



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL, FRENTE
À FACULDADE DE APRESENTAÇÃO DE ANPP PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcela Valente Couto

Rio de Janeiro
2023

MARCELA VALENTE COUTO

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL, FRENTE À
FACULDADE DE APRESENTAÇÃO DE ANPP PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Artigo científico apresentado com exigência de conclusão do Curso de Pós Graduação *Lato Sensu* da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C.F. Areal

Nelson C. Tavares Junior

Ubirajara da Fonseca Neto

Rafael Mario Iorio Filho

Rio de Janeiro
2023

A MITIGAÇÃO AO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL, FRENTE À FACULDADE DE APRESENTAÇÃO DE ANPP PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Marcela Valente Couto

Graduada pelo Centro Universitário Serra dos Órgãos de Teresópolis (UNIFESO). Advogada.

Resumo – O sistema processual penal brasileiro vem sofrendo algumas mudanças práticas nas últimas décadas, considerando a aplicação de alguns institutos despenalizadores decorrentes da justiça negocial criminal. Portanto, a promulgação da Lei n. 13.964/2019 trouxe o instituto do Acordo de Não Persecução Penal para o Código de Processo Penal. Ocorre que, o dispositivo legal prevê a possibilidade ou não do oferecimento desse acordo por parte do membro do Ministério Público ao indiciado. Conseqüentemente, isso acarretaria na mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que vem gerando diversas dúvidas práticas dentro da doutrina e da jurisprudência.

Palavras-chave – Acordo de Não Persecução Penal. Princípio da obrigatoriedade da Ação Penal.

Sumário – Introdução. 1. Considerações sobre o acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal e sua constitucionalidade. 2. O princípio da obrigatoriedade da ação penal e sua aplicabilidade na prática. 3. A mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal perante o art. 28-A do CPP. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de analisar a aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal, nas propostas de acordo de não persecução penal. O intuito é observar como isso ocorre na prática dentro do direito brasileiro, que adquiriu métodos consensuais advindos de países estrangeiros que tenham como tradição a *comon law*, e que serviram como base para a criação do ANPP, que está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, após o advento do Pacote Anticrime.

A justiça consensual vem ganhando cada vez mais destaque no direito penal brasileiro, com a implementação de algumas medidas despenalizadoras. Nesse sentido, o Estado com uma política penal de repressão aos bens jurídicos com mais relevância, filtra os crimes que considera menos gravosos para a sociedade e busca celebrar acordos extraprocessuais. Porém, deve-se

destacar que isso não é o caso de perdões processuais em larga escala pelo Ministério Público, mas apenas uma atuação dúplice criminal feita pelo mesmo.

O ANPP é uma forma alternativa de resolução de conflitos, sendo mais célere em casos menos gravosos, fazendo com que a máquina pública gaste menos, diminuindo os reflexos de uma condenação ao acusado e ainda desafogando o sistema carcerário de determinados locais.

Ocorre que na prática, o Judiciário enfrenta problemas com a interpretação literal do artigo 28-A do Código de Processo Penal, considerando que o mesmo prevê a faculdade de apresentação desse acordo ao investigado, e isso conflita diretamente com a aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Tal princípio se entende como a obrigatoriedade por parte da autoridade policial para instaurar o inquérito, bem como ao Órgão Ministerial de promover a ação penal, quando ocorrer a prática de um crime que se possa ser apurado mediante ação penal pública.

Desta forma, tal dispositivo é tema de discussões doutrinárias e jurisprudenciais por conta da aplicação ou não do princípio da obrigatoriedade da ação penal nesses casos.

Portanto, inicia-se o primeiro capítulo do trabalho com a abordagem sobre a finalidade da aplicação do acordo de não persecução penal, esclarecendo seus maiores objetivos na prática, que é principalmente evitar a persecução penal em si.

Já no segundo capítulo, há a análise ao princípio da obrigatoriedade da ação penal na prática e sua relevância para o investigado em determinados casos.

No terceiro capítulo pesquisa-se a possibilidade de aplicação do princípio da obrigatoriedade da ação penal ao acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, e como esse princípio é aplicado na prática.

A pesquisa desenvolve-se pelo método hipotético dedutivo, que por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, tem como objetivo eleger conjuntos de proposições hipotéticas adequadas para a presente análise.

Para tal, a abordagem realizada pela pesquisadora é qualitativa, se apoiando, portanto, em obras literárias, jurisprudenciais e na legislação pátria de forma a sustentar a sua tese.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SUA CONSTITUCIONALIDADE

O sistema penal brasileiro é algo excessivamente lento e burocrático, o que na prática dificulta a aplicação de uma pena individualizada mais justa ao acusado. Portanto, isso faz com que a justiça seja um mecanismo enfraquecido e cada vez mais inalcançável, justamente por buscar meios tradicionais que possam trazer soluções para os problemas atuais.

Fernando Capez¹ explica que por anos utilizou-se no Brasil o regime da autotutela ou da justiça privada, que tinha como base o uso da força bruta como forma de satisfação de determinado interesse. Porém, com o avanço da sociedade como um todo, percebeu-se que tal regime não trouxe boas soluções práticas, principalmente para o acusado, o que fez com que o Estado começasse a intervir nessa esfera, passando a ser o detentor exclusivo do direito de punir.

O direito penal brasileiro adota o sistema penal acusatório até os dias atuais. Tal sistema basicamente se divide em três funções: de acusar, defender e julgar. Portanto, o Ministério Público tem o dever de intentar ação penal, na forma do art. 129 da Constituição Federal², respeitando os princípios do contraditório e da ampla defesa. Desta forma, através de princípios e garantias, o acusado tem o direito de conhecer a imputação, se defender dela, apresentar provas e ser julgado por um juiz imparcial.

Ocorre que, com o sistema penal acusatório, o Judiciário brasileiro acabou sofrendo com a massificação de demandas processuais, tendo que suportar determinados processos criminais que poderiam ser facilmente resolvidos sem a necessidade de uma persecução penal em si. Portanto, viu-se a necessidade da criação de determinadas medidas despenalizadoras dentro do processo penal, de modo a torna-lo mais célere, efetivo e negocial.

Inicialmente, o ordenamento jurídico trouxe a chamada Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, a Lei n. 9.099/95³ que tem exatamente o intuito de trazer a simplificação de determinados processos e a possibilidade por parte do Órgão Ministerial de negociar com o acusado, por meio da transação penal, a aplicação de medidas diversas da prisão em si, surgindo, portanto, a chamada justiça negociada no Brasil, mesmo que de maneira primitiva.

¹ CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 22-35.

² BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

³ BRASIL. *Lei n. 9.099/95*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

Logo em seguida, surgiram outras formas de soluções de conflito através da justiça negociada, como a Lei n. 9.807/99⁴ que estabeleceu a colaboração premiada, por exemplo.

Outras leis que surgiram com o passar dos anos e que tinham o intuito de se ter uma justiça mais célere foram: a Lei n. 12.850/13 (procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para se enfrentar organizações criminosas e crimes transnacionais); Lei n. 12.846/13 (Lei de anticorrupção empresarial); Lei n. 13.129/15 (autocomposição e arbitragem pela Administração Pública) e por fim a Lei n. 13.964/19 (Pacote Anticrime).

Nesse sentido, antes da entrada em vigor do Pacote Anticrime, o Conselho Nacional do Ministério Público, em 7 de agosto de 2017, inseriu na Resolução n. 181, o art. 18 que dizia que em crimes com pena de até 4 anos, sem violência ou grave ameaça, com confissão formal, poderia ser celebrado o acordo com o membro do Ministério Público.

Nesse momento, já estaria sendo criado um instrumento bem parecido com o que se chama hoje de Acordo de Não Persecução Penal.

Ocorre que, na época, tal artigo foi amplamente criticado dentro da jurisprudência e da doutrina, tanto por questões formais, como materiais, pois se entendia que tal matéria não poderia ser tratada mediante mera Resolução, o que por si só já a tornaria inconstitucional.

Aury Lopes Júnior⁵ explicava que tal instrumento se assemelhava ao *plea bargain* e violava o pressuposto fundamental da jurisdição, se revelando uma ferramenta utilizada apenas para pressionar o investigado a confessar algo, diversas vezes de maneira falsa, ou até mesmo se autoacusar de determinada situação, entregando inclusive informações caluniosas às autoridades apenas para se ver livre daquela possível persecução penal imposta a ele.

Apesar de tais críticas, o ANPP posteriormente teve a sua constitucionalidade reconhecida através da implementação do Pacote Anticrime, que determinou a mudança em diversos artigos no Código de Processo Penal, bem como em outras leis especiais.

O Acordo de Não Persecução Penal está previsto no art. 28-A⁶ do Código de Processo Penal, e Guilherme de Souza Nucci⁷ explica que se trata de uma medida de política criminal mais

⁴ BRASIL. *Lei n. 9.807/99*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19807.htm>. Acesso em: 11 out. 2022.

⁵ LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargain no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 11 out. 2022.

⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 02 set. 2022.

benéfica ao investigado, que tem o intuito de evitar a persecução penal e eventual cumprimento de pena, associando-se a outros acordos já existentes de transação penal e suspensão condicional do processo.

Ademais, Nucci explica:

[...] a finalidade é concretizar, por meio de mais um instituto consensual, uma espécie de justiça restaurativa, evitando o acúmulo de processos criminais, relativos a infrações penais cometidas sem violência ou grave ameaça à pessoa, para permitir uma atuação mais eficiente por parte da polícia, do Ministério Público e do Judiciário nas infrações penais efetivamente mais graves [...].⁸

A efetivação desse acordo ao direito processual penal foi de extrema importância, justamente por esse instituto ter como finalidade a celeridade e eficiência para resolução de determinadas demandas judiciais.

A sua realização se baseia na apresentação pelo Ministério Público do acordo, onde o indiciado assina um termo de confissão do crime em que está sendo investigado, que serve como uma espécie de garantia, caso posteriormente seja necessário substituir a medida acordada por uma persecução penal.

O próprio art. 28-A prevê em seus parágrafos, os requisitos, a formalização, condições, forma de execução e impedimentos para a realização do acordo, tendo como objetivo principal o afastamento da persecução penal em si. Por fim, o acordo é homologado por um juiz imparcial.

Por outro lado, um dos parágrafos do artigo 28-A prevê que o juiz poderá se recusar a homologar o acordo de não persecução penal quando perceber que este não está de acordo com os requisitos previstos no Código de Processo Penal.

Porém, no caso de homologação do acordo e não havendo descumprimento algum deste, será decretada a extinção da punibilidade do agente, sem quaisquer anotações na sua certidão de antecedentes criminais.

Ocorre que tal mecanismo é alvo de diversas críticas dentro da doutrina, ao passo que para eles, a necessidade de confissão formal e circunstanciada como condição de celebrar o ANPP,

⁷ NUCCI, Guilherme de S. *Processo Penal e Execução Penal. (Esquemas & Sistemas)*. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022, p. 45.

⁸ *Ibid.*

estaria violando a garantia constitucional de não autoincriminação (art. 5º, LXIII da Constituição Federal)⁹.

Aury Lopes Júnior explica que:

[...] o pacto no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra.[...]¹⁰

Nesse sentido, em 2021 a Defensoria Pública de São Paulo impetrou HC em favor de todos os assistidos da Comarca de Marília alegando tal inconstitucionalidade nos acordos realizados naquele local, em razão da violação da garantia de não autoincriminação.

Porém, por unanimidade o pedido foi denegado, por não entender o TJSP¹¹ haver inconstitucionalidade alguma, mas apenas uma das condições para a entabulação da avença, como todo negócio jurídico de tal natureza. Inclusive enfatizou-se que o acordo pode ser realizado durante a fase inquisitiva da persecução penal, até o recebimento da denúncia, eis que visa exatamente obstar o início da *persecutio criminis in judicio*, não havendo que se falar em inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o relator do HC, sustentou que:

[...] Cuida-se de nova possibilidade de acordo que não guarda relação direta com outras formas despenalizadoras e por isso não pode ser com elas confundido (como, *verbi gratia*, composição civil, transação penal, suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/95, da colaboração premiada da Lei nº 12.850/13), porquanto conta com contornos normativos e requisitos próprios, limitando-se a infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, consubstanciando-se na possibilidade de um negócio jurídico onde o investigado, sem direito subjetivo à benesse legal, não é obrigado a confessar (se, acompanhado de seu advogado, livremente não concordar com tal condição, o acordo não se aperfeiçoará).[...]¹²

⁹ BRASIL, *op. cit.*, nota 2.

¹⁰ LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima L. *Fundamentos do processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2021. p. 32. [E-book]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555593020/>>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹¹ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. *HC n. 2062984-54.2021.8.26.0000*. Relator: Adilson Paukoski Simoni. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/validade-anpp.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2022.

¹² *Ibid.*

Por essa razão, entende-se que o investigado não é obrigado a celebrar o acordo, ou seja, se não quiser confessar, o acordo não será celebrado, por isso sustenta a jurisprudência atual que não há que se falar em inconstitucionalidade deste.

2. O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE NA PRÁTICA

O sistema processual penal acusatório possui basicamente três figuras separadas e distintas, conforme já dito anteriormente: uma acusatória, a outra de defesa e por fim, um órgão julgador imparcial.

A ação penal é um meio de provocação do Estado na função jurisdicional de aplicação do direito penal em si. Tal meio consiste, portanto, num direito de se exigir uma tutela jurisdicional do Estado, tendo como destino final a resolução do conflito ali presente.

A ação penal poderá ser pública ou privada. A primeira é regida pelo princípio da obrigatoriedade, ou seja, o Ministério Público ao tomar ciência de determinado fato criminoso, com materialidade e autoria definidos, tem o dever legal de apresentar denúncia. Por outro lado, a ação penal privada está amplamente ligada ao princípio da disponibilidade e da oportunidade, ou seja, quem decide se irá intentar tal ação é o próprio ofendido/vítima.

A regra no ordenamento jurídico penal brasileiro é a ação penal pública, que necessita da atuação da autoridade policial para instaurar ou não um inquérito e posteriormente com indícios de materialidade e autoria, o encaminha para o Ministério Público oferecer a denúncia (se não for o caso de arquivamento) junto ao Judiciário.

Portanto, Luís Wanderley Gazoto explica que:

[...] O Ministério Público no Brasil é instituição independente, encarregada da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, caput, da Constituição Federal). Para o exercício de seus misteres, é dotado de instrumentos de atuação perante a administração pública e o Poder Judiciário, entre eles a promoção privativa da ação penal pública.[...]¹³

¹³ GAZOTO, Luis Wanderley. *O princípio da não-obrigatoriedade da ação penal pública: uma crítica ao formalismo no Ministério Público*. Barueri: Manole, 2003, p. 117.

Desta forma, conforme dito acima, se presentes os requisitos, o Ministério Público estaria sempre obrigado a intentar a ação penal pública, com a função de denunciar o investigado, porém só não o faria se restarem dúvidas quanto algumas provas, ou se for o caso de arquivamento.

É importante ressaltar que até em casos de arquivamento, o Ministério Público deve requerê-lo ao magistrado (órgão julgador imparcial), conforme prevê o art. 28 do Código de Processo Penal¹⁴, que posteriormente irá decidir se arquiva ou mantém a denúncia, também nos termos deste mesmo artigo.

Portanto, considerando-se a legitimidade do Ministério Público para propor a ação penal pública, bem como a legitimidade da autoridade policial para instaurar o inquérito e colher tais provas, o princípio da obrigatoriedade da ação penal se encontra nitidamente presente nestes momentos, o que faz com que o sistema acusatório brasileiro esteja mais próximo do *civil law*.

Renato Brasileiro explica que:

[...] de acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominada de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.[...]¹⁵

Porém, com o advento do pacote anticrime, o princípio da obrigatoriedade da ação penal vem sendo mitigado, pois houve a criação de uma nova transação penal para o acusado, o Acordo de Não Persecução Penal, que está previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal¹⁶.

Conforme já explicado no capítulo anterior, tal acordo é um negócio jurídico, celebrado entre as partes (Ministério Público e investigado) que possui determinadas condições e que há necessidade de homologação judicial. Uma dessas condições é justamente que não haja uma persecução penal, ou seja, o ajuste será realizado antes mesmo do início da ação penal, onde o investigado se compromete a cumprir o acordo, para que ao final, se cumprido integralmente, o juiz possa decretar extinta a sua punibilidade.

¹⁴ BRASIL, *op. cit.*, nota 5.

¹⁵ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 229.

¹⁶ BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 22 fev. 2023.

É importante ressaltar ainda, que o STJ¹⁷ e o STF¹⁸ entendem que hoje o ANPP também poderá ser aplicado a fatos ocorridos antes da vigência do pacote anticrime, desde que ainda não tenha sido recebida a denúncia, em razão do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica para o acusado.

Nesse sentido, o STF tem o seguinte entendimento:

[...] Em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.[...] ¹⁹

Ocorre que, na prática as partes estão tendo dúvidas quanto à aplicação desse acordo, em razão do artigo prever a possibilidade de apresentação deste ou não por parte do Ministério Público, o que se leva a crer nesse caso, em um exemplo claro de uma falha por parte do legislador, que previu uma possibilidade e não uma obrigatoriedade, como deveria ser. Portanto, se fala na mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal nesses casos, e uma proximidade maior do direito brasileiro com o *common law*.

Marcos Paulo Dutra²⁰, por outro lado, explica que o Ministério Público ao ajuizar a ação, não poderá mais desistir do processo (art. 42 do CPP), por conta do direito material pugnado ser público e por isso, indisponível. Por essa razão faz a seguinte distinção entre suspensão condicional do processo e desistência:

[...] Ocorre que, ao formular a proposta de suspensão condicional do processo ao denunciado, o promotor não desiste do processo. A uma, porque não se pode confundir suspensão com desistência – a desistência implica a imediata extinção do processo, ao passo que, no *sursis adjectivo*, se o réu não cumprir as condições fixadas judicialmente, ou for novamente processado criminalmente, o evolver processual retoma o seu curso normal, ex vi do art. 89, §§ 3º e 4º, da Lei nº 9.099/95. É forçoso convir, portanto, que inexistente desistência. A duas, porque, cumprida regularmente a suspensão condicional do processo, o juiz declara extinta a punibilidade, ex vi do art. 89, § 5º, da Lei nº 9.099/95,

¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 607003*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: < <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202002103399%27.REG.>> Acesso em: 11 mai. 2023.

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 191464 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>> Acesso em: 11 mai. 2023.

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 117.

encerrando o processo com julgamento do mérito. Diz-se com julgamento do mérito, pois este corresponde à pretensão, que, não por acaso, é o objeto do processo – nesse sentido, dentre outros, Cândido Rangel Dinamarco.[...]

Desta forma, tal autor explica que se o juiz declarou extinta a punibilidade, houve uma análise do mérito e portanto, não haveria que se falar em vulneração ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública. Ademais, Dutra ainda conclui que idêntico posicionamento é comungado pelos professores Geraldo Prado, Nicolitt e Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho.

Portanto, tais autores entendem que mesmo com a aplicação do ANPP, não poderia se falar em mitigação ao princípio da obrigatoriedade, justamente porque se não cumpridas as exigências do acordo, o Ministério Público poderia seguir com a ação penal.

Apesar disso, existem autores como Aury Lopes Júnior, que discordam dessa linha de raciocínio, por entenderem que tal acordo é direito subjetivo do réu. Mas como isso ocorre na prática?

Existem hoje na jurisprudência, diversos julgados que tratam desse assunto, mas que serão abordados mais à frente no próximo capítulo. Porém, o que se pode dizer até então é que essa questão da obrigatoriedade ou não da apresentação do ANPP por parte do Ministério Público, ainda é um assunto muito colidente dentro do direito processual penal, justamente por não se ter uma tese firmada ou entendimentos harmônicos entre Turmas de Tribunais Superiores, conforme se vê mais a frente.

3. A MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PERANTE O ART. 28-A DO CPP

Para uma discussão mais aprofundada acerca do princípio da obrigatoriedade da ação penal e a aplicabilidade do art. 28-A do Código de Processo Penal, é necessário inicialmente lembrar os princípios institucionais do Ministério Público previstos no art. 127, §1º da Constituição Federal²¹, ou seja, os princípios da unidade, da indivisibilidade e da independência funcional.

²¹ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 mar. 2023

O Conselho Nacional do Ministério Público definiu tais princípios de maneira bem prática e literal. Portanto, inicialmente o princípio da unidade²² diz-se que o Ministério Público é uno, ou seja, seus procuradores integram apenas um órgão, sob a direção de apenas um chefe. Já o princípio da indivisibilidade²³, significa dizer que os membros não estão vinculados aos processos em que atuam, podendo ser substituídos uns pelos outros. Por fim, o princípio da Independência Funcional²⁴ prevê que cada procurador, no exercício de suas funções tem total autonomia, ou seja, não está sujeito a ordens de ninguém, nem mesmo de superiores hierárquicos.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli explica que:

[...]Temos dito que a independência funcional faz parte da nobreza da instituição do MP, e sem ela os órgãos do MP nada mais seriam que meros funcionários subordinados ou hierarquizados; não o são, porém, precisamente porque se vêem apenas sob a égide da lei e de suas consciências.[...]²⁵

Desta forma, conclui-se que de fato os membros do Ministério Público possuem plena autonomia de atuação, porém é importante ressaltar que sua finalidade institucional principal é garantir interesses sociais e individuais indisponíveis, bem como proteger a ordem jurídica e seu regime democrático de direito. Portanto, essa independência funcional e a liberdade para atuar, não poderão ser confundidas com qualquer arbitrariedade por parte deste.

Por conta disso, existem diversos princípios que servem como limitação desses princípios institucionais do Ministério Público, assim como explica Mazzilli, até mesmo por conta da segurança jurídica.

Um exemplo claro que freia essa independência funcional por parte dos membros do MP, é justamente o princípio da obrigatoriedade da ação penal, onde o membro do Ministério Público se vê obrigado a intentar a ação sem mesmo analisar sobre oportunidade e conveniência desta.

²² CNMP. *Unidade*. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7755-unidade#:~:text=Um%20princ%C3%ADpio%20institucional%20do%20Minist%C3%A9rio,dire%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20s%C3%B3%20chefe.>>. Acesso em: 16 mar. 2023

²³ CNMP. *Indivisibilidade*. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8002-indivisibilidade#:~:text=Princ%C3%ADpio%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%20significa,ser%20substitu%C3%ADdos%20uns%20pelos%20outros.>> Acesso em: 16 mar. 2023

²⁴ CNMP. *Independência Funcional*. Disponível em: < <https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8000-independencia-funcional#:~:text=Cada%20procurador%20no%20exerc%C3%ADcio%20de,seja%20nem%20a%20superiores%20hier%C3%AArquicos.>> Acesso em: 16 mar. 2023

²⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público*. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_6222305_OS_LIMITES_INDEPENDENCIA_FUNCIONAL_MINISTERIO_PUBLICO.aspx> Acesso em: 16 mar. 2023.

Por outro lado, percebe-se que no Brasil, a aplicação do princípio da obrigatoriedade vem sendo cada vez mais inviável, por conta da utilização cada vez mais comum de transações penais, até mesmo pela enorme concentração de demandas judiciais.

Isto posto, com a promulgação da Lei n. 13.964/19²⁶ houve a implementação do art. 28-A no Código de Processo Penal, que prevê o Acordo de Não Persecução Penal. A redação dada pelo artigo é de que o Ministério Público poderá oferecer o acordo ao indiciado, o que estaria mitigando o princípio da obrigatoriedade.

Portanto, Rodrigo Leite Ferreira pontua o seguinte a respeito desse princípio:

[...] Por isso, não é mais admissível que a doutrina se afigure ao princípio da obrigatoriedade – que, em essência, como dito, pretende evitar o favoritismo, o protecionismo e a improbidade – como forma de barrar uma solução mais promissora para tornar nosso sistema penal um pouco mais efetivo e com respostas mais adequadas, que se dá com a ampla possibilidade de celebração de acordos penais [...]²⁷

Nesse sentido, por conta da discussão muito atual a respeito da aplicabilidade desse princípio na prática dentro do Acordo de Não Persecução Penal, tal questão foi objeto de discussão dentro da jurisprudência, onde ainda existem diversos entendimentos divergentes.

A Quinta Turma do STJ no julgamento do AgRg no REsp n. 1948350/RS²⁸ entendeu que tal acordo não é direito subjetivo do investigado, ou seja, o Ministério Público poderá propor o acordo quando entender necessário e suficiente para reprovação e prevenção da infração penal.

Nesse mesmo sentido entendeu o STF em julgamento do HC n. 201610 AgR:

[...] 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 [...]²⁹

²⁶ BRASIL. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso em: 16 mar. 2023.

²⁷ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*: à luz da lei 13.964/2019 (pacote anticrime). Salvador: Jus podivm, 2020, p. 256.

²⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1948350/RS*. Min. Jesuíno Rissato. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202200679765> Acesso em: 16 mar. 2023.

²⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 201610 AgR*. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=tr>

Por outro lado, a Sexta Turma do STJ julgou recentemente o HC n. 657165 / RJ entendendo que:

[...] O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público - consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal - e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP [...]³⁰

Portanto, tal questão ainda é muito debatida entre os Tribunais Superiores, em razão da ponderação de diversos princípios constitucionais envolvidos, bem como atualizações jurisprudenciais.

Em razão disso, a jurisprudência explica que na prática o próprio juiz analisa a possibilidade de realização ou não do acordo entre o Órgão acusador e acusado, verificando se o indiciado preenche os requisitos legais para ter direito ao benefício ou não. Lembrando que, ao final, tal acordo realizado entre as partes é homologado pelo magistrado.

Dentre outros julgados, é nítido que tal assunto ainda não tem entendimento consolidado e firmado entre os Tribunais, o que na prática acaba gerando uma enorme insegurança jurídica para os aplicadores do direito e principalmente atrapalhando o bom desenvolvimento do direito processual penal, justamente pelo Pacote Anticrime ter como um dos principais objetivos a celeridade e simplicidade processual.

Desta forma, o que resta é aguardar mais pronunciamentos de Tribunais Superiores, para que posteriormente se firme alguma tese, com o intuito de uma melhor aplicabilidade na prática destes princípios dentro de transações penais e principalmente dentro do direito processual penal brasileiro.

ue&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=obrigatoriedade%20anpp&sort=_score&sortBy=desc> . Acesso em: 22 fev. 2023.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 657165 RJ*. Min Rogerio Schiatti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?livre=HC+657165+RJ&b=ACOR&p=true&tp=T>>. Acesso em: 16 mar. 2023.

CONCLUSÃO

Por tudo que se expôs, o trabalho apresentado objetivou demonstrar a aplicabilidade do princípio da obrigatoriedade da ação penal em Acordos de Não Persecução Penal, haja vista ainda ser um tema muito debatido na jurisprudência e na doutrina, por conta da promulgação da Lei n. 13.964/19, que implementou o art. 28-A no atual Código de Processo Penal, trazendo tal instituto ao ordenamento jurídico.

No presente trabalho foi traçada uma evolução histórica do sistema processual penal e a aplicação do princípio da obrigatoriedade, que sempre foi um princípio norteador para o membro do Ministério Público ao deflagrar a ação penal.

Porém, por outro lado, com a superlotação de ações judiciais, o Brasil tem adotado algumas medidas mais parecidas com o sistema da *civil law*, ou seja, em decorrência do abarrotamento de ações penais pendentes de julgamento e a deficiência na aplicação de uma justiça mais célere, o sistema processual penal vem aplicando determinadas soluções extrajudiciais para que se possam haver penas mais justas ao acusado.

Como foi visto no presente artigo, a instalação de procedimentos de justiça penal negocial num sistema superlotado de demandas judiciais, conseqüentemente promove a celeridade na resolução de determinadas causas de menor complexidade.

Ocorre que, o ANPP por ainda ser um instituto muito novo dentro do ordenamento, vem trazendo alguns debates a respeito da sua aplicabilidade, considerando-se a possibilidade pelo Ministério Público de apresentação deste ou não para o indiciado.

Portanto, como já visto acima, na prática o princípio da obrigatoriedade da ação penal vem sendo mitigado, haja vista ser necessário para o oferecimento do acordo no caso concreto. Porém, ao mesmo tempo, deve-se levar em conta a aplicabilidade de tal princípio em outras esferas do direito processual penal.

Desta forma, tanto o princípio da obrigatoriedade, como o ANPP são institutos que trazem efetividade para o sistema, mas deverão ser usados em situações distintas e de maneira inteligente, funcionando de modo a trazer soluções eficazes para o direito processual penal no fim das contas.

Apesar dos Tribunais Superiores ainda não terem um entendimento consolidado, na prática já existem alguns posicionamentos sobre tal assunto, o que de fato é importante para a efetividade das demandas e do direito processual penal em si.

Concluiu-se então, que a mitigação do princípio da obrigatoriedade acaba sendo algo necessário nestes casos, ocorrendo em prol da efetivação desse acordo oferecido, para que a sociedade tenha concretizada uma resposta mais efetiva e célere ao processo, podendo ao final se ter uma pena concretizada e mais justa para o indiciado.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, João Paulo da Silva Morais. *Acordo de não persecução penal e a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal: os novos paradigmas da política criminal brasileira*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 02 dez 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/55754/acordo-de-no-persecuo-penal-e-a-mitigao-do-principio-da-obrigatoriedade-da-ao-penal-os-novos-paradigmas-da-poltica-criminal-brasileira>. Acesso em: 08 set. 2022.

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 02 set. 2022.

_____. *Lei n. 13.964*, de 24 de dezembro de 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3. Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 191464 AgR*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 11 mai. 2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC n. 201610 AgR*. Ministro Ricardo Lewandowski. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=obrigatoriedade%20anpp&sort=_score&sortBy=desc. Acesso em: 22 fev. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no REsp n. 1948350/RS*. Relator: Ministro Jesuino Rissato. Disponível em:

<https://processo.stj.jus.br/processo/pesquisa/?src=1.1.3&aplicacao=processos.ea&tipoPesquisa=tipoPesquisaGenerica&num_registro=202200679765> Acesso em: 16 mar. 2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 607003*. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=%27202002103399%27.REG.>> Acesso em: 11 mai.2023.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *HC n. 657165 RJ*. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Disponível em: <<https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp>>. Acesso em: 22 fev. 2023.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. *HC n. 2062984-54.2021.8.26.0000*. Relator: Adilson Paukoski Simoni. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/validade-anpp.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2022.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da lei 13.964/2019 (pacote anticrime)*. 4. ed. Salvador: Jus podivm, 2020.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Saraiva, 2022. [e-book].

CNMP. *Independência Funcional*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8000-independencia-funcional#:~:text=Cada%20procurador%2C%20no%20exerc%C3%ADcio%20de,seja%2C%20n em%20a%20superiores%20hier%C3%A1rquicos.>> Acesso em: 16 mar. 2023

_____. *Indivisibilidade*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/8002-indivisibilidade#:~:text=Princ%C3%ADpio%20do%20Minist%C3%A9rio%20P%C3%ABlico%2C%20significa,ser%20substitu%C3%ADdos%20uns%20pelos%20outros.>> Acesso em: 16 mar. 2023

_____. *Unidade*. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/476-glossario/7755-unidade#:~:text=Um%20princ%C3%ADpio%20institucional%20do%20Minist%C3%A9rio,dire%C3%A7%C3%A3o%20de%20um%20s%C3%B3%20chefe.>>. Acesso em: 16 mar. 2023

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime — Lei n 13964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade*. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LOPES JÚNIOR., Aury Celso Lima L. *Adoção do plea bargain no projeto “anticrime”*: remédio ou veneno?. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 11 out. 2022.

LOPES JÚNIOR, Aury Celso Lima L. *Fundamentos do processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. [*e-book*].

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Os Limites da Independência Funcional no Ministério Público*. Disponível em: <http://www.fiscolex.com.br/doc_6222305_OS_LIMITES_INDEPENDENCIA_FUNCIONAL_MINISTERIO_PUBLICO.aspx> Acesso em: 16 mar. 2023.

NUCCI, Guilherme de S. *Processo Penal e Execução Penal. (Esquemas & Sistemas)*. 7. ed. Rio de Janeiro: Grupo GEN, 2022.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

SANCHES, Rogério Cunha. *Acordo de Não Persecução Penal*. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Transação Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.