

Acordos de não Persecução Penal e Cível

Coordenação

Rogério Sanches Cunha
Francisco Dirceu Barros
Renee do Ó Souza
Rodrigo Leite Ferreira Cabral

Autores

Alexandre Rocha Almeida de Moraes
Américo Bedê Freire Junior
Antonio Henrique Graciano Suxberger
Andrey Borges de Mendonça
Daniele Machado Toledo
Flávio Eduardo Turessi
Francisco Dirceu Barros
Jamil Chaim Alves
Letícia Lemgruber
Patrícia Eleutério Campos Dower
Renee do Ó Souza
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rogério Sanches Cunha
Vladimir Aras
Wallace Paiva Martins Junior

2022

2ª edição

Revista, ampliada
e atualizada

CAPÍTULO 7

ÓRGÃO RESPONSÁVEL PELA SOLUÇÃO DE CONFLITOS ENTRE MINISTÉRIO PÚBLICO E JUIZ NA AVALIAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PÉRSECUÇÃO PENAL

Rogério Sanches Cunha¹

Sumário • 1. ANPP. Introdução – 2. ANPP. Conceito e natureza jurídica – 3. ANPP. Intervenção do Judiciário, sua necessidade e limites – 4. Conclusão – 5. Referências.

1. ANPP. INTRODUÇÃO

É sabido que o acordo de não persecução penal (ANPP) foi criado, de forma pioneira e corajosa, pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), mais precisamente através da Res. 181/17, depois alterada pela Res. 183/18, cujos contornos, em grande parte, foram repetidos no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP).

A citada Resolução, contudo, teve, em pouco tempo de vigência, sua constitucionalidade questionada pela AMB (ADI 5790) e pela OAB (ADI 5793). Em resumo, a AMB se insurgiu “porque a despeito de agora haver a submissão ao Poder Judiciário do acordo firmado, é inegável que diante da inexistência de lei dispendo sobre ela, resultará uma insegurança jurídica sem tamanho, diante da possibilidade de magistrados recusarem ou aceitarem esses acordos, com base exclusivamente no fato

¹ Membro do Ministério Público de São Paulo (Promotor de Justiça). Professor de Penal e Processo Penal. Coordenador pedagógico do RSOnline.com.br. Autor de obras jurídicas pela Ed. Juspodivm.

de a Resolução não poder dispor sobre a matéria sem prévia previsão legal”. No mesmo sentido a OAB: “o texto fere os princípios de reserva legal, segurança jurídica, extrapolando também o poder regulamentar conferido ao CNMP”. A violação da reserva legal, como se percebe, era o grande motivo de irrisignação dos críticos. Agora, com a introdução do instituto no CPP, a crítica desaparece.

Outro argumento ventilado pelos críticos – e de suma importância para o estudo aqui proposto – foi a violação do princípio da obrigatoriedade. Para eles, o ANPP viola o dever de o Ministério Público, diante de lastro probatório mínimo, agir, oferecendo a denúncia. Referido princípio, contudo, há tempos merece ser revisitado e melhor compreendido. Vejamos.

De fato, a maioria dos manuais ensina que, de acordo com o princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público, presentes as condições da ação, é obrigado a agir, a ingressar com a ação penal, a não ser em determinados casos expressamente previstos em lei, como na possibilidade de transação penal nas infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 76 da Lei 9.099/95).

Para corrente diversa, mais moderna, a obrigatoriedade deve ser revisitada, não podendo ser encarada como uma imposição cega de fazer a mesma coisa sempre e a todo custo, inclusive contra os próprios objetivos que fundamentaram o princípio da legalidade. O promotor de Justiça Rodrigo Cabral alerta que a ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder (Acordo de não persecução penal – Um panorama sobre o acordo de não persecução penal. 1ª. ed. Salvador: Ed. Juspodivm. 2018 p. 40).

Assim, tal interpretação deixa claro que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas. Tem o promotor de Justiça o dever de agir. Mas como agir? A resposta vai depender da política criminal eventualmente adotada pela instituição. Agir pode ser oferecendo transação penal ao autor de uma infração de menor potencial ofensivo (art. 76 Lei 9.099/95). Ou propondo acordo de não-persecução penal. Ou, por fim, ajuizando a ação penal (denúncia-crime). Em qualquer caso, contudo, o Ministério Público agiu, buscando

a solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas.

Em suma, o Ministério Público, titular do direito de agir, ao oferecer o ANPP, age, decidindo pelo instrumento de consenso. Sim, o Ministério Público deve ser gestor de políticas criminais e tenho “erguido essa bandeira” desde o seu nascimento (art. 18, da Resolução 181/17).

2. ANPP. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

Importante, para bem compreender o objeto deste capítulo, recordar no que consiste o ANPP.

Tomado pelo espírito de justiça consensual, compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

É evidente que os instrumentos negociais, há tempos presentes no processo cível, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes político-econômicos, porque abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no seu cumprimento integral.

O processo penal carecia de um instrumento como o ANPP. Inegavelmente, o acordo de não persecução penal trará economia de tempo e recursos para que o sistema de justiça criminal exerça, com a atenção devida, uma tutela penal mais efetiva nos crimes que merecem esse tratamento.

E devo alertar que não se trata de direito subjetivo do investigado. O critério de aferição da conveniência de oferecer a proposta de acordo, com vistas à prevenção e repressão do delito, é tarefa do Ministério Público, no exercício de seu monopólio da ação penal pública (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Strafverfahrensrecht*. 27^a ed. München: Beck, 2012, p. 75).

Com efeito, o acordo de não persecução penal assemelha-se a um termo de ajustamento de conduta (TAC), mas aplicado no campo criminal. Tratando-se de modalidade de justiça negocial, assemelha-se aos princípios e postulados básicos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Portanto, tal como já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal no caso da transação penal e o “sursis” processual, também o acordo de não persecução deve ser encarado como poder-dever do Ministério Público e não um direito público subjetivo do investigado.

A respeito da obrigatoriedade de propositura de acordo pelo Ministério Público, vale ressaltar o voto do então Ministro do Tribunal Constitucional, Ayres Britto, em julgado que tratava de suspensão condicional do processo e que, pela natureza do instituto, pode ser aqui utilizado: “não há que se falar em obrigatoriedade do Ministério Público quanto ao oferecimento do benefício da suspensão condicional do processo. Do contrário, o titular da ação penal seria compelido a sacar de um instrumento de índole tipicamente transacional, como é o sursis processual. O que desnaturaria o próprio instituto da suspensão, eis que não se pode falar propriamente em transação quando a uma das partes (o órgão de acusação, no caso) não é dado o poder de optar ou não por ela.” (HC 84.342/RJ, 1ª Turma).

Nesse sentido é também a lição de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes:

“(...) Pensamos, portanto, que o ‘poderá’ em questão não indica mera faculdade, mas um poder-dever, a ser exercido pelo acusador em todas as hipóteses em que não se configurem as condições do § 2.º do dispositivo” (in Juizados Especiais Criminais. 5ª ed. RT, 2005, p. 153 – *grifei*).

Entender o acordo de não persecução como obrigatoriedade seria o mesmo que “estabelecer-se um autêntico princípio da obrigatoriedade às avessas” (Renee do Ó Souza e Patrícia Eleutério Campos Dover. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal, organizadores Rogério Sanches Cunha e outros, Salvador, Juspodivm, 2017, p. 123).

No novo instituto, no espaço de discricionariedade regrada (poder-dever) que lhe concede a legislação e a própria concepção do instituto

sob o foco, o MP poderá se negar a formular proposta ao investigado, pois deverá ponderar previamente e fundamentar se o acordo “é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” (condição subjetiva e cláusula aberta de controle), no caso concreto.

E tem mais. No sistema acusatório, entende-se que não pode o juiz emitir decisão a respeito de tal conveniência, razão pela qual, em caso de divergência de opinião com o órgão ministerial deve encaminhar o caso ao órgão revisional do próprio Ministério Público.

Esse entendimento nem é propriamente novo, visto ser de há muito seguido nos casos da suspensão condicional do processo e da transação penal. Nesse sentido, o enunciado da Súmula 696 do E. Supremo Tribunal Federal (“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 Código de Processo Penal”)².

E aqui chego no centro do presente trabalho.

3. ANPP. INTERVENÇÃO DO JUDICIÁRIO, SUA NECESSIDADE E LIMITES

O ANPP, de acordo com o art. 28-A do CPP, será formalizado nos autos do procedimento investigatório conduzido pelo Ministério Público (PIC) ou do inquérito policial (IP), devendo conter a qualificação completa do investigado, bem como as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento. O ajuste deve ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor.

Firmado o ajuste, o art. 28-A prevê verdadeira solenidade para seu julgamento. Vejamos.

O juiz marca audiência para verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença de seu defensor, bem como sua legalidade. A “ratio legis” fica bem clara. Confere-se ao juiz, com a oitiva

² Antes do Pacote Anticrime, o princípio da obrigatoriedade que norteou a ação do Ministério Público era fiscalizado pelo juiz, capaz de provocar o órgão superior do Parquet com atribuição para rever a promoção de arquivamento da investigação. Com o advento do Pacote Anticrime, o art. 28 do CPP foi alterado, oportunidade em que a fiscalização deixou de ser do juiz, sendo transferida para a vítima, acompanhada de reexame necessário.

do investigado (compromissário) e de seu defensor, a salutar possibilidade de avaliar, por exemplo, se o acordo foi ou não forçado, contra a vontade do investigado.

Daí porque, na audiência a que se refere o dispositivo, não haver previsão quanto à presença do proponente do acordo (Ministério Público), mas somente do indigitado e seu defensor. Mas a não previsão da participação do Ministério Público significa que não pode ele estar presente?

Entendeu, recentemente, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que a presença do Ministério Público, por ser um dos acordantes, mostra-se necessária, mesmo que não possa intervir durante a solenidade. E a simples presença não parece ser ameaça à condução da solenidade, em especial pelo disposto nos §5º e §8º do art. 28-A do CPP, nem mesmo ao indiciado, uma vez que obrigatória a presença de seu defensor.

De outra banda, a questão gravita sobre a realização de audiência para homologação de acordo, no qual uma das partes não estaria presente, o que parece não ser crível, e fere o Princípio da Isonomia. E mais, a averiguação da voluntariedade e da legalidade pelo juiz, não se presume prejudicada pela presença de ambos os acordantes na solenidade homologatória. E “sendo uma atribuição conferida ao Ministério Público, isto é, sendo ele uma das partes do acordo da não persecução penal, é inadmissível que ele não possa participar da audiência para homologação do referido acordo, sob pena de nulidade do ato. Não há qualquer vedação legal neste sentido como pode se observar do teor do artigo 28-A, § 4º do CPP” (Correção Parcial n. 70084972850 – n. CNJ: 0010838-60.2021.8.21.7000).

Ao analisar o ANPP, o juiz pode:

I) homologar o acordo de não persecução penal, devolvendo os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal (§6º).³

³ E, nesse tanto, um alerta, mesmo que alheio ao tema principal do nosso trabalho, deve ser feito. No ANPP ajustam-se condições, cláusulas que estabelecem a realização de uma situação ou de uma ação, para que ocorra o negócio jurídico. Não se trata de sanção penal. Tanto que, se descumprida alguma condição ajustada, não pode o Ministério Público executá-la, mas oferecer denúncia e perseguir a devida condenação. Diante desse quadro, fica fácil perceber o equívoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo

II) se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolver os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta do acordo, com concordância do investigado e seu defensor (§5º.).

Tendo a concordância do investigado, a hipótese é de retratação. Logo, diante desse cenário, ou o Ministério Público reabre as negociações, ou oferece a denúncia-crime.

III) se entender que não é caso de acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (§8º.).

Mas e se o Ministério Público discordar do juiz e insistir no acordo já assinado? Reparem que, aqui, nesta situação posta, apenas o juiz se recusa a seguir. As partes (inclusive investigado e defensor) insistem. Não se confunde com anterior.

Percebe-se, portanto, um indisfarçável conflito entre o promotor de Justiça e o juiz. E quem resolve o impasse?

De acordo com a Res. 181/17 do CNMP, não sem razão, tratando-se de divergência envolvendo o juiz e o titular da ação penal, responsável pela implementação da política criminal adotada pela instituição ministerial, a solução deve ser dada pelo órgão superior do Ministério Público (PGJ, nos estados, Câmara de Revisão, no âmbito da União).

A Lei 13.964/19, contudo, preferiu “escalar” para a solução desse conflito o próprio Judiciário. O juiz deve recusar a homologação (§7º.), desafiando essa decisão recurso em sentido estrito (RESE, art. 581, XXV, CPP). Essa arquitetura, entretanto, é equivocada e inconstitucional, violando não somente o sistema acusatório, mas a independência do Ministério Público brasileiro (arts. 127, caput, 127, §1º., e 129, I, todos da CF). Importante destacar, nesse ponto, a sempre pertinente lição de Ferrajoli, citada pelo STF na ADI 4.414 Alagoas:

se dê no juízo das execuções penais. Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta (e nem poderia, pois impede o devido processo legal). A sua execução deveria ficar a cargo do Ministério Público (como determina a Res. 181/17) ou do juízo do conhecimento.

“A separação entre as funções de acusar, defender e julgar é o signo essencial do sistema acusatório de processo penal (art. 129, I, CRFB), tornando a atuação do Judiciário na fase pré-processual somente admissível com o propósito de proteger as garantias fundamentais do investigado” (FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y Razón – Teoría del Garantismo Penal*. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1998. p. 567).

Diante desse quadro (e preocupação), sugeri, desde o início, por analogia, aplicar o art. 28-A, §14, do CPP⁴ (ou, enquanto perdurar a redação antiga, o próprio art. 28⁵).

É esse o espírito, como já alertado acima, da Súmula 696 do STF, que trata da 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 Código de Processo Penal”.

O Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPGE) e a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) questionaram no Supremo Tribunal Federal (STF), dentre outros dispositivos trazidos pelo PACOTE ANTICRIME, exatamente esse, que confere ao Judiciário a tarefa de dirimir o conflito entre o titular da ação e o juiz em matéria que reflete a “opinio delicti”. Destaco o seguinte trecho da inicial:

“(…) por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado.

⁴ “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”.

⁵ “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório. Nesta concepção do sistema acusatório, as atividades dos sujeitos processuais são repensadas e ajustadas conforme a essência dos seus respectivos papéis constitucionais, alterando, progressivamente, a ordem jurídica vigente. Uma destas alterações é, justamente, a atuação do juiz na temática de arquivamento do inquérito policial, retirando, como já dito anteriormente, a iniciativa do magistrado para entregá-la à vítima (novo art. 28 do CPP).

Este regramento está devidamente estabelecido também no próprio art. 28-A, parágrafo 14, que estabelece: “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.” A solução harmoniosa do texto legislativo deveria ser a mesma estabelecida nas normas citadas nos parágrafos anteriores, que confiam a revisão da atividade ministerial ao órgão revisional do próprio Ministério Público, o que deve ser reconhecido e declarado por esta r. Corte Constitucional.

Por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado”.

Para fomentar o debate, peço licença ao leitor e demais colegas que participam dessa obra para trabalhar um caso hipotético, sem querer infantilizar o raciocínio, mas sim torná-lo mais claro: Fulano, primário e portador de bons antecedentes, está sendo investigado pelo crime do art. 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante). Trata-se de infração penal cometida sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 anos. Em tese, admite o ANPP. O ajuste, assinado pelo promotor de Justiça, investigado e seu advogado, é encaminhado ao juiz que se recusa homologar, julgando descabido o acordo em crimes dessa natureza. Esse conflito, como previsto no CPP, deve ser resolvido pelo Tribunal (art. 581 do CPP).

Imaginemos que a Corte dê razão ao juiz, retornando os autos ao promotor de Justiça natural para o oferecimento da denúncia. Este, contudo, insiste em não oferecer e promove o arquivamento. Ao juiz, convicto

de que o órgão de execução do MP deve agir de outra forma, resta qual postura? Não existe alternativa: deve aplicar o art. 28 do CPP. Na redação antiga (vigente por conta de liminar que suspende a eficácia da redação nova), o juiz considerando improcedentes as razões invocadas pelo promotor de Justiça, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender. Na redação nova, o juiz, inconformado, sequer será cientificado. É que, ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará a vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei⁶.

Apenas num caso me parece pertinente o recurso em sentido estrito (RESE) como instrumento de resolução do conflito: quando o magistrado recusar homologar o ANPP fundamentado na falta de justa causa para o acordo, prenúncio do que também não receberá eventual denúncia-crime pelo Ministério Público.

Mais um exemplo para ilustrar meu raciocínio. O MP celebra acordo num crime de falsidade documental, tendo a confissão do investigado, mas carecendo de perícia.

O juiz, convicto de que a prova da materialidade em crimes dessa natureza depende de perícia, recusa homologar o acordo, assim fundamentando. O magistrado já deixa evidente que rejeita não apenas essa forma de agir do MP, mas qualquer outra, inclusive o oferecimento da inicial. Diante desse quadro, o RESE parece fazer sentido.

4. CONCLUSÃO

Espero que as conclusões que compartilho neste trabalho sejam interpretadas como expedientes de respeito ao sistema acusatório – inspiração da Lei 13.964/19, com gênese constitucional –, independência

⁶ Em que pese o art. 28 do CPP, na sua redação nova (e suspensa) não mencionar a comunicação da promoção de arquivamento ao juiz, defendemos em várias oportunidades que essa comunicação deve acontecer, ainda que somente para fins de registros do fim da investigação pelo Poder Judiciário.