

Submetido em: 19/08/2023

Publicado em: 30/08/2023

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: UMA REVISÃO JURISPRUDENCIAL SOB UM OLHAR CRÍTICO¹

ALEXIS COUTO DE BRITO²

RENAN PEREIRA DIAS³

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1. NATUREZA DO INSTITUTO E AS DISTORÇÕES DECORRENTES. 1.1. A mens legis e a retroatividade da Lei nº 13.964/2019. 1.2. Discricionariedade regrada e a contraditória impossibilidade de controle judicial. 2. REQUISITOS DO ACORDO. 2.1. A exigência de confissão para o acordo. 2.2. A pena mínima para oferecimento do acordo e seu cabimento na hipótese de procedência parcial da pretensão punitiva. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ O presente artigo é resultado parcial de pesquisa fomentada pelo MackPesquisa no âmbito do projeto “A moderna Dogmática penal e o posicionamento dos tribunais superiores: uma análise crítica”.

² Doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo. Pós-doutor pela Universidade de Coimbra e de Salamanca. Professor de graduação e professor permanente do PPGD em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie (Capes 6). Líder do grupo de pesquisas CNPq Modernas Tendências da Teoria do Delito. Correio eletrônico: *alexis@mackenzie.br*.

³ Graduado e Mestrando em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Especialista pela Faculdade IBMEC São Paulo. Professor Convidado das Pós-Graduações Lato Sensu em Direito e Processo Penal, Direito Empresarial e em Direito dos Negócios e Estruturas Empresariais da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogado e sócio de Ramunno Advogados. Correio eletrônico: *renan@ramunnoadvogados.com.br*.

RESUMO: O presente trabalho pretende analisar e criticar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que diz respeito ao acordo de não persecução penal, em especial seu entendimento sobre a natureza do instituto e distorções disso decorrentes – seu posicionamento sobre a retroatividade da Lei nº 13.964/2019 e acerca da discricionariedade do Ministério Público em oferecer o acordo –, bem como sua posição acerca dos requisitos legais do acordo, nomeadamente a confissão e a pena mínima para oferecimento da barganha.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal; Superior Tribunal de Justiça; Análise jurisprudencial.

THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND THE HIGHER COURT OF JUSTICE: A JURISPRUDENTIAL REVIEW UNDER A CRITICAL EYE

ABSTRACT: This work aims to analyze and criticize the jurisprudence of the Superior Court of Justice regarding the criminal non-prosecution agreement, in particular its understanding of the nature of the institute and resulting distortions, its understanding of the retroactivity of Law nº 13.964/2019 and about the Public Prosecution's discretion in offering the settlement, as well as its position on the legal requirements of the settlement, namely the confession and the minimum penalty for offering the plea bargain.

KEY-WORDS: Criminal Non-Prosecution Agreement; Superior Court of Justice; Caselaw study.

INTRODUÇÃO

As discussões em torno das soluções negociadas do caso criminal têm ganhado, cada vez mais, destaque no cenário jurídico brasileiro. Desde o advento da Lei nº 9.099/1995, que introduziu os institutos da composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, até o advento da Lei nº 13.964/2019, que positivou o acordo de não persecução penal, os

debates doutrinários e jurisprudenciais acerca da barganha no processo penal pátrio vêm se amplificando.

O *plea bargaining*, em verdade, sofre grandes críticas, tanto de liberais e “garantistas”, quanto de conservadores e “punitivistas”⁴, todavia é uma realidade que não se pode mais ignorar – trata-se, possivelmente, de um caminho sem volta, decorrente de uma crise de legitimidade do direito penal, há muito denunciada⁵.

De outro lado, é inegável a existência de vantagens práticas àqueles envolvidos no litígio criminal – vale dizer: o sujeito passivo da persecução penal se poupa do desgaste do processo, dos riscos decorrentes da condenação e dos prejuízos sociais decorrentes deste contexto; a vítima passa a ter maiores chances de satisfação de seus interesses patrimoniais; e, o Ministério Público economiza tempo e recursos. Aliás, esta economia nos faz crer que, dificilmente, haverá algum retrocesso nesta tendência de aumento dos espaços de consenso no processo penal, que é, na verdade, internacional (OLIVÉ, 2018, p. 3).

Com um olhar pragmático, resta apenas compreender e, eventualmente, criticar a aplicação do instituto. Com efeito, ao longo dos últimos anos, o Superior Tribunal de Justiça tem sido instado a se manifestar sobre diversos temas relacionados ao art. 28-A do Código de Processo Penal – o presente estudo pretende se debruçar sobre tais entendimentos, sob um olhar crítico, por meio de pesquisa bibliográfica.

De antemão, à título de nota metodológica, esclarece-se que não se pretende realizar um estudo jurimétrico. Todavia, foi analisada a extensa maioria dos acórdãos da Corte, com o objetivo de verificar os entendimentos adotados e suas tendências jurisprudenciais⁶. Ressalva-se que nem todos os temas

⁴ Sobre o tema, que não é o objeto específico do presente estudo, remetemos o leitor à obra de BRITO e VANZOLINI (Acordo de não-persecução. Parâmetros para o necessário devido processo e a paridade de armas, 2021).

⁵ Em relação à dita crise de legitimidade, confira-se LOPES JR. (Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica, 2022, p. 93 a 172).

⁶ Até o momento de fechamento do presente artigo, em consulta ao sítio eletrônico do Superior Tribunal de Justiça por julgados relativos ao art. 28-A do Código de Processo Penal, localizavam-se 263 acórdãos. Os entendimentos foram um a um analisados.

decididos pelo Superior Tribunal de Justiça serão analisados no presente estudo, diante do recorte metodológico que se fez necessário.

Este estudo, portanto, dedicar-se-á à análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que toca à natureza do acordo de não persecução penal, bem como ao seu entendimento sobre requisitos para o acordo. Não serão, porém, analisados os entendimentos de natureza eminentemente procedimentais⁷.

Deste modo, em um primeiro momento, será analisada a natureza do instituto pela Corte e as alterações que decorrem deste entendimento, em especial o posicionamento sobre a retroatividade da Lei nº 13.964/2019, no que toca ao acordo de não persecução penal e a reconhecida “discrecionabilidade regrada” de que dispõe o Ministério Público na celebração do acordo. Em seguida, serão analisados os entendimentos relativos aos requisitos para celebração do acordo de não persecução penal: exigência de confissão e a pena mínima para cabimento do acordo e seu cabimento na hipótese de procedência parcial da pretensão acusatória. Ao fim, então, serão tecidas algumas considerações a título de conclusão.

Espera-se com o presente artigo aclarar o posicionamento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça sobre o acordo de não persecução penal, analisando-o sob um olhar crítico, contribuindo para a reflexão e, quiçá, a melhor aplicação do instituto.

1. NATUREZA DO INSTITUTO E AS DISTORÇÕES DECORRENTES

⁷ Temáticas como o procedimento para revisão da negativa do acordo pelo órgão superior (HC n. 664.016/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021; AgRg no REsp n. 1.948.350/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 17/11/2021), possibilidade de preclusão do pedido de revisão da negativa ministerial (AgRg no RHC n. 151.413/PE, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 5/10/2021; HC n. 612.449/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 28/9/2020), rescisão do acordo (HC n. 615.384/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/2/2021, DJe de 11/2/2021) e regras aplicáveis ao cumprimento das condições do acordo (CC n. 192.158/MT, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 9/11/2022, DJe de 18/11/2022; CC n. 191.598/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 26/10/2022, DJe de 4/11/2022) não serão abordadas nesta oportunidade.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que o acordo de não persecução penal não constitui um direito subjetivo do sujeito passivo da persecução penal, cabendo ao Ministério Público analisar a necessidade e a suficiência do acordo para reprovar e prevenir a infração penal.⁸⁻

9

Esta, em verdade, era uma tendência, eis que idêntico posicionamento já era adotado no que diz respeito à suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/1995.¹⁰

Deste entendimento, naturalmente, decorrem consequências, algumas das quais serão aprofundadas nas seções subsequentes. Antes disso, porém, necessário tecer algumas considerações críticas sobre o referido entendimento.

Como bem pontuam BRITO e VANZOLINI, a noção de direito subjetivo decorre da aquisição de determinado direito (objetivo) por determinado sujeito, o que se dá apenas e tão somente pelo preenchimento dos requisitos legais,

⁸ “A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é fixada no sentido de que não há direito subjetivo do acusado ao ‘Acordo de Não Persecução Penal’, sendo certo que apenas o Ministério Público Federal, na condição de titular da ação penal pública, nos termos do inciso I do art. 129 da Carta Magna detém a faculdade de, após metucioso exame do caso concreto, oferecer, ou não, a benesse.” (AgRg no REsp n. 1.945.816/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022).

⁹ Exemplificativamente, ainda, citamos: AgRg no REsp n. 1.931.168/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023; AgRg no HC n. 766.663/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 21/12/2022; AgRg no REsp n. 1.995.326/PB, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 2/12/2022; AgRg no HC n. 701.443/MS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022; AgRg no REsp n. 2.006.770/RN, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022; EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.816.322/MG, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021; AgRg no RHC n. 130.587/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020; AgRg no REsp n. 1.998.721/RN, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022; AgRg no REsp n. 2.025.513/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022; e, outros.

¹⁰ AgRg no AREsp n. 607.902/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Quinta Turma, julgado em 10/12/2015, DJe 17/2/2016; AgRg no HC n. 504.074/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/8/2019, DJe de 23/8/2019; AgRg no REsp n. 1.849.860/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/5/2020, DJe de 10/6/2020; e, outros.

sendo seu exercício uma faculdade do titular que poderá, inclusive, exigir que seu direito seja respeitado (BRITO & VANZOLINI, 2021)¹¹.

De fato, tratando-se de um instituto despenalizador – em que o cumprimento das condições estabelecidas acarreta a extinção da punibilidade, conforme a literalidade do §13, do art. 28-A do Código de Processo Penal –, que, portanto, limita o *ius puniendi*, preservando as liberdades individuais em face do Estado, há de se considerar que presentes os requisitos legais ocorre a aquisição do direito a não ser submetido à persecução penal, desde que cumpridas as condições estipuladas – trata-se de um *direito público subjetivo*¹². Nesta linha, RESENDE pondera que, como o acordo de não persecução penal é um instituto inserido no âmbito proteção à liberdade de locomoção, não é possível que o *parquet* promova restrições arbitrárias e subjetivas (2020, p. 1560)¹³.

¹¹ Nas palavras dos autores: “Atualmente, considera-se que os direitos subjetivos podem tanto derivar de uma ordem vinculada à natureza humana (a exemplo dos direitos humanos) como de um ordenamento positivo. Na verdade, os direitos subjetivos consistem na possibilidade que o ser humano tem de estabelecer relações jurídicas (justas) e de exigir respeito às já constituídas. O que usualmente dizemos ‘alguém tem o direito a isto’ ou ‘não tem direito àquilo’ pressupõe que o direito seja subjetivo. Nesse processo de ‘transformação’ do direito objetivo em subjetivo constatamos três facetas: a primeira, que corresponde à aquisição quando preenchidos os requisitos legais; a segunda, de disponibilidade de exercê-lo ou não; e uma terceira, a força de exigir que seja respeitado. Pensemos, por exemplo, no nascituro, que pode adquirir certos direitos, como o direito à vida, mas não pode dispor dele ou mesmo exigi-lo. A noção de direito subjetivo não tem por que funcionar diferentemente no ramo penal. Se o acusado preenche os requisitos legais, adquire o direito a celebrar o acordo. Poderia, contudo, não aceitar e, ou seja, não exercê-lo, mas jamais não adquiri-lo se preencheu todos os requisitos.” (BRITO & VANZOLINI, 2021, p. 28 e 29)

¹² Essa é posição também é adotada por BADARÓ (2022, p. 193) e (LOPES JR., Direito Processual Penal, 2023, p. 93).

¹³ Para o autor, “[o] ‘Acordo de Não Persecução Penal’ é um instituto que, como já antes ressaltado, insere-se no âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de locomoção, de modo que é defeso ao Ministério Público, enquanto órgão do Estado, promover restrições arbitrárias e subjetivas ao gozo do direito. Os direitos fundamentais se apresentam como direitos de defesa e como direitos a prestações, sendo que estes últimos se subdividem em direitos de prestação fática e de prestação jurídica. A diferença entre direitos de defesa e direitos de prestação reside no comando prescritivo das normas jurídicas definidoras de direitos fundamentais, ou seja, nas obrigações ou proibições que recaem sobre os destinatários dos direitos fundamentais. Na qualidade de direitos de defesa, os direitos fundamentais impõem ao Estado um dever de abstenção, proibindo-o de praticar atos de ingerência ou restrição na autonomia pessoal e na propriedade privada. O papel dos direitos fundamentais, nessa condição, é a de assegurar ao indivíduo a possibilidade de realizar ou não uma ação de acordo com sua vontade, respeitados os limites legais e constitucionais. Cria-se, assim, uma esfera de proteção à liberdade pessoal imune à atividade estatal abusiva, isto é, contrária à Constituição. Por outro lado, na condição de direitos prestacionais, os direitos fundamentais obrigam a Administração a implementar os meios e as condições necessárias para que as pessoas possam efetivamente exercer suas liberdades fundamentais. São direitos que se realizam por meio do Estado, exigindo-se, portanto, do Poder Público uma postura ativa no sentido de executar prestações fáticas e jurídicas em favor dos indivíduos. O direito à liberdade de locomoção opera, concomitantemente, como um direito de defesa e como um de direito de prestação, possuindo, portanto, dupla dimensão positiva e negativa. Nessa esteira, o Ministério Público não pode deixar de propor o ‘Acordo de Não Persecução Penal’ ao interessado se

O fato de se tratar propriamente de um acordo – portanto, um ato negocial – não tem o condão de alterar sua natureza¹⁴, já que as partes, no âmbito da negociação, pactuam a forma de exercício de tal direito, isto é, as condições do acordo de não persecução penal. Justamente por isso é que a melhor leitura do instituto é aquela que o contempla como uma estrutura bifaseada: em um primeiro momento, o sujeito passivo da persecução penal aceita barganhar e, em um segundo momento, as cláusulas do acordo são discutidas, resguardando-se a possibilidade de rediscussão, inclusive judicial, das cláusulas apresentadas (BRITO & VANZOLINI, 2021, p. 33).

Com efeito, a possibilidade de revisão de cláusulas iníquas e abusivas é aceita de forma – provavelmente – uníssona em negócios jurídicos privados, em que não há paridade entre os contratantes. É o caso, por exemplo, das relações consumeristas, em que tal possibilidade decorre da própria Lei. Ora, se o sistema jurídico já aceita a possibilidade de rediscussão de cláusulas desproporcionais no âmbito de uma relação privada, com muito mais razão deve aceitar a rediscussão das cláusulas do acordo de não persecução penal, que é firmado entre o Estado e o sujeito passivo da persecução penal – uma relação claramente mais desigual do que uma relação consumerista.¹⁵

presentes todos os requisitos legais do benefício, sob argumento de conveniência e oportunidade para a promoção da ação penal em juízo, sendo-lhe vedado criar obstáculos arbitrários e, especialmente, subjetivos à celebração do acordo. O direito à liberdade de locomoção não é absoluto. Porém, enquanto direito de hierarquia constitucional, somente pode ser restringido por normas constitucionais ou em virtude delas. Os direitos fundamentais podem ser limitados e restringidos em caráter geral pela própria Constituição ou normas infraconstitucionais, cuja criação é autorizada pela Carta Magna, bem como por outros direitos fundamentais ou por bens constitucionalmente tutelados, independentemente de expressa autorização constitucional para a restrição. As colisões entre direitos fundamentais ou conflitos entre esses direitos e outros bens constitucionais legitimam o estabelecimento de restrições a direitos fundamentais não submetidos a reserva constitucional expressa nesse sentido.” (RESENDE, 2020, p. 1560 e 1561).

¹⁴ A compatibilidade da natureza negocial do instituto com sua natureza de direito subjetivo também é defendida por RESENDE (2020, p. 1558).

¹⁵ Essa proposta é apresentada por BRITO e VANZOLINI, ao constatarem que “[...] o Ministério Público dispõe de mais condições e poderes que podem prejudicar a igualdade das partes, e funcionar como coação ao acusado, no momento que seu futuro é decidido. Assim, não é possível se falar de igualdade de partes contratantes como em uma negociação contratual privada tradicional; como aponta ORTIZ, trata-se de um eufemismo por trás do qual está, na maioria dos casos, um ‘ou aceitas ou receberás uma pena maior’. Se no direito privado, no qual as consequências são de caráter patrimonial, é senso comum que perdem validade as cláusulas pela condição de vulnerabilidade que justamente apontam a desigualdade de forças entre as partes (por exemplo, o consumidor), como muito mais razão não se pode admitir que no direito penal essa máxima seja desrespeitada. Portanto se é verdade que a regra do contrato civil de livre e voluntária aceitação do acordo deve ser preservada, também é verdade que certas regras de caráter público também devem ser obedecidas. Por isso o ideal seria tratar o acordo em duas fases diversas: uma inicial, na qual se aceita barganhar; e outra, na qual são discutidas ou não as cláusulas do acordo. O réu pode estar disposto a

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça decorre de uma leitura das expressões “necessário e suficiente” constantes do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, por meio da qual se defende que o Ministério Público tem o poder de, por seu próprio critério, ofertar a proposta *se a considerar necessária e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal*¹⁶. Essa, porém, não é a melhor leitura do dispositivo.

Sem dúvida, o sistema seria contraditório se, de um lado, impusesse ao *parquet* o dever legal de atuar (obrigatoriedade da ação penal pública¹⁷) e, de outro, um poder discricionário para ofertar o acordo de não persecução penal (uma hipótese de mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública) (RIOS & COSTA, 2022, p. 4)¹⁸.

Há a necessidade de haver balizas a esta oportunidade conferida pela Lei, as quais não podem ter outra fonte que aquelas já existentes no atual sistema. Vale dizer, conforme lecionam RIOS e COSTA, as expressões escolhidas pelo legislador no art. 28-A do Código de Processo Penal guardam “estranha proximidade” com o art. 59 do Código Penal, que confere ao juiz a liberdade de estabelecer as penas aplicáveis, a quantidade de pena, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de

barganha, mas não concorda com as cláusulas do acordo. Deve lhe ser garantido o duplo grau de jurisdição e a possibilidade de discutir apenas as cláusulas que lhe são apresentadas, como a qualidade da prestação de serviços, quantias que deverá pagar como prestação pecuniária e até mesmo os bens que deverão ser perdidos” (2021, p. 33).

¹⁶ “O acordo de não persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal.” (AgRg no REsp n. 1.931.168/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023).

¹⁷ Elucidativas é a lição de BADARÓ ao afirmar que “[o] art. 24 do CPP dispõe que a ação penal ‘será promovida’ por denúncia do Ministério Público. Não há, pois, campo para discricionariedade. O Ministério Público não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação mediante o oferecimento da denúncia” (2022, p. 232). Acrescente-se a isso que o acordo de não persecução penal apenas poderá ser proposto quando houver justa causa para a denúncia – é o que se extrai do *caput* art. 28-A do Código de Processo Penal que “[n]ão sendo o caso de arquivamento” o acordo poderá ser proposto.

¹⁸ “O dever de exercer a ação penal surge quando se está diante de uma situação fática ensejadora de sua obrigatoriedade, isto é, quando os elementos informativos do inquérito permitirem concluir pela possível ocorrência de um crime. De outra sorte, não pode prever a norma, concomitantemente, um dever legal de atuar de um lado e um poder discricionário de outro. Seria, pois, uma contradição em seus próprios termos. Por isso, a importância de a própria lei prever as hipóteses de incidência da permissão. Por essa razão, a oportunidade deve sempre manter um vínculo com a legalidade por meio da previsão de pressupostos de sua autorização. Uma discricionariedade completamente desvinculada de parâmetros legais, ao livre critério do membro do Ministério Público, é suscetível de corromper as finalidades do processo e prejudicar a defesa dos direitos e das garantias fundamentais do imputado.” (RIOS & COSTA, 2022, p. 4)

liberdade, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (2022, p. 9 e 11).

Os critérios de prevenção e repressão funcionam como limites para aplicação da sanção e não propriamente seu fundamento – o fundamento da reprimenda é a culpabilidade do agente, aferida no curso da instrução e reconhecida ao fim do processo, de modo que sequer poderia ser analisada no momento de oferecimento do acordo¹⁹. É dever lembrar que ao devido processo legal é garantido pela Constituição Federal, e que todo o sistema de acordos o viola frontalmente quando permite a aplicação de uma pena sem processo. Um caminho para salvar a regra constitucional é exatamente reconhecer o caráter subjetivo do acordo, mantendo dentro da autonomia do acusado qual regra pretende aproveitar. Portanto, a melhor interpretação do texto é aquela mais restritiva, que enxergue o prosseguimento do processo como *ultima ratio* e que seja proporcional dentro do contexto analisado, com o objetivo de tornar a análise objetiva e limitar o poder punitivo – “[q]ualquer tentativa de ampliar a discricionariedade das agências penais de controle certamente caminha em direção inversa” (RIOS & COSTA, 2022, p. 11).

Em suma, a Lei confere ao órgão ministerial a atribuição de analisar, segundo o critério da proporcionalidade e norteado pelo postulado da *ultima ratio*, se há elementos objetivos que impeçam a oferta do acordo e, conseqüentemente, imponham a necessidade de propositura da ação penal. Inexistindo estes elementos, o sujeito passivo da persecução penal possui o direito subjetivo à celebração do acordo de não persecução penal.

Uma vez fixada esta premissa e refutado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário, nas seções subsequentes serão apresentadas e analisadas algumas alterações decorrentes.

1.1. A *MENS LEGIS* E A RETROATIVIDADE DA LEI Nº 13.964/2019

¹⁹ “Sua finalidade [do acordo de não persecução penal] não é legitimar o exercício do poder punitivo estatal, após a verificação da imputação penal, por meio de devido processo legal. Entre punir melhor ou punir mais, ficou-se com o segundo objetivo.” (BADARÓ, 2022, p. 191).

Uma vez que entende que o acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do sujeito passivo da persecução penal, o Superior Tribunal de Justiça adota expressamente uma visão pragmática da utilidade da barganha no processo penal brasileiro. Vale dizer, assume-se que o acordo de não persecução penal se presta a “poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime”²⁰⁻²¹.

A intenção do legislador, portanto, não era conferir um direito ao sujeito passivo da persecução penal, mas notadamente economizar recursos – esta constatação é o fundamento para o entendimento da Corte sobre a retroatividade da Lei nº 13.964/2019.

O entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o acordo de não persecução penal incide sobre fatos anteriores à vigência da Lei, desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia²², isso porque, se já instaurado o processo-crime, a oferta do acordo desvirtuaria o instituto despenalizador – ou seja, se o processo já foi iniciado, esvazia-se a

²⁰ AgRg no HC 628.647/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 07/06/2021.

²¹ Na mesma linha, colecionam-se julgados: RHC n. 150.060/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17/8/2021, DJe de 20/8/2021; AgRg no AREsp n. 1.787.498/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021; AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 17/3/2023.

²² AgRg no REsp n. 1.977.203/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023; AgRg no REsp n. 2.038.578/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/5/2023, DJe de 22/5/2023; AgRg no REsp n. 1.931.168/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023; AgRg no HC n. 813.496/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/4/2023, DJe de 3/5/2023; AgRg no REsp n. 2.011.688/SC, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 2/5/2023; AgRg no REsp n. 2.050.499/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no RHC n. 167.973/MS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 27/4/2023; AgRg no REsp n. 2.001.036/GO, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no REsp n. 2.015.032/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 26/4/2023; AgRg no REsp n. 2.041.062/MS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023; AgRg no RHC n. 174.552/BA, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 20/3/2023, DJe de 29/3/2023; AgRg no REsp n. 2.016.143/GO, relator Ministro João Batista Moreira (Desembargador Convocado do TRF1), Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023; AgRg no HC n. 736.449/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 23/9/2022; AgRg no RHC n. 142.242/SC, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe de 25/4/2022; e, outros.

intenção de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente a sua instauração²³.

Necessário ponderar, no entanto, que, em um primeiro momento, este, que já era o entendimento da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, não era encampado pela Sexta Turma da Corte, que entendia pela possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado do processo²⁴. A tendência jurisprudencial não foi mantida, tendo a Sexta Turma aderido, em um segundo momento, ao posicionamento da Quinta Turma²⁵. Esta visão causa, por óbvio, graves distorções.

Se, de um lado, o acordo de não persecução penal não é visto como um direito subjetivo – como, de fato, o é, conforme já exposto na seção anterior – e,

²³ Nesta linha: “1. O acordo de não persecução penal foi instituído com o propósito de resguardar tanto o agente do delito, quanto o aparelho estatal, das desvantagens inerentes à instauração do processo-crime em casos desnecessários à devida reprovação e prevenção do delito. Para isso, o Legislador editou norma despenalizadora (28-A, caput, do Código de Processo Penal) que atribui ao Ministério Público o dever de oferecer, segundo sua discricionariedade regrada, condições para o então investigado (e não acusado) não ser denunciado, caso atendidos os requisitos legais. Ou seja, o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente em hipótese na qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia, aplica-se ainda na fase pré-processual e, evidentemente, consubstancia hipótese legal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. 2. Não há previsão legal de que a oferta do ANPP seja formalizada após a instauração da fase processual. Para a correta aplicação da regra, há de se considerar o momento processual adequado para sua incidência, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. É por isso que a consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 8.º e 10 do art. 28-A do Código de Processo Penal, e não o prosseguimento da instrução.” (AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 17/3/2023); e, ainda “1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. 2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da lex mitior, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio tempus regit actum, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. 4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual. 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 628.647/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, relatora para acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 7/6/2021).

²⁴ AgRg no HC n. 575.395/RN, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14/9/2020.

²⁵ AgRg no HC 628.647/SC, Ministro Nefi Cordeiro, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 07/06/2021

de outro, é conferida maior relevância econômica ao instituto²⁶, por mais que se reconheça a existência de efeitos penais da lei nova mais benéfica, há uma indevida limitação temporal da incidência da norma.

Relevante mencionar, todavia, que há julgados de relatoria do então Ministro Nefi Cordeiro em que este entendimento não prevaleceu²⁷. Trata-se de entendimento pessoal do magistrado, que possui produção acadêmica em que defende a retroatividade da Lei nº 13.964/2019, no que toca ao acordo de não persecução penal, sujeitando-se à preclusão caso a medida não seja solicitada em sua primeira manifestação no processo desde a vigência da lei (AGUIAR, CORDEIRO, & AGUIAR, 2023).

De fato, não seria coerente entendimento diverso, sobretudo porque idêntica hipótese já foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 1.719, de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, em que se conferiu interpretação conforme ao art. 90 da Lei nº 9.099/1995 – que vedava a aplicação desta (nova) lei aos processos cuja instrução já tivesse sido iniciada – para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus previstas²⁸. Quer dizer, tratando-se de norma cuja aplicação afete o *status libertatis* do réu, necessária sua aplicação retroativa, sob pena de violação do art. 5º, XL da Constituição Federal, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

A natureza híbrida da norma que prevê o acordo de não persecução penal não parece ser um ponto de controvérsia nos Tribunais Superiores. Tanto o

²⁶ Tal como já salientado anteriormente, não se nega a incontestável relevância econômica do instituto, eis que, de fato, “[...] é um mecanismo de justiça penal consensual, que visa à solução de conflitos de modo eficiente, com menos custo e mais rapidamente, mas inegavelmente comprometendo a qualidade da justiça” (BADARÓ, 2022, p. 190). O que se pondera, no entanto, é que a relevância econômica não pode ser sobreposta aos interesses individuais perante o Estado: se aprovar ao legislador adotar medidas mais benéficas com o objetivo de economizar recursos, esta solução, por ser mais benéfica, deveria – em nosso entendimento – retroagir, por aplicação evidente do Parágrafo Único do art. 2º do Código Penal.

²⁷ EDcl no AgRg no AREsp n. 1.319.986/PA, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 26/2/2021; PExt no AgRg no HC n. 575.395/RN, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 18/12/2020; AgRg no HC n. 575.395/RN, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14/9/2020.

²⁸ ADI 1.719, relator Ministro Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, julgado em 18/6/2007, DJe de 02/8/2007.

Superior Tribunal de Justiça²⁹, quanto o Supremo Tribunal Federal³⁰⁻³¹ têm reconhecido o caráter penal da norma, notadamente em razão da previsão de extinção da punibilidade do sujeito passivo da persecução penal que cumpre os deveres estabelecidos no acordo.

Deste modo, verifica-se que o entendimento mais adequado é aquele que confere verdadeira efetividade à norma prevista no art. 5º, XL da Constituição Federal. Equivale a dizer: a norma constitucional não deve ser relativizada pela *mens legis*, antes esta deve ser relativizada àquela. Com este fundamento, em casos ainda pontuais, o Supremo Tribunal Federal já entendeu pela possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal a atingir tanto investigações criminais, quanto ações penais em curso, até o trânsito em julgado³².

1.2. DISCRICIONARIEDADE REGRADA E A CONTRADITÓRIA IMPOSSIBILIDADE DE CONTROLE JUDICIAL

Ainda por decorrência do entendimento de que o acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do sujeito passivo da persecução

²⁹ AgRg no HC n. 628.275/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023; AgRg no HC n. 782.272/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 17/2/2023; AgRg no HC n. 778.828/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022; AgRg no AREsp n. 1.940.746/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022; e, outros.

³⁰ HC 191.464 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, DJe de 26/11/2020, que foi reafirmado em diversas outras oportunidades, sobretudo da Primeira Turma, mas também pelo Plenário da Corte, no julgamento do ARE 1.419.591 AgR, relator Ministro Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 27/3/2023, DJe de 30/5/2023.

³¹ A possibilidade de aplicação retroativa da Lei nº 13.964/2019, no entanto, ainda não foi pacificada pelo Supremo Tribunal Federal, tendo sido afetada ao Plenário as seguintes questões: “a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado? b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?” (HC 185.913/DF, relator Ministro Gilmar Mendes, DJe de 23/9/2020).

³² HC 220.249, relator Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 6/2/2023; HC 206.660 AgR-segundo, relator Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 31/3/2023; HC 217.275 AgR-segundo, relator Min. Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 10/4/2023.

penal, prevalece no Superior Tribunal de Justiça que ao *parquet* é conferida uma discricionariedade regrada, por meio da qual, mediante fundamentação idônea (sem a qual haveria nulidade absoluta³³), o membro do Ministério Público pode analisar a necessidade e a suficiência do acordo para resolução do caso concreto.³⁴

Como já assentamos acima, a discricionariedade do Ministério Público decorre de uma interpretação que nos parece ser equivocada da literalidade do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal (RIOS & COSTA, 2022, p. 11).

De todo modo, mais problemático nos parece ser o entendimento de que é inviável o controle desta decisão do *parquet*. Com efeito, tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça a ideia de que, ainda que a justificativa utilizada pelo Ministério Público seja inválida para negar o acordo, não é possível que haja o controle jurisdicional da decisão.

Para exemplificar tal entendimento, no julgamento do AgRg no RHC n. 171.883/RS, de relatoria do Ministro Messod Azulay Neto, entendeu-se que embora a recusa do Ministério Público, mantida pela instância revisora, tenha se fundamentado na ausência de confissão prévia do agente, contrariando

³³ “4. Por constituir um poder-dever do Parquet, o não oferecimento tempestivo do ANPP desacompanhado de motivação idônea constitui nulidade absoluta. 5. Presunção de prejuízo decorrente da instauração do processo-crime detalhadamente declinada no voto-vista do Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, como a interrupção do prazo prescricional, eventual óbice à incidência do art. 89 da Lei n. 9.099/95 por outras condutas, v.g.” (AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 17/3/2023). Na mesma linha: “2. Hipótese em que a ação penal foi ajuizada em 2/12/2019, sendo a denúncia rejeitada pelo Juízo de origem em 15/1/2020, com o posterior recebimento da denúncia pela Corte a quo, em 28/8/2020. 3. Considerando a ausência de recusa motivada do Ministério Público quanto ao acordo de não persecução penal antes do recebimento da denúncia, cabível a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, que veio ao mundo jurídico pela Lei n. 13.964/2019.” (AgRg no REsp n. 1.937.587/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 23/11/2021, DJe de 29/11/2021).

³⁴ AgRg no REsp n. 1.979.935/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022; RHC n. 161.251/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022; AgRg no HC n. 712.029/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022; AgRg no RHC n. 155.076/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 16/12/2021; AgRg no RHC n. 152.763/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022; HC n. 612.449/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/9/2020, DJe de 28/9/2020; AgRg no RHC n. 130.587/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 23/11/2020; AgRg no HC n. 622.527/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/2/2021, DJe de 1/3/2021; AgRg no HC n. 708.105/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021; e, outros.

precedente do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema, “não compete ao Poder Judiciário determinar nova análise do pedido defensivo, uma vez que todas as providências legais já foram devidamente cumpridas pelas instâncias ordinárias”³⁵. Em outras palavras, ainda que haja entendimento no Superior Tribunal de Justiça de que a negativa é ilícita, nada pode ser feito.³⁶

Há julgados que expressamente consagram a legitimidade do Ministério Público para adotar uma política criminal, na escolha de quais casos processará e quais casos serão resolvidos por acordo³⁷⁻³⁸ – o que, *per se*, seria criticável do ponto de vista de legitimidade democrática para fazê-lo, o que, todavia, não é o objeto do presente estudo. Vale a nota de que, antes mesmo da promulgação da Lei nº 13.964/2019, diante da Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, RIBEIRO e COSTA já criticavam o que chamaram de *degeneração das funções institucionais do Ministério Público* (2019, p. 8). Igualmente crítico a este movimento de expansão do *plea bargaining* é LOPES JR., pontuando uma indevida incursão do Ministério Público em um terreno que

³⁵ AgRg no RHC n. 171.883/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 3/3/2023.

³⁶ "II - Embora haja precedente deste Tribunal no sentido de que a inexistência de confissão formal e circunstanciada na fase do inquérito policial não poderá obstar a celebração do acordo de não persecução penal, desde que haja manifestação da defesa, oportunidade em que será designada audiência para que o acusado cumpra o requisito em tela, tem-se que no presente caso esse procedimento seria inviável, diante da manifestação do órgão superior pela impossibilidade de celebração do referido acordo que, como bem observado pelas instâncias ordinárias, não constitui direito subjetivo do acusado, estando dentro da discricionariedade do Ministério Público como titular da ação penal. III - Não compete ao Poder Judiciário determinar nova análise do pedido defensivo, uma vez que todas as providências legais já foram devidamente cumpridas pelas instâncias ordinárias, sendo caso de deferência a afirmação constante do aresto vergastado no sentido de que "O Juízo a quo adotou as medidas que lhe competiam para auferir a possibilidade de oferecimento do acordo em favor do paciente, o que foi negado pela Instância revisora do Ministério Público. Mais não lhe cabia fazer. A análise da conveniência da medida incumbe somente ao Ministério Público, que decide, de forma discricionária, a respeito de sua procedibilidade conforme requisitos previstos em Lei" (fl. 101)." (AgRg no RHC n. 171.883/RS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 3/3/2023).

³⁷ Importante mencionar que tal entendimento não foi concebido no Superior Tribunal de Justiça, mas sim no Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 195.327 AgR, relator Ministro Alexandre de Moraes, Primeira Turma, julgado em 8/4/2021 DJe de 13/4/2021.

³⁸ AgRg no REsp n. 2.025.513/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022; AgRg no HC n. 685.200/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021; EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp n. 1.816.322/MG, relator Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 22/6/2021, DJe de 25/6/2021.

deveria ser do Judiciário – “[n]ão sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal”³⁹ (2015, p. 13).

Ademais, tem prevalecido que a possibilidade de revisão da decisão de não oferecimento do acordo de não persecução penal se limita à análise da necessidade e suficiência do acordo – leia-se condições subjetivas – e não às condições objetivas⁴⁰. Não sendo oferecido o acordo por se entender que está ausente uma condição objetiva, sequer haveria a necessidade de remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público⁴¹.

Tem-se, para além disso, que o magistrado não pode suprir a vontade ministerial na celebração do acordo de não persecução penal⁴²; e, que o não oferecimento do acordo de não persecução penal não enseja a rejeição da denúncia, por não se tratar de condição de procedibilidade da ação penal⁴³.

Este cenário nos faz constatar que, embora se afirme haver uma discricionariedade regrada ou um poder-dever ministerial, há a contraditória impossibilidade de controle jurisdicional da decisão do Ministério Público.

A afirmação de que o mérito ministerial não está sujeito ao controle jurisdicional não pode ser tida como correta⁴⁴. Isso porque o *parquet*, sendo um

³⁹ “A ‘negotiation’ viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente se limita a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal.” (LOPES JR., Prefácio, 2015, p. 13)

⁴⁰ HC n. 664.016/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021; AgRg nos EDcl no REsp n. 2.048.216/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023; AgRg no REsp n. 2.004.661/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022; e, outros.

⁴¹ HC n. 668.520/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.

⁴² AgRg no HC n. 685.200/RJ, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 24/8/2021, DJe de 30/8/2021.

⁴³ AgRg no REsp n. 2.047.673/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023; AgRg no REsp n. 1.948.350/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe de 17/11/2021.

⁴⁴ “3. Assim, ao se interpretar conjuntamente os arts. 28-A, § 14, e 28, caput, ambos do Código de Processo Penal, chega-se às seguintes conclusões: a) Em razão da natureza jurídica do acordo de não persecução penal (negócio jurídico pré-processual) e por não haver, atualmente, norma legal que impõe ao Ministério Público a remessa automática dos autos ao órgão de revisão, tampouco que o obriga a expedir notificação ao investigado, poderá a acusação apresentar os fundamentos pelos quais entende incabível a propositura do ajuste na cota da denúncia; b) Recebida a inicial acusatória e realizada a citação, momento no qual o acusado terá ciência da recusa ministerial em propor o acordo, cabe ao denunciado requerer

agente público, deve observar a legalidade, impessoalidade, moralidade (art. 37, *caput* da Constituição Federal) e a razoabilidade (princípio implícito), na prática de seus atos de ofício, ainda que sejam tidos por discricionários. Mais que isso, qualquer discricionariedade conferida por Lei a um agente público está sujeita, em alguma medida, ao controle judicial (DI PIETRO, 2019, p. 254 a 256).

Segundo o magistério de DI PIETRO, é superada a antiga ideia de que atos discricionários não estavam submetidos ao controle jurisdicional. Na atual ordem constitucional, cabe ao magistrado avaliar se a discricionariedade foi exercida dentro dos limites legais, eis que uma decisão que invalida determinado ato por irrazoabilidade ou desproporcionalidade, por exemplo, não controla o mérito, mas sim sua legalidade – “*não se pode confundir controle do mérito com controle dos limites legais da discricionariedade*”⁴⁵ (DI PIETRO, 2019, p. 254 e 256).

(conforme exige o art. 28-A, §14, do CPP) ao Juízo (aplicação do art. 28, *caput*, do CPP, atualmente em vigor), na primeira oportunidade dada para a manifestação nos autos, a remessa dos autos ao órgão de revisão ministerial; c) Uma vez exercido o direito de solicitar a revisão, cabe ao Juízo avaliar, com base nos fundamentos apresentados pelo Parquet, se a recusa em propor o ajuste foi motivada pela ausência de algum dos requisitos objetivamente previstos em lei e, somente em caso negativo, determinar a remessa dos autos ao Procurador-Geral. É dizer, o Juízo, abstendo-se de apreciar o mérito ministerial (o qual pode ser verificado, por exemplo, quando o pacto não for celebrado tão somente em razão de não ser necessário e suficiente para a prevenção do crime), poderá negar o envio dos autos à instância revisora caso constate que os pressupostos objetivos para a concessão do acordo não estão presentes, pois o simples requerimento do acusado não impõe a remessa automática do processo, em consonância com a interpretação extraída do art. 28 *caput*, do Código de Processo Penal, e a ‘*ratio decidendi*’ da cautelar deferida na ADI n. 6.298/DF. De fato, autorizar a imediata remessa dos autos após simples pedido da Parte esvaziaria a decisão proferida pela Suprema Corte na referida ADI, a qual teve por objetivo justamente evitar o extremo impacto na autonomia e gestão administrativa e financeira do Ministério Público em razão do envio de milhares de pedidos de revisão.” (HC n. 664.016/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021.)

⁴⁵ “A grande diferença que se verifica com relação à evolução do mérito, sob o aspecto de seu controle judicial, é a seguinte: anteriormente, o judiciário recuava diante dos aspectos discricionários do ato, sem preocupar-se em verificar se haviam sido observados os limites da discricionariedade; a simples existência do aspecto de mérito impedia a própria interpretação da lei perante a situação concreta, levando o juiz a acolher como correta a opção administrativa; atualmente, entende-se que o Judiciário não pode alegar ‘*a priori*’, que se trata de matéria de mérito e, portanto, aspecto discricionário vedado ao exame judicial. O juiz tem, primeiro, que interpretar a norma diante do caso concreto a ele submetido. Só após essa interpretação é que poderá concluir se a norma outorgou ou não diferentes opções à Administração Pública. Se, após a interpretação, concluir que existem diferentes opções igualmente válidas perante o Direito e aceitáveis diante do interesse público a atender, o juiz não poderá corrigir o ato administrativo que tenha adotado uma delas, substituindo-a pela sua própria opção. Aí sim haverá ofensa ao princípio da separação de poderes. Trata-se de aplicar o velho ensinamento segundo o qual a discricionariedade começa quando termina o trabalho de interpretação. Por isso, quando se diz que o Judiciário pode controlar o mérito do ato administrativo, essa afirmação que ser aceita em seus devidos termos: o que o Judiciário pode fazer é verificar se, ao decidir discricionariamente, a autoridade administrativa não ultrapassou os limites da discricionariedade. Por outras palavras, o juiz controla para verificar se realmente se tratava de mérito. As decisões judiciais que invalidam atos discricionários por vício de desvio de poder, por irrazoabilidade ou desproporcionalidade da decisão administrativa, por inexistência de motivo ou de motivação, por infringência a princípios como os da moralidade, segurança jurídica, boa-fé, não estão controlando o mérito,

Portanto, tal cenário, diante da premissa já acima assentada de que o sentido da norma contida no art. 28-A do Código de Processo Penal é no sentido de que a necessidade e suficiência que devem ser analisadas o devem ser segundo o critério da *ultima ratio* e os ditames da proporcionalidade. Como dissemos, o membro do Ministério Público possui a atribuição legal de analisar o cabimento do acordo, mas deve observar que esta é a regra, sendo a denúncia – a exceção – reservada aos casos em que o acordo é objetivamente insuficiente e, conseqüentemente, o processo, necessário para a resolução do caso concreto. Esta decisão, que deve ser fundamentada, pode e deve, portanto, ser controlada pelo Judiciário, sobretudo quando não se tratar de uma motivação objetivamente inidônea.

Para RESENDE, há, na verdade, uma presunção da suficiência do acordo de não persecução penal para prevenção e repressão do crime, cabendo ao *parquet* o “ônus de demonstrar [...] que a medida despenalizadora não é suficiente para a repressão e prevenção do delito. Em suma: o ônus argumentativo é do Estado e não do investigado” (RESENDE, 2020, p. 1564).

Efetivamente, a solução dada ao caso acima mencionado (AgRg no RHC n. 171.883/RS), em que, embora tenha sido reconhecida a inidoneidade da motivação ministerial, permitiu-se a negativa à celebração do acordo, não é razoável em um Estado de Direito – eis que se permitiu o arbítrio em detrimento das liberdades individuais.

Naturalmente, deve-se questionar qual a medida judicial mais adequada para controle do ato ministerial que nega indevidamente a celebração de acordo de não persecução penal – ressalte-se, de antemão, que estas possíveis soluções são rechaçadas pelo Superior Tribunal de Justiça, como afirmado alhures.

mas a legalidade do ato. Poder-se-ia afirmar que estão controlando o mérito, no sentido antigo da expressão, mas não no sentido atual. Somente se pode falar em mérito, no sentido próprio da expressão, quando se trate de hipóteses em que a lei deixa à Administração Pública a possibilidade de escolher entre duas ou mais opções igualmente válidas perante o Direito; nesse caso, a escolha feita validamente pela Administração tem que ser respeitada pelo Judiciário. Não se pode confundir controle do mérito com controle dos limites legais da discricionariedade.” (DI PIETRO, 2019, p. 255 e 256)

Uma primeira solução possível seria a possibilidade de o magistrado suprir a vontade ministerial e ofertar o acordo de não persecução penal ao sujeito passivo da persecução penal, o que, conforme se defende, não viola o sistema acusatório, já que o Judiciário está incumbido de efetivar os direitos do jurisdicionado (RESENDE, 2020, p. 1574). Poder-se-ia argumentar, ademais, que esta conduta do magistrado não pode violar o sistema acusatório, que é, na verdade, uma garantia ao jurisdicionado e, assim, não pode ser alegada em seu desfavor.

Não consideramos, porém, que esta é a melhor solução. De fato, o acordo de não persecução penal, tal como pensado, é um negócio jurídico processual, naturalmente, bilateral, em que a inteira ausência de vontade de uma das partes impede o prosseguimento da avença.

Assim, caso o *parquet* negue indevidamente a celebração do acordo e tal posicionamento seja mantido pela instância revisora, caberá ao sujeito passivo da persecução penal manejar *habeas corpus*, com o objetivo de anular o ato e determinar o oferecimento da proposta. Caso seja desrespeitada a ordem concedida, o caminho deve ser a rejeição da denúncia com fundamento na falta de interesse de agir, decorrente da inadequação da via processual eleita⁴⁶ – eis que a prestação jurisdicional não é cabível diante do cabimento do acordo de não persecução penal. Esta posição é defendida por JUNQUEIRA, VANZOLINI, *ET AL* (2020, p. 169 e 170).

Adiante, passaremos a analisar alguns entendimentos do Superior Tribunal de Justiça no que concerne aos requisitos do acordo de não persecução penal.

2. REQUISITOS DO ACORDO

⁴⁶ Veja-se que a rejeição da denúncia não se fundamentaria na falta de condição de procedibilidade, como já rechaçado pelo Superior Tribunal de Justiça (AgRg no REsp n. 2.047.673/TO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023).

O acordo de não persecução penal, como se sabe, é cabível nos crimes (a) praticados sem violência ou grave ameaça, (b) cuja pena máxima seja inferior a quatro anos, (c) desde que o sujeito passivo da persecução penal tenha confessado formal e circunstancialmente a prática crime e (d) a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime⁴⁷, (e) não podendo ser reincidente o sujeito passivo da persecução penal ou haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional.

No acordo, devem ser ajustadas como condições (i) a obrigação de reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo a impossibilidade de fazê-lo, (ii) renunciar voluntariamente bens e direitos indicados como instrumentos, produto ou proveito do crime, (iii) prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, (iv) pagar prestação pecuniária, (v) cumprir outra condição proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Estes requisitos e condições decorrem da literalidade da Lei. Porém, a praxe trouxe algumas celeumas a serem resolvidas pelo Superior Tribunal de Justiça, as quais serão adiante analisadas.

2.1. A EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO PARA O ACORDO

O acordo de não persecução penal pressupõe a confissão do sujeito ativo da persecução penal, ao prever, o *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, que “[n]ão sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal [...]” o Ministério Público poderá propor o acordo, se presentes, obviamente, os demais requisitos.

⁴⁷ Sobre o ponto, necessário observar o que exposto no item 1, acima.

A exigência da confissão é, *per se*, muito criticada pela doutrina, pela possibilidade de falsas confissões apenas e tão somente para celebração do acordo (ROCHA & AMARAL, 2022, p. 7) e apontada como uma exigência inconstitucional (ROCHA & AMARAL, 2022, p. 9).

Sobre o ponto, o Superior Tribunal de Justiça não vê como indevida a exigência da confissão⁴⁸, entendendo, inclusive, que a negativa baseada na falta da confissão, por ser um requisito objetivo, impede a remessa dos autos para o órgão superior do Ministério Público para revisão.⁴⁹

Em relação à possibilidade de falsas confissões, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que a confissão feita com a ressalva de que o fazia apenas para ter acesso ao acordo de não persecução penal, mas que não era o autor da infração penal, não permite sua homologação, tendo em vista que esta confissão não preencheria os requisitos legais.⁵⁰

Quanto ao momento em que esta confissão deve ocorrer, há duas posições. De um lado, há julgados que consideram que a existência da confissão é uma premissa para que o *parquet* analise a presença dos requisitos subjetivos para o acordo⁵¹⁻⁵². De outro, há julgados que concluem que a inexistência de

⁴⁸ AgRg no HC n. 741.676/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022; AgRg no RHC n. 166.837/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022; AgRg no AREsp n. 1.592.070/RN, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 9/3/2021; EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.681.153/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14/9/2020; EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp n. 1.680.101/SC, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe de 19/10/2020.

⁴⁹ AgRg nos EDcl no REsp n. 2.048.216/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 12/5/2023.

⁵⁰ HC n. 636.279/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/3/2021, DJe de 23/3/2021; EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.681.153/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14/9/2020.

⁵¹ "Da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o recorrente, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau." (AgRg no HC n. 741.676/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022).

⁵² AgRg no HC n. 741.676/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022; EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.681.153/SP, relator Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 8/9/2020, DJe de 14/9/2020; AgRg no RHC n. 155.076/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 13/12/2021, DJe de 16/12/2021.

confissão prévia não pode ser entendida como desinteresse no acordo de não persecução penal, de modo que, presente os demais requisitos, o sujeito passivo da persecução penal deve ser instado a confessar formal e circunstanciadamente o delito para celebração do acordo⁵³⁻⁵⁴.

De fato, o primeiro posicionamento é coerente com uma leitura mais literal do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, que parece pressupor a existência da confissão para o cabimento do acordo. Todavia, como bem salientado no julgamento do HC nº 657.165/RJ, de relatoria do Ministro Rogério Schietti Cruz, este entendimento causa distorções: na maioria dos casos, o sujeito passivo da persecução penal, ao ser ouvido perante a autoridade policial, não está acompanhado de defesa técnica, provavelmente, não tem conhecimento sobre a possibilidade de celebração do acordo e muito menos se o membro do Ministério Público oferecerá proposta de acordo de não persecução penal – conduzindo a uma “autoincriminação antecipada com base na esperança de ser agraciado com o acordo”⁵⁵.

⁵³ "2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado - o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial - haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada. 3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual 'o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução' (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112). 4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: 'A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.'" (HC n. 657.165/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

⁵⁴ AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 17/3/2023; HC n. 657.165/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.

⁵⁵ "A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet." (HC n. 657.165/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022).

Em uma leitura sistêmica da regra do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, é de se concluir, então, que a segunda posição – predominante na Sexta Turma da Corte, capitaneada pelo Ministro Rogerio Schietti Cruz – é a mais adequada, já que prestigia, em maior grau, o direito ao silêncio e a garantia à não autoincriminação.

2.2. A PENA MÍNIMA PARA OFERECIMENTO DO ACORDO E SEU CABIMENTO NA HIPÓTESE DE PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA

O Código de Processo Penal prevê, como dito, que o acordo de não persecução penal será cabível nas infrações penais sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o *quantum* de pena abstratamente cominado à infração deve considerar as causas de aumento e diminuição previstas na denúncia, não sendo possível considerar as causas somente reconhecidas por ocasião da sentença⁵⁶.

Deste modo, prevalece no Superior Tribunal de Justiça que não é cabível o acordo de não persecução penal nas hipóteses de procedência parcial da pretensão punitiva⁵⁷, valendo, porém, notar que há entendimento no sentido

⁵⁶ AgRg no HC n. 788.988/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 15/5/2023; AgRg no AREsp n. 2.199.455/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 24/3/2023; AgRg no HC n. 770.846/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 2/12/2022; AgRg no HC n. 602.072/AL, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022; AgRg no AREsp n. 2.059.445/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022; AgRg no RHC n. 145.629/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 6/8/2021; AgRg no RHC n. 128.660/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 18/8/2020, DJe de 24/8/2020; EDcl no AgRg no AgRg no AREsp n. 1.635.787/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 13/8/2020; AgRg no REsp n. 1.945.816/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022; e, outros.

⁵⁷ "Consoante o disposto no § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, para a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, na aferição da pena mínima cominada ao crime serão consideradas as causas de aumento e diminuição, as quais, de acordo com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, devem estar descritas na denúncia, não sendo possível considerar a pena mínima apurada após a aplicação da causa

oposto, em um caso isolado⁵⁸. Portanto, diferentemente do que ocorre na suspensão condicional do processo – em que essa possibilidade é pacífica, consoante o enunciado da Súmula nº 337 da Corte –, no acordo de não persecução penal, o excesso acusatório inviabiliza o acordo de não persecução penal. Este entendimento não é razoável.

A doutrina aponta que na lógica norte-americana é possível que se promova um excesso acusatório com o objetivo de forçar um acordo menos vantajoso ao sujeito passivo da persecução penal, o que se denomina *overcharging* (RIBEIRO & COSTA, 2019, p. 6). Do ponto de vista prático, constata-se que esta estratégia faz com que 95% dos casos criminais no país sejam resolvidos por meio da barganha (RIOS & COSTA, 2022, p. 6).

Dado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o não cabimento do acordo nas hipóteses de procedência parcial da pretensão punitiva, o *overcharging* no Brasil pode surtir efeitos opostos – porém, tão nefastos quanto. Com efeito, o excesso acusatório, ainda que reconhecido por sentença, na prática inviabiliza o acordo de não persecução penal, relegando-o por completo ao arbítrio ministerial.

Para além disso, tal entendimento contraria os inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça que consolidaram, desde o início do século⁵⁹, a possibilidade de oferecimento de proposta de suspensão condicional do processo, quando houver procedência parcial da pretensão acusatória. Ambas

de diminuição, reconhecida somente por ocasião da prolação da sentença condenatória." (AgRg no AREsp n. 2.059.445/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022).
⁵⁸ "I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva. II - No caso em tela, o e. Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP. III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por *emendatio* ou *mutatio libelli* -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial. Agravo regimental provido." (AgRg no REsp n. 2.016.905/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023).

⁵⁹ Exemplificativamente, mencionamos: HC n. 24.677/RS, relator Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 26/8/2003, DJ de 5/4/2004, p. 329; HC n. 28.663/SP, relator Ministro Hamilton Carvalhido, Sexta Turma, julgado em 16/12/2004, DJ de 4/4/2005, p. 354; HC n. 32.596/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 6/5/2004, DJ de 7/6/2004, p. 254; HC n. 36.817/MG, relator Ministro Nilson Naves, Sexta Turma, julgado em 24/2/2005, DJ de 25/4/2005, p. 367; e, outros.

as situações são idealmente idênticas, eis que ambas pretendem evitar o prosseguimento do processo, mediante a sujeição do sujeito passivo da persecução penal a determinadas condições, as quais, se cumpridas, ensejarão a extinção da punibilidade – por certo, não há razões para haver um tratamento distinto para as hipóteses.

Em suma, seja por coerência jurisprudencial, seja para se evitar o abuso da discricionariedade conferida ao ente ministerial – que, como exposto, sequer se sujeita ao controle judicial (com o que também discordamos) –, não se justifica tal entendimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo se dedicou à análise crítica da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no que toca ao acordo de não persecução penal, tendo se debruçado sobre seu entendimento acerca da natureza do instituto e dos requisitos para o acordo. Não se prendeu realizar uma pesquisa jurimétrica, todavia cuidou-se de analisar a maioria dos acórdãos da Corte relativamente ao tema.

Especificamente, o firme entendimento do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do sujeito passivo da persecução penal, com o que não concordamos. Tratando-se de instrumento legal que limita o *ius puniendi* e, portanto, preserva as liberdades individuais em detrimento do Estado, não se pode afirmar que é uma mera faculdade do *parquet*. A análise da necessidade e suficiência da medida, atribuída ao Ministério Público pelo art. 28-A do Código de Processo Penal, deve considerar que o prosseguimento do processo é uma exceção, que somente terá espaço como *ultima ratio*, segundo o critério da proporcionalidade.

Deste primeiro entendimento do Superior Tribunal de Justiça decorrem diversos precedentes que autorizam a aplicação retroativa da Lei nº

13.964/2019, por constatar a natureza híbrida da norma que prevê o acordo de não persecução penal, porém a limitam ao momento de recebimento da denúncia, por decorrência da leitura de que a intenção do legislador foi prever um instituto de economia processual, de modo que, se a denúncia já foi recebida, haveria um desvirtuamento do instituto. Tal limitação é, como apuramos, indevida, haja vista que a retroatividade da lei penal benéfica decorre de norma constitucional estampada no art. 5º, XL da Constituição Federal, sendo certo que esta não deve ser relativizada pela *mens legis*.

Adiante, ainda por decorrência do entendimento de que o acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do sujeito passivo da persecução penal, verificou-se o reiterado posicionamento do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo o poder discricionário do Ministério Público de oferecer a proposta e a impossibilidade do controle jurisdicional de eventual negativa – embora reconhecidamente indevida. Ainda que se tenha o ato por discricionário, há a possibilidade de controle judicial de seu conteúdo, na medida em que quando se anula um ato por irrazoabilidade ou desproporcionalidade, por exemplo, não há um controle de mérito, mas sim de legalidade. Assim, reconhecendo-se como ilegítima a negativa do *parquet*, a melhor solução seria a rejeição da denúncia por decorrência da inadequação da via processual eleita.

No que toca aos requisitos do acordo, em específico à confissão exigida pela Lei, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça ainda não se solidificou. Por um lado, há julgados que consideram que a existência da confissão é uma premissa para que o membro do Ministério Público analise a presença dos requisitos subjetivos para o acordo; e, por outro, há julgados que concluem que a inexistência de confissão prévia não pode ser entendida como desinteresse no acordo de não persecução penal – este entendimento, por prestigiar o direito ao silêncio e a garantia à não autoincriminação, mostra-se mais adequado.

Ao fim, analisou-se o entendimento da Corte no tocante a pena mínima para oferecimento do acordo e seu cabimento na hipótese de procedência parcial da pretensão punitiva. Segundo a jurisprudência majoritária, a quantidade de pena abstratamente cominada a autorizar o acordo é aquela prevista na denúncia, não sendo possível considerar as causas de redução da pena

reconhecidas apenas na sentença. Tal entendimento, todavia, pode incentivar o fenômeno do *overcharging*, operado com o objetivo de inviabilizar o acordo por parte do órgão ministerial, o que, *per se*, já deveria afastar este entendimento. Para além disso, trata-se de inovação jurisprudencial que contraria a tendência da Corte, desde o início do século – que se pacificou no sentido de que é cabível a suspensão condicional do processo na hipótese de procedência parcial da pretensão acusatória –, no que diz respeito à situação idealmente idêntica.

Espera-se que o presente trabalho tenha trazido, ainda que pontualmente, mais luz ao debate sobre a melhor aplicação da barganha no sistema jurídico nacional.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, G. (mai. de 2021). A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o 'plea bargaining'. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 179/2021, p. p. 177 a 196.

AGUIAR, J., CORDEIRO, N., & AGUIAR, M. (jan./fev. de 2023). O momento processual adequado para propositura de acordo de não persecução penal e a aplicação do direito intertemporal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 194, p. p. 181 a 220.

BADARÓ, G. (2022). *Processo penal* (10. ed.). São Paulo: Thomson Reuters Brasil.

BRITO, A. C., & VANZOLINI, P. (2021). Acordo de não-persecução. Parâmetros para o necessário devido processo e a paridade de armas. Em M. FLORENCIO FILHO, & F. R. BECHARA, *Os desafios das ciências criminais na atualidade*. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido.

CANI, L., & EDERHARDT, M. (jul/ago. de 2022). Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, p. p. 49 a 92.

DI PIETRO, M. Z. (2019). *Direito administrativo* (32. ed.). Rio de Janeiro: Forense.

JUNQUEIRA, G., VANZOLINI, P., FULLER, P., & PARDAL, R. (2020). *Lei anticrime comentada - artigo por artigo*. São Paulo: Saraiva.

LANGROIVA PEREIRA, C., & PARISE, B. (8. de mai. de 2020). Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. *Opinião Jurídica*, vol. 19, n. 38, p. p. 115 a 135.

LOPES JR., A. (2015). Prefácio. Em V. VASCONCELOS, *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. São Paulo: IBCCrim.

LOPES JR., A. (2022). *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica* (8. ed.). São Paulo: SaraivaJur.

LOPES JR., A. (2023). *Direito Processual Penal* (20. ed.). São Paulo: SaraivaJur.

MILHOMEM, L. D., & SUXBERGER, A. G. (ago. de 2021). Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa. *Revista de Processo*, vol. 318/2021, p. p. 51 a 74.

OLIVÉ, J. (2018). El 'Plea Bargaining', o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades 'low cost'. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 20, pp. Artigo 20-06.

RESENDE, A. (2020). Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *Revista de Direito Processual Penal*, vol. 6, n. 3, p. p. 1543 a 1582.

RIBEIRO, L. M., & COSTA, V. R. (nov. de 2019). Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 161/2019, p. p. 249 a 276.

RIOS, R., & COSTA, V. (jul./ago. de 2022). Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal - o sentido e o alcance da expressão "reprovação e prevenção" no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191/2022, p. p. 207 a 233.

ROCHA, L. K., & AMARAL, T. (jul./ago. de 2022). A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da análise econômica do direito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191/2022, p. p. 261 a 284.

SPONCHIADO, J., & KASSADA, D. (jul./ago. de 2022). Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativa para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191/2022, p. p. 175 a 205.

VASCONCELLOS, V. G. (mai. de 2022). Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. *Boletim Revista dos Tribunais Online*, vol. 27/2022.

VASCONCELLOS, V. G. (jul./ago. de 2022). O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Sumpremo Tribunal Federal em 2020 e 2021. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191/2022, p. p. 93 a 120.

WERMUTH, M. D. (jul./ago. de 2022). Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 191/2022, p. p. 285 a 304.