o princípio clássico da obrigatoriedade da ação penal. Após, no segundo item, visando aprofundar o estudo do acordo de não persecução penal, averiguar-se-ão brevemente alguns aspectos legais e teóricos, incluindo histórico, conceito, formas de aplicação comparativas com institutos negociais análogos, além de outras questões decorrentes da implementação ainda recente do ANPP no Brasil. Finalmente, no terceiro e último item, buscar-se-á problematizar as possíveis posturas diante da natureza jurídica do ANPP, buscando identificar argumentos

favoráveis e desfavoráveis para cada posicionamento, organizando-os de forma dinâmica a fim de proporcionar uma análise crítica e não ingênua acerca do problema proposto.

2. A ADOÇÃO DE INSTRUMENTOS NEGOCIAIS NO ÂMBITO DO PROCESSO PENAL BRASILEIRO E A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O sistema de justiça criminal brasileiro é historicamente marcado por um paradigma retributivista que opera no interior das instituições componentes do sistema penal, com ampla legitimidade conferida pelo senso comum popular e midiático. A ocorrência de um fato delituoso é associada automaticamente a uma pena prisional (Pires, 2004), dentro da tradicional concepção de justiça retributiva de vingar o mal concreto do crime com o mal concreto da pena, desconsiderando outras possibilidades de resolução de conflitos¹.

Enraizada no imaginário social, tal concepção não apenas parece fragilizar o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, como parece potencializá-lo como ilusória solução de problemas sociais. Além disso, o direito penal acaba por assumir uma função de instrumento político de segurança diante do aumento progressivo da criminalidade e da propagação de discursos de emergência que alarmam a população (Bechara 2008, p. 413), num círculo vicioso de reivindicação por mais intervenção estatal pela via penal, subestimando os potenciais transformadores do Estado de bem-estar social. Com isso, tem-se um movimento de expansão do direito penal, da “tutela” de bens jurídicos pela via da criminalização primário, o que gera falsa sensação de tranquilidade social.

Essa tendência punitivista sobrecarrega o sistema de justiça criminal, acarretando: a) a paradoxal impunidade daqueles que não são “selecionados”, pelo sistema penal como criminosos, tanto no âmbito da criminalização primária quanto secundária, uma vez que as próprias instituições penais não são capazes de suportar as demandas projetadas pela sua programação primária (Baratta, 2006, p. 182); b) a superlotação das prisões, caracterizada pelas

¹ Não debateremos no âmbito deste artigo algumas propostas que vem surgindo ainda de forma tímida no interior do Judiciário brasileiro a respeito da implementação de instrumentos restaurativos localizados que ainda parecem se encontrar muito distantes de realizar modificações de longo alcance na matriz retributivista dominante no sistema penal.

mais diversas violações aos direitos humanos; c) a tão criticada morosidade do poder judiciário, visto neste aspecto como pouco eficiente pela população.

Neste sentido, destaque-se uma pesquisa divulgada no Rio de Janeiro pela Fundação Getúlio Vargas (FGV), que entrevistou mais de 2,5 mil pessoas acerca de suas percepções sobre o Poder Judiciário, revelando que 64% dos entrevistados consideram a lentidão e a burocracia como os principais fatores que desmotivam as pessoas a procurarem resolver problemas por intermédio do Judiciário. Além disso, 28% consideram que a desmotivação também se justifica porque as decisões judiciais apenas favoreceriam os mais abastados em termos financeiros e de poder, evidenciando, mais uma vez, a seletividade do sistema penal (FGV, 2019).

Diante de um conjunto de problemas que parecem advir da própria lógica do modelo, muitos legisladores e operadores do direito têm concentrado esforços em elaborar formas de garantir segurança jurídica, celeridade e eficiência ao sistema penal por meio da adoção de institutos pretensamente despenalizadores. Assim, em contraposição ao modelo de justiça retributiva, esse conjunto de teóricos e práticos proporia o modelo de justiça “consensual”, o qual objetivaria reforçar o caráter subsidiário da pena de prisão e apresentar meios alternativos e céleres para resolução de conflitos, com vistas ao princípio da economia processual e da oportunidade regrada.

Com isso, pensam eles, seriam promovidas significativas mudanças no próprio processo penal, investindo-o em ritos especializados e em saídas alternativas à persecução (Leite, 2009, p. 12-13). No entanto, o que parece ocorrer é o desencadeamento de um movimento de *administrativização* do direito processual penal (Vasconcellos, 2020, p. 262), com relativização do devido processo legal como meio para obtenção de uma decisão, com seus consectários lógicos, e uma nova re-valorização as instâncias e procedimentos administrativos na obtenção da “solução”, por meios negociados, inclusive o inquérito policial, importante como instrumento da barganha por parte do órgão da acusação para obtenção da solução abreviada.

Dentre os institutos que excepcionariam o princípio da obrigatoriedade, por eles proposto, citam-se o termo de ajustamento de conduta, o acordo de leniência e o parcelamento de débito tributário (Lima, 2020, p. 323-326), bem como a transação penal (acordo pré-processual no qual o acusado aceita cumprir antecipadamente uma pena restritiva de direitos ou multa, arquivando-se o processo) e a suspensão condicional do processo, por dois a quatro anos, cumpridos os requisitos legais e condições estabelecidas judicialmente, possibilitando a

extinção da punibilidade do agente após seu cumprimento, estabelecidos pela Lei 9.099/95, a qual possui papel de destaque nessas transformações do processo penal.

Importa reiterar que as propostas de adoção de instrumentos de solução negocial no âmbito do processo penal seriam, para seus defensores, calcadas no garantismo e no minimalismo penais, preocupando-se com a tutela dos direitos individuais em face do poder estatal e de eventuais abusos dos órgãos do Estado, como a ampla defesa e o contraditório. Nesse sentido, a justiça criminal “negociada” encontraria amparo no princípio da intervenção mínima e, sob a ótica estrita do direito processual penal, nos princípios da celeridade e economia processuais (previstos expressamente pelo Art. 62 da Lei 9.099/95), na medida em que seria capaz de oferecer soluções não-penalizadoras e menos estereotipantes para delitos considerados leves ou médios, evitando o dispendioso e burocrático processo judicial.

No entanto, essa mesma justiça “negociada”, ao passo em que busca sua legitimidade por meio dos supracitados princípios jurídicos, em contrapartida, encontra-se limitada por outros. Não se descarta o outro lado da moeda, pelo qual as tentativas nesse sentido revivem crimes considerados leves pela conjuntura social atual e que poderiam ser simplesmente revogados do Código e das leis especiais ou transformados em meros ilícitos civis ou administrativos, sancionados por outras esferas, o que teria o condão de conferir sobrevida à punição pela via criminal.

Não se olvida que a ideia da conciliação é considerada, na teoria contemporânea como a forma mais célere e eficaz de resolver conflitos. Certamente, no âmbito do direito civil, o estímulo à solução consensual é de elevada importância, havendo interesse de que os conflitos privados não sejam judicializados. No entanto, na órbita criminal, faz-se necessária a expressa previsão legal para que seja possível recorrer a meios consensuais diante de toda uma estrutura construída sobre as bases do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública que norteia o direito processual penal brasileiro (Nucci, 2019, p. 57-58).

O princípio da obrigatoriedade diz respeito ao dever do órgão acusatório de propor a ação penal “desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico, ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para a sua propositura” Greco (2017, p. 896).

Assim, conforme Lima (2020, p. 234), o princípio da legalidade processual determina que os órgãos persecutórios criminais não deveriam seguir parâmetros políticos ou de utilidade social para decidir se e quando atuariam ou não deveriam agir estritamente conforme dever

legal - evitando-se, com isso, possíveis arbitrariedades. Disso, decorreria o mencionado princípio da indisponibilidade da ação penal, significando que, uma vez ajuizada a ação, não poderia dela desistir o órgão ministerial (Nucci, 2019, p. 111).

Com a adoção crescente de instrumentos “negociados” no processo penal, esses princípios vêm sendo paulatinamente questionados e mitigados pelas iniciativas e modificações legislativas ligadas à chamada justiça “consensual”, mirando flexibilizar o processo penal a fim de conferir sobrevida pela via administrativa a infrações de baixo ou médio potencial ofensivo, que poderiam entrar no debate político da descriminalização.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ASPECTOS LEGAIS E TEÓRICOS

A partir do contexto traçado no item anterior é que surge o acordo de não persecução penal, objeto de estudo da presente pesquisa, o qual, tal como os negócios processuais instituídos pela Lei 9.099/95, também funciona como uma espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública pela via da administrativização da solução de demandas.

Segundo Lima (2020, p. 275), a implementação do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro se justificaria: a) pela necessidade da adoção de soluções alternativas no processo penal que pudessem proporcionar celeridade na resolução de casos menos graves; b) a priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos considerados mais graves; c) a minoração dos efeitos estereotipantes de um processo judicial, reduzindo os efeitos sociais negativos da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais.

O acordo de não persecução penal chega a ser definido por Cabral (2018, p. 36) como um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que adotou uma política criminal inicialmente abraçada pelo órgão que no Brasil titulariza a ação penal pública, vez que instituído, inicialmente, pelo artigo 18 da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Na forma em que foi concebido pelo CNMP, o acordo gerou dissensos entre juristas e teóricos quanto à sua constitucionalidade. Conforme recorda Araújo (2018, p. 11), foi,

inclusive, objeto de ações diretas de inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal (ADI 5790 e ADI 5793), fundamentadas, principalmente, no argumento da falta de competência legislativa de um conselho administrativo para editar uma norma desse teor, tratando-se de matéria processual penal e, portanto, de competência privativa da União, conforme expressamente previsto no artigo 22, I, da Constituição Federal de 1988.

A Lei 13.964/2019 trouxe, então, uma nova regulamentação do acordo, resolvendo a questão de uma possível incompetência legislativa e objetivando sanar as lacunas legais deixadas pela resolução supramencionada. Na sistemática introduzida pelo Pacote Anticrime, o ANPP passou a vigorar com nova redação, no Art. 28-A do CPP, cujo *caput* estabelece um rol exemplificativo de condições a serem cumpridas pelo acusado, acordadas entre este e o MP: possibilidade de reparação do dano, a renúncia voluntária de bens ou direitos provenientes do crime, a prestação de serviço à comunidade ou entidades públicas, o pagamento de prestação pecuniária, podendo estas condições ser ajustadas cumulada ou alternativamente, havendo, ainda, a possibilidade de imposição de outras condições indicada pelo Ministério Público, desde que consideradas proporcionais e compatíveis com o delito imputado.

Por imposição legal, deve o ANPP ser necessariamente homologado pelo juízo competente após sua celebração entre o Ministério Público e o acusado, assistido por seu defensor, *desde que confesse formal e circunstancialmente a prática do delito*, exigência de questionável constitucionalidade perante o direito fundamental ao silêncio (o clássico “*nemo tenetur se detegere*”) e cumpra as condições previstas legalmente. Com isso, o Ministério Público se comprometeria a não perseguir judicialmente o caso extraído da investigação penal. Assim, caso o acordo fosse integralmente cumprido sem necessidade de revogação (que ocorreria quando houvesse eventual descumprimento das condições pré-estabelecidas), extinguir-se-ia a punibilidade do agente (Lima, 2018, p. 196).

É perceptível que, enquanto ferramenta “negociada”² que se pautaria no princípio da economia processual e da oportunidade regrada, o ANPP encontraria inegável inspiração norteamericana denominado “*Plea Bargain Agreement*”, uma negociação realizada entre promotor e réu, em que “este confessa voluntariamente a prática de uma infração penal (*guilty plea*) ou deixa de contestá-la (*plea of nolo contendere*), em troca de um benefício oferecido

² O adjetivo “negociada” foi colocado aqui, entre parênteses, para ressaltar o aspecto irônico dessa utilização, na medida em que os chamados “negócios” na seara penal se aproximariam muito mais de formas contratuais baseadas na mera adesão que em uma barganha negocial propriamente dita.

pelo promotor” (Alves, 2018, p. 203). Trata-se de influência do modelo americano (*common law*) de justiça “negociada” no sistema brasileiro, embora este seja regido pelo sistema *civil law* (Viana, 2019, 361-362).

Ressaltam-se, todavia, diferenças entre o *plea bargain agreement* e o ANPP, haja vista que no mecanismo estadunidense há efetivamente a aplicação de uma sanção penal. No acordo de não persecução penal, por sua vez, ocorrendo o seu descumprimento, far-se-ia necessário o oferecimento da denúncia, com instrução processual para aplicação de pena. No *plea bargain* não seria necessária instrução, mas simples execução de uma pena que teria sido objeto da negociação entre o acusado e o órgão equivalente ao Ministério Público (Cabral, 2018, p. 32).

Ademais, Viana (2019, p. 362-363) menciona que os mencionados institutos da suspensão condicional do processo e da transação penal, trazidos pela Lei dos Juizados Especiais, refletiriam com maior fidelidade o modelo *nolo contendere* de justiça “negociada” do que o ANPP, uma vez que, no âmbito da referida lei, o reconhecimento da culpa não seria requisito obrigatório para fins de celebração do acordo, bem como não haveria imposição de pena por parte do magistrado.

Nessa comparativa, destaca-se, ainda, que o acordo constitui instrumento utilizado no caso de infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos - assim, abrangendo uma gama mais ampla de delitos do que a transação penal e a suspensão condicional do processo, que são aplicáveis somente no caso de crimes de menor potencial ofensivo e contravenções penais, dentro de seus respectivos requisitos definidos pela Lei 9.099/95. Nesse sentido, pode-se afirmar que, com o advento do ANPP no Brasil, se definiram três faixas de criminalidade em nosso ordenamento jurídico, com diferentes soluções, conforme o quantum da pena privativa de liberdade cominada:

Gravidade da Infração	Previsão legal	Configuração	Obstáculos para o exercício da ação penal
Menor potencial ofensivo	Art. 61, da Lei 9.099/95	Contravenções penais + Crimes com pena máxima (teto) não superior a 2 anos, cumulada ou não com multa.	➤ Transação penal (art. 76) ➤ Suspensão condicional do processo quando a pena mínima for igual ou inferior a um ano (art. 89)

Médio potencial ofensivo	CPP, art. 28-A	Crime sem violência ou grave ameaça e com pena mínima (piso) inferior a 4 (quatro) anos.	➤ Suspensão condicional do processo quando a pena mínima for igual ou inferior a um ano (art. 89) ➤ Acordo de não persecução penal
Alto potencial ofensivo ou frustração das medidas anteriores	CPP	Demais crimes	➤ Denúncia

Fonte: elaborada pelo autor.

Apesar disso, pode-se dizer que o acordo de não persecução penal comunga de uma política comum com a transação penal e o *sursis* processual, haja vista que todos eles possuiriam como objetivo declarado a despenalização de condutas de baixo ou médio grau de ofensividade social, mas como funções latentes as suas revivescências por intermédio de instrumentos “negociados” de acerto da conduta em processo penal. Dentre suas diversas semelhanças, destaca-se a não-reflexividade do acordo na culpabilidade do investigado, a teor do art. 28-A, §12, do CPP, o qual preceitua que o ANPP não constará na certidão de antecedentes criminais - tal como ocorre nos institutos da Lei dos Juizados Especiais -, exceto para o fim de impedir a celebração de novo acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

Oportuno mencionar o quanto o acordo de não persecução penal se “comunica” sistematicamente com a transação penal e com o *sursis* processual em nosso ordenamento jurídico, na medida em que aquele não se aplica se for cabível transação penal (art. 28, § 2º, inc. I do CPP), e que o descumprimento do ANPP pelo investigado poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento da suspensão condicional do processo, (art. 28-A, § 11 do CPP).

Além disso, também não seria aplicável: a) se o investigado tiver sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em qualquer um dos três institutos; b) quando as circunstâncias pessoais do imputado não recomendarem, por ser ele reincidente ou existirem elementos probatórios suficientes de que se trata de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto quando as infrações penais anteriores forem insignificantes; c)

quando se tratar de crime de violência doméstica ou familiar (Lei n. 11.340/2006) ou praticado contra mulher em razão da condição de sexo feminino (Lopes Jr, 2020, p. 317).

4. A DISCUSSÃO QUANTO À NATUREZA JURÍDICA DO ANPP E REFLEXÕES CORRELATAS

4.1. ELUCIDAÇÃO PRÉVIA DE CONCEITOS ELEMENTARES À DISCUSSÃO

Partindo, inicialmente, da definição de direito subjetivo, assinala Barroso (2009, p. 223) que a ele corresponde sempre um dever jurídico por parte de outrem e, violado tal dever, nasce para o titular do direito uma pretensão, podendo ele, então, servir-se dos mecanismos coercitivos e sancionatórios estatais, especialmente por via de ação judicial.

Por conseguinte, conforme explica González (2011, p. 20-21), haverá direito subjetivo público quando o particular for o titular de um direito subjetivo em face de pessoa jurídica de direito público. Tal espécie de direito serve à proteção de interesses individuais, na medida em que estes coincidem com o interesse público - daí decorre sua importância quanto à efetivação dos direitos fundamentais, principalmente de cunho social, por parte do Estado que figura como sujeito passivo da obrigação (Alvarez, 2013).

Ora, a partir da visão teórica dominante de que o acordo de não persecução penal teria sua natureza definida por uma política criminal de cunho “garantista e despenalizante”; e, ademais, de que os instrumentos “negociais” adotados pelo processo penal brasileiro viriam ao encontro de uma maior “democratização” da relação jurídico-processual, pareceria contraditória a subtração judicial de uma natureza de direito público subjetivo do acusado, podendo o mesmo até mesmo pleiteá-lo em face do Estado-Juiz, caso não lhe fosse oportunizada pelo Ministério Público no momento oportuno.

Em sentido oposto, prevalecendo o entendimento de que o ANPP seria medida sujeita à discricionariedade do Ministério Público, representaria, portanto, um poder-dever do órgão persecutório, que teria liberdade para optar pela propositura ou não do acordo, a depender do caso concreto, mesmo que cumpridos todos os requisitos legais para sua aplicação, sem que o acusado pudesse pleitear tal direito judicialmente em caso de recusa, o que vem parecendo

prevalecer no entendimento jurisprudencial. Nesse caso, a propositura do acordo de não persecução penal consistiria num poder discricionário do MP, sendo a discricionariedade definida por Mello (2015, p. 424) como

(...) a margem de liberdade conferida pela lei ao administrador a fim de que este cumpra o dever de integrar com sua vontade ou juízo a norma jurídica, diante do caso concreto, segundo critérios subjetivos próprios, a fim de dar satisfação aos objetivos consagrados no sistema legal.

Trata-se de conceito inverso ao do poder vinculativo, na medida em que, diante da “prévia e objetiva tipificação legal do único possível comportamento da Administração em face de situação igualmente prevista em termos de objetividade absoluta”, não haveria qualquer apreciação subjetiva no momento de determinação ou expedição do ato (Mello, 2015, p. 396). Esse paradoxo evidencia a força de uma tensão: ou os instrumentos de justiça “negociada” pertencem ao campo do garantismo e da democratização das relações jurídico-processuais e são construídos legislativamente como direitos públicos subjetivos reclamáveis pelos seus interessados ou bem poderiam ser concebidos na lei como instrumentos unilaterais à disposição dos órgãos de persecução penal, mais uma vez, como sói acontecer no processo penal, pendendo a balança no sentido contrário da isonomia processual.

4.2. BREVE PANORAMA JURISPRUDENCIAL DA MATÉRIA

Em diversos tribunais brasileiros, há divergências quanto à natureza jurídica do ANPP, com julgados de uma mesma corte sendo favoráveis ou contrários ao entendimento de constituir o instituto um direito público subjetivo do acusado. A título de exemplo, colhe-se uma amostragem da jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, onde a sua 2ª Câmara Criminal se pronunciou pelo entendimento de constituir o acordo um direito subjetivo do acusado (grifos nossos):

APELAÇÃO CRIME. DISPARO DE ARMA DE FOGO. ARTIGO 15, CAPUT, DA LEI 10.826/2003. CONDENAÇÃO. RECURSO DO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO. PREJUDICADO. AUSÊNCIA DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO APELADO. NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA NÃO APLICAÇÃO DO NOVEL ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RETROATIVIDADE. ART. 5º, XL, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. APLICABILIDADE. **DIREITO SUBJETIVO DO RÉU.** PREJUÍZO EVIDENCIADO. NULIDADE DECLARADA. REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PRIMEIRO GRAU PARA APLICABILIDADE DO ART. 28-A, DO CPP, CABENDO AFERIR A PRESENÇA

DOS REQUISITOS PREVISTOS NA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL PENAL PARA PROPOSITURA DO ACORDO. RECURSO PREJUDICADO. I - O acordo de não persecução penal foi trazido pela Lei Anticrime junto ao artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao permitir que o investigado que tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal, sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 04 (quatro) anos, firme acordo que redunde na não instauração de processo penal em seu desfavor. II - No caso em análise, a propositura do acordo de não persecução penal em nenhum momento foi oferecida ao acusado, mesmo após a entrada em vigor do novel diploma legal. III – **Contudo, entende-se que o benefício despenalizador é um direito subjetivo do acusado**, e nessas condições, a lei processual penal deve retroagir em seu benefício, nos termos do artigo 5º, LX, da Constituição da República, principalmente considerando-se que houve tempestiva manifestação pela defesa requerendo o benefício na primeira oportunidade que falou nos autos, não estando assim acobertado pela preclusão processual. IV – Nessas condições é que a formulação do acordo de não persecução penal deve ser proposta em caso de presença de seus requisitos legais, aferidos em audiência específica a tal fim. Portanto, deve os autos retornar à origem para que o órgão ministerial possa aferir a existência ou não dos requisitos previstos na legislação processual penal para propositura do acordo de Não persecução Penal no presente caso. (TJPR - 2ª C.Criminal - 0001196-42.2016.8.16.0060 - Cantagalo - Rel.: Desembargador Luís Carlos Xavier - Rel.Desig. p/ o Acórdão: Desembargador Laertes Ferreira Gomes - J. 17.07.2020)

Em contrapartida, foi encontrado acórdão proferido pela mesma 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça paranaense um julgado comungando de entendimento diametralmente oposto, como, por exemplo (grifos nossos):

HABEAS CORPUS CRIME - POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO (ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/03) - INSURGÊNCIA EM FACE DE ATO DO SUBPROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA QUE EM SEDE DE REVISÃO FORMULADA COM BASE NO §14, DO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PRONUNCIOU PELO NÃO CABIMENTO DE **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL** - INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE - **PRERROGATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM OFERECER ACORDO - IMPOSSIBILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO OBRIGAR O PARQUET CELEBRAR ACORDO** - CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO - ORDEM DENEGADA (TJPR - 2ª C.Criminal - 0031985-68.2020.8.16.0000 - Londrina - Rel.: null - J. 20.08.2020)

No entanto, a maioria dos tribunais brasileiros vem se orientando no sentido de entender o acordo de não persecução penal como um poder discricionário do Ministério Público, na linha de uma maior administrativização da solução da demanda. Nesse sentido, acórdão proferido pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

HABEAS CORPUS – Recusa do Ministério Público de formular proposta de "acordo de não persecução penal" (art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, que "aperfeiçoa a legislação penal e processual penal") a réu incurso nas penas do art. 180 do CP – Autos remetidos à Procuradoria Geral de Justiça

a pedido da Defensoria Pública, para revisão da recusa ministerial (art. 28-A, § 14 do CPP) – Manutenção do ato pelo Procurador Geral da Justiça – Insatisfação pela Defesa – Impetração do Habeas Corpus objetivando seja concedida a ordem "para determinar a oferta do acordo de não persecução penal ou, não sendo assim, a abertura de vista ao MPESP para se manifestar sobre o cabimento do acordo...", desconsiderando a argumentação inidônea anteriormente esposta" – Descabimento – **Acordo de não persecução penal que não constitui direito subjetivo do réu, mas faculdade e prerrogativa institucional do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe a sua análise e proposta, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, preenchidos os requisitos legais (arts. 28 e 28-A do CPP) – Jurisprudência da Corte Suprema e deste Tribunal** – Paciente denunciado que não preenche os requisitos da norma de regência – Ausência de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII, CF) ou mesmo de constrangimento ilegal – Ordem denegada. (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2098427-03.2020.8.26.0000; Relator (a): João Carlos Saletti; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro Central Criminal Barra Funda - 11ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 29/07/2020; Data de Registro: 30/07/2020)

Desde que o acordo foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro, tais discordâncias já vinham ocorrendo. No entanto, vários ministros do Supremo Tribunal Federal, em julgados recentes, vêm considerando, até agora sem discordâncias internas, de que o ANPP constitui um poder discricionário atribuído ao Ministério Público. Nesse sentido, o Ministro Roberto Barroso:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO. CONDENAÇÃO CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU. INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do **Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição.** 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 195327 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021)

Acórdão idêntico foi confeccionado pelo Ministro Alexandre de Moraes, nos autos de Habeas Corpus 199.892, julgado em 17/05/2021 e publicado no DJU em 26/05/2021. Ressalte-se, inclusive, que os dois ministros mencionados pertenciam, ao tempo da prolação dos respectivos acórdãos, à 1ª Turma do Tribunal. Na 2ª Turma do STF, encontramos acórdão da lavra do Ministro Ricardo Lewandowski, no seguinte teor:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. IMPOSSIBILIDADE. VEDAÇÃO DO ART. 131, § 2º, DO REGIMENTO INTERNO DO STF. ATUAÇÃO SINGULAR DO RELATOR. POSSIBILIDADE. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. REQUISITOS TEMPORAL NÃO PREENCHIDO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES (ART. 69 DO CP). PENAS MÍNIMAS SOMADAS IGUAL A 4 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE LACUNA LEGISLATIVA. QUESTÃO NÃO ANALISADA PELAS INSTÂNCIAS ANTECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – A atual redação do art. 131, § 2º, do Regimento Interno do STF veda a possibilidade de sustentação oral perante o Colegiado nos julgamentos de agravo, embargos declaratórios, arguição de suspeição e medida cautelar. Aliás, o § 2º do art. 21-B do Regimento apenas disciplina o funcionamento da sustentação oral nos casos em que ela for cabível. É o que também consta do art. 5º-A da Resolução 669/2020-STF. Precedentes. II – A competência para decisão monocrática por parte do relator é permitida tanto pelo Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, quanto pelo Código de Processo Civil. Precedentes. III – As condições descritas no art. 28-A do Código de Processo Penal - CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, porém insuficientes para concretizá-lo, pois, mesmo que presentes, poderá o Ministério Público entender que, na hipótese específica, o ANPP não se mostra necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, tal como, aliás, é previsto na parte final do dispositivo. Não se trata, portanto, de um direito subjetivo do acusado. IV – Conforme exposto no acórdão atacado, o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP, que estabelece a “pena mínima inferior a 4 (quatro) anos”. V – A tese de aplicação analógica do art. 44 do CP (substituição de pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos), além de ser imprópria a sua invocação - pois inexistente lacuna legislativa a ser preenchida -, não foi analisada pelo Tribunal de Justiça local, nem pelo STJ, de modo que a sua apreciação por esta Suprema Corte implicaria supressão de instância, com evidente extravasamento dos limites de competência descritos no art. 102 da Constituição Federal. Precedentes. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 201610 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 21/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 24-06-2021 PUBLIC 25-06-2021).

Enfim, nos autos do Habeas Corpus n. 194.677, originário de São Paulo, relatado pelo ministro Gilmar Mendes, ficou estabelecido que:

Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal. 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal.

Malgrado os julgamentos do Supremo Tribunal Federal, acima destacados, ainda não configurem esgotamento do debate naquela instância, apontam para uma forte tendência que poderá se tornar brevemente uniforme. Inclusive, o STJ já se manifestou no mesmo sentido, no Agravo Regimental interposto no Recurso de Habeas Corpus n. 130.587/SP, relatado pelo Ministro Felix Fischer, na Quinta Turma, julgado em 17/11/2020 e publicado no DJe de 23/11/2020. No próximo tópico, se passará à análise dos argumentos teóricos acerca do tema, bem como se procederá a uma comparação com outros institutos semelhantes ao ANPP.

4.3. OBSERVAÇÃO DE INSTITUTOS ANÁLOGOS E ARGUMENTOS DOUTRINÁRIOS

Alguns teóricos do processo penal costumam denominar de “discricionariedade regrada” o modelo processual introduzido pela Lei 9.099/1995, (vide, por exemplo: Pacelli, 2020, 187-190), equiparando o modelo daqueles instrumentais à lógica adotada pelo acordo de não persecução penal. Assim, diante das já mencionadas semelhanças, passa-se a uma breve investigação analógica do tratamento recebido por eles jurisprudencial e doutrinariamente.

Segundo o roteiro para o acordo de não persecução penal elaborado pelo CAOCRIM do MP/SP (2020, p. 13), o ANPP deve ser encarado como poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do acusado, uma vez que, no espaço de discricionariedade regrada (poder-dever) que lhe concede a legislação, o Ministério Público poderia se negar a formular proposta ao investigado, se entender que o acordo não seria “necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime”. O roteiro fundamenta tal escolha com base em interpretação analógica do voto do ex-Ministro do STF, Ayres Britto, em julgado que tratava de suspensão condicional do processo, advertindo que “não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo”, haja vista que, do contrário, “o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o *sursis* processual”, não se podendo falar propriamente em transação quando a uma das partes não é dado o poder de optar ou não por ela (HC 84.342/RJ, 1ª Turma).

Assim, o critério subjetivo estabelecido pelo *caput* do art. 28-A acabaria por constituir um forte argumento levantado pelos defensores da posição contrária à consideração do ANPP como direito subjetivo do acusado, vez que o dispositivo dispõe, de forma clara, que o

Ministério Público *poderá* propor o acordo caso o entenda necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

É o teor, ainda, do Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), o qual preceitua que: “O acordo de não persecução penal é faculdade 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”.

Já no que tange à transação penal, há jurisprudência farta no que diz respeito à sua consideração como um direito subjetivo do acusado, e não um mero instrumento de discricionariedade do Ministério Público. Da análise jurisprudencial, percebe-se ser comum um feito retornar à origem a fim de que seja oportunizada a proposta de transação penal, quando esta não é realizada espontaneamente pelo órgão da acusação. Vejamos um exemplo do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO O CRIME DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO (ART. 28, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). ALEGAÇÃO DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. ATO DE MERCANCIA NÃO VISUALIZADO POR TESTEMUNHAS. RÉU PRESO EM FLAGRANTE PELA APREENSÃO DE PEQUENA QUANTIDADE DE COCAÍNA EM SEU ESTABELECIMENTO COMERCIAL. FUNDADAS DÚVIDAS QUANTO AO ATO DE MERCANCIA PELO ACUSADO. PALAVRA DO POLICIAL QUE MERECE CREDIBILIDADE QUANDO NÃO COMPROVADA A MÁ-FÉ, MAS QUE, NO CASO, NÃO CONDUZIU À CERTEZA QUANTO À PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS INSUFICIENTES A COMPROVAR, COM A CERTEZA NECESSÁRIA, QUE O RÉU REALIZAVA A VENDA DE DROGAS E/OU QUE A DROGA ENCONTRADA NÃO SE DESTINAVA A CONSUMO PRÓPRIO. ACUSADO PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE ATENDIDA. **REFORMA DA SENTENÇA. TRANSAÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE DIANTE DA PENA COMINADA AO CRIME. DIREITO SUBJETIVO DO RÉU. OPORTUNIZAÇÃO AO RÉU, DE OFÍCIO, QUE SE IMPÕE.** CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA PARA ANÁLISE PELO REPRESENTANTE DE PRIMEIRO GRAU DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJSC, Apelação Criminal n. 0006922-27.2014.8.24.0033, de Itajaí, rel. Cinthia Beatriz da Silva Bittencourt Schaefer, Quinta Câmara Criminal, j. 07-06-2018).

Por conseguinte, um argumento favorável à consideração do ANPP como direito subjetivo do acusado se debruçaria, justamente, na ideia de que o instituto, enquanto semelhante à transação penal em termos de objetivos e fundamentos declarados, calcando-se em uma

interpretação analógica e sistemática, ser a ele equiparado para consideração dessa natureza questionada.

Na teoria processual penal, Pacelli (2020, p. 148), por sua vez, entende que, pelo fato de a transação penal impor uma pena restritiva de direitos, preterida negocialmente em lugar do prosseguimento da persecução penal, não seria possível considerá-la um direito subjetivo, pois este não poderia ter por objeto a inflição de um mal, ainda que legitimado no ordenamento jurídico

Em relação à mera possibilidade de tratamento análogo entre o ANPP e os demais institutos despenalizadores, reconhecidos por uma parcela da jurisprudência como direitos subjetivos do acusado, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento desfavorável, afirmando que

(...) não pode prevalecer a interpretação dada a outras benesses legais que, satisfeitas as exigências legais, constitui direito subjetivo do réu, tanto que a redação do art. 28-A do CPP preceitua que o Ministério Público poderá e não deverá propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública, ex vi do art. 129, inc. I, da Carta Magna. (AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 23/11/2020).

Lima (2020, p. 276), na mesma linha, acrescenta outro argumento a tal ponto de vista, ao entender ser um equívoco afirmar que o acordo de não persecução penal se trataria de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que lhe retiraria sua característica mais essencial: o consenso, vez que o negócio deveria resultar do acordo das partes, argumento relativamente inocente na medida em que os instrumentais da chamada “negociação criminal” se aparentam muito mais a contratos unilaterais de adesão que a verdadeiras negociações entre partes pretensamente iguais.

Nesse sentido, Lima aponta que a negativa de celebração do acordo não permitiria que o juiz das garantias o concedesse substitutivamente à atuação ministerial, e nesse aspecto sistemático parece ter razão, sob pena de afronta à estrutura acusatória do processo penal (CPP, art. 3º-A, caput), dimensão que indica não constituir o instituto um direito subjetivo do acusado no processo penal.

A menção, no *caput* do dispositivo legal, menciona um requisito subjetivo de grande relevância e, ao mesmo tempo, vagueza, porquanto preceitua que o acordo poderá ser proposto “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Nesse aspecto, a lei parece querer atribuir inegável discricionariedade ao Ministério Público para que opte pela

propositura ou não do ANPP, consoante uma “política criminal do caso concreto”, e ao que entende por razoável para prevenção da conduta delituosa, o que não deixaria de causar estranheza em termos de separação de poderes e funções, mas que não surpreende em tempos onde a confusão entre o poder de legislar e o dever de executar a norma vem se confundindo em diversas esferas das instituições republicanas

Em contrapartida, o parágrafo 14º, último do art. 28-A, preceitua 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 ao órgão superior. Nesse sentido, reforça-se ainda mais a dúvida quanto à sua natureza jurídica, vez que, embora o dispositivo legal confira ao órgão persecutório uma considerável discricionariedade, também permite que o acusado requirite sua aplicação administrativa, abrindo margem para que a ferramenta “negocial” seja interpretada não como uma mera discricionariedade, mas como um direito a ser exercido perante o próprio Ministério Público, o que pareceria se conformar de forma mais efetiva com um processo de modelo acusatório, estivessem as esferas funcionais do julgamento e da acusação mais bem definidas em nosso ordenamento jurídico, o que ainda não acontece.

Apesar disso, assente nos conceitos apresentados e na leitura sistemática do dispositivo legal, percebe-se que o Ministério Público ostenta certa liberdade negocial unilateral, sendo a ele atribuída expressamente a discricionariedade para optar ou não pela propositura do acordo, embora limitada pelos demais requisitos legais objetivos previstos. No entanto, é necessário averiguar se a possibilidade do acusado, de certa forma, “recorrer administrativamente” sobre a recusa do Ministério Público seria suficiente para caracterizar a existência de um direito subjetivo na esfera administrativa Lima (2020, p. 276) defende, por exemplo, que se trataria de discricionariedade regradada do Ministério Público, não havendo aí uma absoluta liberdade discricionária, diante da redação do art. 28-A e seu §14, do CPP. Referido dispositivo dispõe que, ao imputado, se possibilita a realização de um pedido de revisão, no prazo de 30 dias, para a instância administrativa competente, a qual poderia manter ou designar outro membro do órgão para oferecer o acordo. Tal previsão iria de encontro ao entendimento jurisprudencial firmado pelo STF, na Súmula 696, quanto à transação penal e à suspensão condicional do processo:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do CPP.

Evidentemente, caberia questionar se o enunciado dessa súmula, editada no já longínquo ano de 2003, se manteria válida diante das inovações inseridas pela Lei 13.964/2019, ou se ela se manteria restrita ao tema especial que ela regula, sem que se possam realizar analogias ou extensões a outras situações, embora semelhantes, previstas no ordenamento nacional.

Lopes Jr. (2020, p. 321), em entendimento contraposto, interpreta o ANPP por outra via, considerando-o como um direito público subjetivo do acusado, o que significa que ele possui direito aos benefícios do acordo. Assim, na interpretação do pensador, o imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O jurista faz a ressalva de que “não se trata de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-autor, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório”, mas sim de “reforçar o papel do juiz como garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional”, demonstrando que a confusão realmente existente entre características dos sistemas processuais penais acusatório e inquisitório, ainda prevalecente em nosso ordenamento, acaba por permitir uma variedade de interpretações entrópicas³ aumentando ou diminuindo os poderes do juiz criminal conforme eles beneficiem uma ou outro sujeito processual, o que é indesejável em termos de segurança interpretativa.

Todavia, a maior parte dos teóricos do processo penal considera que a possibilidade de o investigado ou acusado requerer a remessa à instância competente do órgão ministerial, em caso de não propositura do acordo, não é suficiente para caracterizar a natureza de direito subjetivo. Isso porque, como visto, esta se configuraria pela possibilidade de pleitear judicialmente a tutela do direito eventualmente violado, hipótese que não estaria expressamente prevista no ordenamento jurídico.

Para além de tal análise processual, seria necessário, ainda, observar a situação material, à vista dos princípios que parte dos teóricos utilizam para caracterizar o instituto analisado neste escrito. Como já mencionado, se o instituto estaria gravado por uma natureza garantista, seria certo que a proposição ou não do acordo não deveria ser atribuída, por lei, à discricionariedade do órgão de acusação. Nessa perspectiva, não haveria razão para que não fosse oportunizada a realização do acordo a um acusado “A” que tivesse cumprido todos os pré-requisitos para a

³ Por interpretação entrópica queremos nos referir a formas de interpretação interessadas na divergência de posições conforme a interesses. Estaria em oposição a uma interpretação sintrópica, interessada na verificação da estrutura realmente existente, independente de interesses, preferências ou pré-compreensões do observador.

aplicação do ANPP, enquanto um outro acusado “B” pudesse ter esse direito negado por mera vontade, o que estabeleceria um evidente “decisionismo” administrativo por parte do Ministério Público, considerando que todos os acusados deveriam ter direito às mesmas garantias materiais e processuais, o que não ocorre efetivamente na prática judicial.

De fato, as características legislativas do ANPP e a forma como foi implementado no processo penal brasileiro o aproximam muito mais de um instrumento adstrito à discricionariedade administrativa do Ministério Público do que de um direito subjetivo, conforme decidido até agora pelo STF. Estaríamos então diante de um paradoxo? De um equívoco de interpretação? Ou de uma contradição que estaria indicando uma lacuna no sistema? Mais especificamente nos discursos que legitimam a adoção de instrumentos “negociais” de acerto de condutas lhes atribuindo sentido garantista?

Creemos que o grande paradoxo que se apresenta nesse debate é a respeito do princípio constitucional da isonomia, em processo penal referido como “paridade de armas” ou “poderes”. O que o entendimento jurisprudencial sobre a natureza do ANPP vem revelando (em nosso ponto de vista, de forma correta) é que instrumentos da eufemisticamente denominada justiça “negociada”, mesmo quando estabeleçam certos benefícios pontuais para os acusados no processo penal, possuem uma natureza unilateral na linha da administrativização da solução das demandas criminais; que essa unilateralidade consolida os seus institutos como instrumentos predispostos ao poder de uso dos órgãos de acusação, ou seja, ao lado do poder punitivo; que essa predisposição indica claramente a impossibilidade da paridade de armas no processo penal e, portanto, da realização do direito fundamental da isonomia; enfim, que essa impossibilidade revela tensões nos discursos que legitimam o direito penal como cumpridor de certas funções positivas no tecido social.

O direito penal contemporâneo busca se legitimar por sua pretensa conformidade constitucional. No entanto, a tensão acima relatada remete às condições de verdade desse discurso, ainda quando travestido de bons motivos, como poderia ser a defesa de bens jurídicos constitucionalmente solicitados, afinal, como já há muito advertia Zaffaroni “o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso, mas atribuir sua permanência à má-fé ou à formação autoritária seria um simplismo” e isso porque, segundo o autor, mesmo aqueles que se colocariam em posições ditas progressistas no interior do debate sobre o sistema penal, reproduziriam o discurso irrealizável das funções positivas da criminalização “uma vez que não dispõem de outra alternativa que não seja esse discurso em sua versão de ‘direito penal de

garantia’ para tentarem a defesa dos que caem nas engrenagens do sistema como processados, criminalizados ou vitimizados” (Zaffaroni, 1998, pp. 13-14).

4.4. UM ADENDO ACERCA DAS INQUIETUDES QUANTO À EXPANSÃO DO NOVO MODELO NEGOCIAL DE JUSTIÇA CRIMINAL

Como visto, a justiça “consensual” representa, para grande parte da doutrina, uma alternativa promissora para aumentar a eficiência do nosso sistema de justiça criminal. E acabou sendo abraçada por parte dos teóricos garantistas brasileiros na medida em que iniciou seu percurso com instrumentos pretensamente favoráveis à situação processual dos acusados. Contudo, também é uma ferramenta que gera apreensão quanto ao caminho que o sistema processual penal brasileiro possa estar tomando, porque abre o flanco para outros instrumentais ainda mais polêmicos, como é o caso das colaborações premiadas, institutos igualmente unilaterais apresentados pelo Ministério Público a acusados que as aceitam para obter benefícios em detrimento de terceiros criminalizados secundariamente sem que pudessem compartilhar das mesmas armas, o que vem gerando evidentes distorções em matéria de isonomia no sistema criminal (Castro, 2018, pp. 171-219).

Com a derrogação iniciada no Brasil dos princípios processuais da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, substituindo-os pela “discrecionabilidade regrada”, se inicia uma transformação da tradicional lógica processual até então vigente. Estaria rumando para uma modificação profunda na maneira de ser do ordenamento penal e na forma de pensar e agir dos operadores do Direito, pressionando para que as atividades persecutórias do Estado e seus órgãos executores se aproximassem de formas mais próximas das atividades do especulador e do jogador do que das antigas formas pautadas no princípio da legalidade positiva (Castro, 2018, p. 209).

O Estado-juiz se afastaria do conflito, exercendo única e exclusiva função ratificadora, enquanto o Ministério Público apresentaria, administrativamente, uma proposta ao acusado, a quem caberia aderir ou não, aplicando imediatamente uma sanção ou não submissão a processo judicial (Duarte e Marques, s/d). Com isso, atribui-se ao Ministério Público uma nova função semelhante à de um “negociante” - o que enseja uma maior capacidade discricionária para ajustar o acordo conforme seus interesses ou, até mesmo, deixar de propô-lo. Assim, a propositura ou não do ANPP fica sujeita à “política criminal do caso concreto” do Ministério

Público, em violação ao princípio da separação de poderes, o que não ocorreria se o acordo fosse admitido como um direito subjetivo do acusado e pudesse ser pleiteado judicialmente.

A título de exemplo dessa utilização da justiça “negociada” por intermédio das colaborações premiadas, regulamentada pela Lei nº 12.850/2013, Castro (2018, p. 195) afirma que as colaborações premiadas, atualmente, funcionam como “um instrumento investigatório colocado à disposição do Ministério Público e da Polícia Judiciária, com finalidades evidentemente inquisitórias”, que desequilibram não somente a paridade de armas no processo penal, mas reforçam os aspectos inquisitórios do nosso ordenamento jurídico, na medida em que supervalorizam o inquérito como instrumento de barganha do Ministério Público ou da Polícia Judiciária para a obtenção da colaboração e minimizam o devido processo legal, este sim prescindido pela negociação para obtenção de uma decisão.

Ora, classicamente, a disposição de instrumentais inquisitórios, como é o caso do próprio inquérito, nas mãos do Estado, é o elemento mais evidente da impossibilidade de realização de igualdade no processo penal. O advento dos instrumentais aqui mencionados, seja quando beneficiem ou não os acusados em processo penal, desequilibra ainda mais a balança da “power parity”, fortalecendo os instrumentais inquisitoriais a serviço do poder punitivo.

Nem se diga sobre a lógica mercadológica e utilitarista de alguns desses instrumentos, que adotam lógicas da economia de mercado e, conseqüentemente, do Direito Privado, importando-as para uma área do direito essencialmente pública, cabendo mesmo falar de uma provocativa “privatização do direito processual penal” (Castro, 2018, p. 215). Esse movimento não deixa de ser preocupante para um Estado de Direito pautado na proteção aos direitos e garantias do acusado, uma vez que, conforme advertia Michel Foucault, as formas econômicas tendem a liberar o poder de polícia, ao contrário das formas jurídicas, que limitam o poder de Estado, via legalidade (Foucault, 2008, p. 18).

Ressalta-se que os problemas apontados não se referem à justiça “consensual” ontologicamente considerada. Esta possui diversos pontos positivos para o enfrentamento pragmático do atual paradigma retributivista e punitivista de se solucionar conflitos jurídicos, mas às implicações negativas que podem sobrevir diante de uma relativização pouco planejada, ou com baixo grau de racionalidade, de princípios basilares do processo penal.

Outrossim, é necessário que os legisladores, juristas e operadores do direito empenhem-se em assegurar uma reforma do processo penal brasileiro capaz de conferir maior rigor sistemático às suas estruturas, de modo que: a) soluções consideradas sistematicamente

contraditórias sejam evitadas ou mais claramente delimitadas em suas funções; b) se evitem interpretações entrópicas sobre a natureza jurídica de institutos que, analisados sob os vieses de cada um dos sistemas conviventes, poderão apresentar soluções diferentes para problemas idênticos, aumentando a insegurança jurídica.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo adotou uma *metodologia dialética*, que consistiu no levantamento das contradições discursivas conviventes em torno da natureza jurídica do ANPP no Brasil. Não pretendeu estabelecer uma hipótese apresentada como verdade pré-constituída que determinasse por antecipação as conclusões do trabalho. Ao contrário, a pesquisa primou por apontar tensões discursivas que precisam ser consideradas no jogo das interpretações teóricas e judiciais de dispositivos apresentados como garantistas, mas que podem se colocar sutilmente no campo da relegitimação de criminalizações já ultrapassadas ou politicamente desnecessárias no atual contexto.

Igualmente, se propôs um *approach estruturalista*. Nessa linha, ao pesquisador interessado na revelação das estruturas reais que operam num sistema, independentemente das suas preferências pessoais ou visões de dever-ser, incumbe uma análise capaz de revelar o que é, sem enviesamentos interpretativos de uma posição ou de outra, evitando torcer o sentido da norma para satisfazer interesses, preferências ou pré-compreensões do pesquisador.

Daí que, na análise realizada nesta pesquisa, admite-se que, considerando os significantes legislativos empregados e que modelam o *design* apresentado no art. 28-A, do CPP e ora vigente, o acordo de não persecução penal aparenta se aproximar mais de um poder discricionário - embora regado - do Ministério Público do que de um direito subjetivo do réu. Considerar o ANPP um direito subjetivo implicaria a possibilidade de o acusado, tendo preenchido os requisitos pré-estabelecidos em lei, pleiteá-lo em juízo no caso de não ter sido beneficiado com o acordo - hipótese não prevista expressamente pelo Código de Processo Penal, que, no máximo, possibilitaria a recorribilidade administrativa, e não judicial, limitada ao próprio órgão persecutório.

Essa solução inclusive já vem aparecendo na jurisprudência. Colacionamos, aqui, acórdãos recentes dos Tribunais de Justiça do Estado de São Paulo e do Paraná, decisão recente do Superior Tribunal de Justiça, além de acórdãos da lavra de quatro ministros do Supremo Tribunal Federal. Poder-se-ia questionar se este modelo concebido normativamente seria o mais justo ou mais condizente com os discursos que o advogado, fundados na lógica garantista, mas esta seria outra questão, não abordada no âmbito da presente pesquisa.

De qualquer forma, em se tratando da flexibilização de princípios clássicos do processo penal, como o da obrigatoriedade e o da indisponibilidade da ação penal pública, é necessário ter cautela para que essa relativização não crie mais problemas para a coerência interna do ordenamento, considerando que modificações legislativas pontuais, embora aprovadas pelo Congresso Nacional, não partem nem de um estudo prévio de impacto legal, nem da elaboração de políticas criminais claras, nem de um debate com a sociedade civil organizada e os especialistas da área de forma mais sistemática, o que poderia evitar, inclusive, a bricolagem de modelos teóricos incompatíveis ou contraditórios entre si.

Um dos mais graves problemas, focalizado no objetivo desta pesquisa, se concentrou exatamente no sutil reforço que instrumentais “negociais” operam na estrutural desigualdade do processo penal em relação às partes processuais, na medida em que são predispostos como dispositivos de proposição unilateral pela parte que exercita o poder punitivo do Estado e de aceitação por adesão, pela parte que sofre a persecução, mesmo quando possam ser considerados de aceitação conveniente pela parte demandada.

Nesse sentido, tem feito falta um debate mais amplo e democrático sobre a absorção no ordenamento jurídico dos institutos da justiça “consensual” e da consequente administrativização da solução de demandas criminais. Se isso se tornar realmente uma tendência, que sejam ao menos idealizados e incorporados de maneira mais sistemática, com maior detalhamento legal, a fim de evitar a aparição de lacunas normativas que abririam brechas para distorções ainda maiores nas garantias aos direitos fundamentais, freando o expansionismo descomedido do direito penal e da cultura expiatória.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVAREZ, Monique Modesto Ungar. Direito público subjetivo – uma análise crítica. In: *Revista Direito UNIFACS – Debate Virtual*, n. 151, 2013. ISSN 1808-4435. Disponível em: <<https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2450/1796>>. Acesso em: 21/04/2021.

ALVES, Jamil C. Justiça consensual e plea bargaining. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

AMB, FGV, IPESPE. *Estudo da Imagem do Poder Judiciário Brasileiro*, 2019. Disponível em: <https://www.amb.com.br/wp-content/uploads/2020/04/ESTUDO_DA_IMAGEM_DO_JUDICIARIO_BRASILEIRO_COMPLETO.pdf>. Acesso em: 03/02/2021.

ARAÚJO, Mateus Lisboa de. *Acordo de não persecução penal e mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal: novos paradigmas para a solução de casos criminais no Brasil*. 2018. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso). Faculdade de Direito, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2018. Disponível em: <<https://repositorio.ufpe.br/bitstream/123456789/27817/1/Projeto%20de%20Monografia%20-%20MATEUS%20LISBOA%20DE%20ARAUJO%20-%20OM3%20OM4.pdf>>. Acesso em: 23/03/2021.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARATTA, Alessandro, Nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales, la politica criminal y el pacto social. In: *Criminologia y sistema penal*. Buenos Aires: B de F, 2006, p. 182.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm>>. Acesso em: 11/02/2021.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/>>. Acesso em 21/04/2021.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 11/02/2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, Acórdão do Habeas Corpus nº 130587/SP, Distrito Federal, Relator Ministro Félix Fischer, DJe de 23/11/2020. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em 21/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Habeas Corpus nº 191124, Distrito Federal, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe nº 069 de 12/04/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 08/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Habeas Corpus nº 191464-AgR/SC, Distrito Federal, Relator Ministro Alexandre de Moraes, DJe nº 069 de 12/04/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Habeas Corpus nº 201610/AgR, Distrito Federal, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, DJe nº 123 de 25/06/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Habeas Corpus nº 84342, Distrito Federal, Relator Ministro Ayres Britto, DJe nº 119 de 23/06/2006. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 21/04/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Acórdão do Habeas Corpus nº 194.677-SP, Distrito Federal, Relator Ministro Gilmar Mendes, DJe nº 096 de 19/05/2021. Disponível em: <www.stf.jus.br>. Acesso em 03/08/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 396. Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal – Anexo ao Regimento Interno. Edição: Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em 21/04/2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. Consultor Jurídico – CONJUR. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: 02/04/2021.

CAOCrim. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Roteiro para o acordo de não persecução penal e a lei n. 13.964/19*. 2ª Edição, 2020. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP_Segunda-Edicao_com-ANEXOS.pdf>. Acesso em: 23/03/2021.

CASTRO, Matheus Felipe de. Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na Lei n. 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual? *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 17, n. 69, p. 171-219, 2018.

DUARTE, Hugo Garcez e MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. *Justiça consensual e democracia: racionalidade e tutela dos direitos humanos (fundamentais)*. s/d. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/bh/hugo_garcez_duarte.pdf>. Acesso em: 03/05/2021.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da biopolítica*: curso dado no Collège de France (1978-1979). São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FREITAS, Ernani César de; PRODANOV; Cleber Cristiano. *Metodologia de trabalho científico*: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico. Associação Pró-Ensino Superior em Novo Hamburgo (ASPEUR), Universidade Feevale. Novo Hamburgo, 2013.

GNCCRIM. Enunciados Interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime, do Grupo Nacional de Procuradores Gerais. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em: 10/04/2021.

GOMES, Luiz Flávio., Moro Sugere “Plea Bargain” no Brasil: Que é isso? É possível? Seria uma revolução? - Legiscompliance, 2019, Disponível em: <https://www.legiscompliance.com.br/images/pdf/ebook_plea_bargain_deputado_luiz_flavio_gomes.pdf>. Acesso em 24/03/2021.

GONZÁLEZ, Jorge Agudo. Evolución y negación del derecho subjetivo. In: *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 05, jan./jun. 2011. Disponível em: <<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/2952/2596>>. Acesso em 21/04/2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*: parte geral, volume I. 19 ed. Niterói, RJ: Impetus, 2017.

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: 25/04/2021.

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão em Apelação Criminal nº 0001196-42.2016.8.16.0060. Relator: Desembargador Laertes Ferreira Gomes. Publicado em 28/07/2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br>>

PARANÁ (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Acórdão em Habeas Corpus nº 0031985-68.2020.8.16.0000. Relator: Desembargador José Carlos Dalacqua. Publicado em 24/08/2020. Disponível em: <<https://portal.tjpr.jus.br>>

PIRES, Álvaro. A racionalidade penal moderna, o público e os direitos humanos. *Novos Estudos*, n. 68. CEBRAP, mar 2004.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Órgão Especial. Acórdão em Habeas Corpus nº 2098427-03.2020.8.26.0000. Relator: Desembargador João Carlos Saletti. Julgado em 29/07/2020. Disponível em: <<https://www.tjsp.jus.br/>>

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*. vol. 166. ano 28. p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. *Boletim Científico ESMPU*, Brasília, a. 18, n. 54, p. 347-382, jul./dez. 2019.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. *Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.