

REFLEXÕES SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS MEDIDAS DE DESPENALIZAÇÃO DA LEI N 9.099/95

REFLECTIONS ABOUT THE NON-CRIMINAL PROSECUTION AGREEMENT AND THE DECRIMINALIZATION MEASURES OF LAW 9.099/95

PABLO GRAN CRISTÓFORO

Promotor de Justiça

Resumo: Este texto aborda o instrumento do Acordo de Não Persecução Penal como inovação trazida no Pacote Anticrime. O instituto consolida um novo modelo de Justiça Negocial. Parece haver uma aproximação do *Common Law*, mais célere e com construção bilateral de solução. A verdade não é mais o alvo do processo, contentando-se, doravante, com uma solução alternativa melhor avaliada pela oportunidade e conveniência. Há necessidade de acomodações de institutos processuais penais a permitir que o Ministério Público possa bem cumprir sua missão constitucional e, ao mesmo tempo, se valer do ANPP, não como um instrumento de despenalização, nos moldes do Juizado Especial Criminal, mas como uma forma célere e uma efetiva resposta do Estado.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; instrumento do Ministério Público; efetividade da Resposta do Estado.

Abstract: The text addresses the instrument of the Criminal Non-Persecution Agreement, as an innovation brought in the Anti-Crime Package. The institute consolidates a new model of Business Justice. There seems to be a closer approach to Common Law, with a bilateral solution construction. The truth is no longer the target of the process, being satisfied, from now on, with an alternative solution better evaluated by the opportunity and convenience. There is a need for accommodation of criminal procedural institutes to allow the Public Prosecution Service to fulfill its constitutional mission and, at the same time, to use the ANPP, not as an instrument of decriminalization, along the lines of the Special Criminal Court, but as a quick way and effective response from the State.

Keywords: non-criminal prosecution agreement; public prosecutor's instrument; effectiveness of the State's Criminal Response.

Sumário: 1. Introdução. 2. Desenvolvimento. 3. Conclusão. 4. Referências.

1. Introdução

O Pacote Anticrime aprovado recentemente trouxe para o Direito Processual pátrio o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, nas hipóteses de crimes cuja pena mínima abstrata seja inferior a 4 anos. Tal previsão veio com a alteração do texto do artigo 28 do Código de Processo Penal e o acréscimo da alínea A e subsequentes incisos e parágrafos. Trata-

-se de uma regra que consolida aquilo que já vinha sendo utilizado nos Juizados Especiais Criminais, desde 1995, como plano piloto, com uma aproximação do sistema do *Common Law* e da Justiça Negocial.

A bem da verdade, os benefícios da Lei nº 9.099/95, entre os quais estão a transação penal e a suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, respectivamente), mitigaram o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, autorizando o Ministério Público a entabular, com o suposto autor do fato, uma espécie de acordo de não persecução penal ou de suspensão da ação, em troca de uma contraprestação. Vale lembrar, todavia, que tais benefícios seriam propostos pelo Ministério Público e homologados pelo Magistrado se o autor do fato preenchesse os requisitos objetivos e subjetivos dispostos na lei, de modo a selecionar as hipóteses em que o processo sequer teria início ou seria extinto, cumpridas as condições, sem julgamento do mérito.

A inovação advinda com o Acordo de Não Persecução Penal amplia as possibilidades de resolução da demanda sem análise probatória, saltando da tradição de se buscar a verdade para o pragmatismo de se dar vazão às infundáveis exigências de resposta penal, em um país que é recordista no cometimento de crimes, em um cenário de impunidade.

A deficiência da engrenagem da Justiça na prestação jurisdicional é uma velha conhecida entre nós. As cifras negras de crimes que não são elucidados são estratosféricas. Por sua vez, o precário aparato policial preventivo e judiciário contribui para a ineficiência do sistema. A máquina judiciária criminal é movimentada quase que em sua totalidade por processos que tiveram início com a prisão em flagrante; os demais dormitam, em regra, no aguardo da prescrição. É intuitivo perceber que, neste país, é muito difícil provar um crime e, uma vez obtida a façanha, torna-se por demais tortuoso aplicar e manter a responsabilização penal.¹ Vivenciamos um sistema absolutamente disfuncional em franco prejuízo à sociedade ordeira.

Parte da solução vem com o ANPP e a justiça negocial, com os quais é possível abreviar o caminho rumo a uma resposta Estatal. Nota-se, entretanto, que as expectativas positivas criadas em torno do ANPP só poderão ser confirmadas se, após transportada a noção de Justiça Negocial do Juizado Especial Criminal, se preservar a efetividade do Direito Penal tão longe daquela especializada.

Como alertou Alexandre Rocha Almeida de Moraes, o Brasil, desde a promulgação da Constituição da República, em 1988, já criminalizou cerca de 800 comportamentos e condutas, dos quais foram distribuídos os

¹ Apenas, para exemplo, 5% a 8% dos casos de homicídios registrados são levados à denúncia, conforme diagnóstico da investigação de homicídios no Brasil (ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGU-
RANÇA PÚBLICA, 2012, p. 43).

tipos penais entre as 193 leis extravagantes, sendo certo que apenas 20%, em média, admitem a pena privativa de liberdade, consolidando, desse modo, uma espécie de Direito Penal Simbólico (ou *fake*):

Este é o dilema que vem vivendo, por exemplo, a sociedade brasileira: iludida pelo Poder Político que, em vez de implementar políticas públicas de caráter preventivo-penal efetivo, (re)educando esse homem light, aumenta a carga simbólica do Direito Penal e gera expectativas que fatalmente irão se coagular em frustrações até que outro projeto de lei seja encaminhado ao Congresso Nacional. (MORAES, 2009, p. 28)

Nesse passo, a partir da utilização do ANPP, será possível saber, dora-vante, se este servirá como mecanismo de resposta eficiente do Estado ou se desvirtuará no processo.

2. Desenvolvimento

A crítica não reside na raiz do acordo de não persecução penal ou na tendência de aproximação da Justiça Negociada, mesmo porque o Poder Judiciário não vinha atendendo bem as expectativas da sociedade, por problemas de inúmeras amarras legais, processos morosos, em que a delonga era a regra, com a previsão de “um cem número” de recursos e a efetiva postergação da resposta do Estado.

Percebe-se que o Brasil está seguindo uma tendência já consolidada em outros países, adotando um rito abreviado, com respostas mais rápidas por meio da Justiça Consensual.²

2 Os Estados Unidos da América, baseados no sistema do *plea bargaining* (*plea discussion* ou *plea conference*). No sistema italiano não é diferente: no procedimento *giudizio abbreviato* (sem muita aplicação prática), por economia processual e com base nas provas colhidas na investigação preliminar, o Juiz pode reduzir o rito processual, escolhendo o menor trâmite e diminuindo a pena em 1/3. Existe, ainda, no processo italiano a *applicazione della pena su richiesta delle parti*, na qual, em razão de acordo entre as partes sobre a pena a ser aplicada, o Juiz elimina o processo e submete a imediata conclusão, com afastamento da apelação. Há, ainda, o *giudizio direttissimo*, admitindo-se o julgamento direto, sem audiência, quando o fundamento da acusação é muito evidente, como no caso de prisão em flagrante ou de confissão do acusado. Existem, ainda, o *giudizio immediato* e *giudizio per decreto*, com supressão da fase preliminar e dos debates, este último para crimes menores com penas reduzidas, com condenação logo após as investigações preliminares, sem prévio contraditório. Na mesma toada, existe o *processo abreviado português*, para os crimes apenados com multa ou com pena de prisão não superior a cinco anos, o qual é composto por atos de instrução reduzidos ao mínimo dispensável, depois de haver provas suficientes de se ter verificado o crime e de quem foi o agente, após inquérito sumário (modificações introduzidas pela Lei n. 59/98, nos artigos 391-A a 391-D no Código de Processo Penal Português). Seguindo a tendência, no *processo sumaríssimo português*, para crimes com pena de prisão não superior a 3 anos ou apenados exclusivamente com multa, pode-se julgar sem instrução e julgamento e com imediato trânsito em julgado. Na Espanha, o sistema penal denominado *conformidad* consiste em um acordo da acusação com o réu, assistido por um defensor, mediante o qual há anuência com o pedido de condenação, desde que a privação de liberdade não ultrapasse 6 anos, abrindo-se mão da instrução oral, culminando na sentença com força condenatória e com efeito de trânsito em julgado (imutabilidade). Pelo que se pode constatar, malgrado a polêmica em torno do assunto, o que diferencia o instituto espanhol da *conformidad* do inglês *guilty plea* é que, no primeiro, só há acordo consensual entre acusação e Defesa para os crimes com penas privativas de liberdade até 6 anos, enquanto o segundo, é amplamente aplicado, sem restrição de pena.

Crê-se que o problema não está na decisão de aderir à Justiça Negociada, mas sim na forma pela qual se consolida essa adesão. Ao invés de limitar a abrangência do instituto do ANPP à pena máxima prevista, adotou-se o critério da pena mínima, ampliando ainda mais a incidência ao eleger como parâmetro a pena de até quatro anos. Percebe-se, assim, que a questão é que a lei ampliou demasiadamente a gama de incidência do instituto do acordo de não persecução penal, esvaziando, por exemplo, na prática, outros aparatos de grande importância, como, por exemplo, a delação premiada.

Convém lembrar que o ANPP (pela exigência de pena mínima abaixo de quatro anos e pelo *modus operandi* não violento) abraça, entre muitos, os crimes do colarinho branco e todos os delitos contra a Administração Pública³ (peculato e modalidades – art. 312; inserção de dados falsos no sistema e modalidades – art. 313; extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento – art. 314; emprego irregular de verbas ou rendas públicas – art. 315; concussão – art. 316; excesso de exação, corrupção passiva – art. 317; facilitação de contrabando ou descaminho – art. 318; prevaricação – art. 319 e art. 319-A; condescendência criminosa – art. 320; advocacia administrativa – art. 321; violência arbitrária – art. 322; abandono de função – art. 323; exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado – art. 324; violação de sigilo – arts. 325 e 326; todos do Código Penal).

Por qual motivo nossos gestores públicos ímprobos fariam acordo de delação premiada e dismantelariam o esquema, delatariam comparsas, devolveriam dinheiro surrupiado, se poderão, a depender da interpretação dada ao novo instituto, se valer do acordo de não persecução penal, cuja exigência legal parece ter alcance prático bem mais limitado? É claro que o ANPP não poderá ser proposto para os crimes do artigo 288 do Código Penal ou para integrantes de organizações criminosas (por expressa proibição do art. 28, inciso II, § 2º, do Código de Processo Penal). Assim, em uma análise apressada, poder-se-ia concluir que o ANPP jamais prejudicaria a viabilidade de futura delação premiada, posto que esta última, em regra, se justifica em situações em que haja uma estrutura criminosa e vários coautores. Convém alertar, contudo, que muitas investigações começam pequenas (alvos de crimes sujeitos ao ANPP), despreziosas e, por uma reviravolta ou, até mesmo, com uma confissão de participação em algo muito maior, chegam ao todo. Esse é um caso em que o ANPP esvaziaria, *ab initio*, a delação premiada.

3 “Não nos admira ter o Parlamento aprovado esse novo benefício, pois abrange a maioria dos crimes do colarinho branco. Extremamente conveniente. No entanto, o legislador torna a mencionar que o acordo de não persecução penal precisa ser necessário e suficiente para a reprovação (retribuição) e prevenção do crime” (NUCCI, 2020, p. 60-61).

Assim, é questionável a opção do legislador que agraciou os “crimes de tinta” (praticados pela caneta dos corruptos) com o ANPP, desconsiderando que, em muitos casos, possuem reflexos e alcance mais danosos que alguns delitos de violência. Não se duvida que a ausência de leitos de hospitais, a falta de remédios, escolas de qualidades e creches, a inexistência de saneamento básico, infraestrutura e tantos dissabores sofridos pela sociedade brasileira perpassam pela ética e a forma como o Estado lida com tais situações.

Em 1968, o ganhador do Prêmio Nobel de economia, Gary Becker,⁴ publicou o artigo intitulado *Crime and Punishment: An Economic approach*, no qual atesta que a decisão de cometer crimes perpassa por uma avaliação de custo-benefício realizada pelo criminoso, ponderando satisfação e lucros obtidos com o ilícito e, na mão reversa, a probabilidade da pena e o seu caráter aflitivo. Seguindo por essa linha, até que ponto a lei estaria desestimulando a prática da corrupção ou outros delitos similares, se a certeza do ANPP pode servir para tranquilizar as mentes desviantes?

Estejamos atentos, também, para o fato de que alguns meses da costumeira jurisprudência, ao tom e ao sabor do garantismo hiperbólico monocular, não desnatura o ANPP e o projeto para um “direito subjetivo *brasilis* do réu”. Um acordo em que não se tenha a voluntariedade das partes, com uma obrigação e imposição de propô-lo. Basta perceber o que foi feito do Juizado Especial Criminal e a flexibilização ilimitada da lei no pós-positivismo fluído, em que o texto legal é apenas um detalhe a ser percebido pelo ativismo judicial. Nesse passo, para ser validado como um instrumento positivo para a nossa sociedade, é necessário que o Judiciário o entenda como tal e não o desnatura, esvaziando seu conteúdo e seu alcance original.

Ainda no âmbito do zelo, a transação penal, prevista pela Lei nº 9.099/95 como benefício aplicado pelo Ministério Público para os crimes de ação penal pública, ganhou incidência, também, nos crimes de ação penal privada. Para tanto, não foi preciso alterar a lei, bastou um par de jurisper-

4 “A racionalidade sugere que alguns indivíduos se tornam criminosos por conta das recompensas financeiras e outras que derivam do crime se comparadas ao trabalho legal, ao levar em conta a probabilidade de apreensão e condenação, e a severidade da punição. A quantidade de crime é determinada não só pela racionalidade e pelas preferências de potenciais criminosos, mas também pelo ambiente econômico e social criado pelas políticas públicas, dentre elas, os gastos com a polícia, as punições para diferentes crimes, as oportunidades de emprego, de educação e de programas de capacitação. Resta claro que os tipos de empregos legais disponíveis, bem como a lei, a ordem e a punição, são parte integrante da abordagem econômica ao crime. O total do gasto público no combate ao crime pode ser reduzido, mantida inalterada a punição matematicamente prevista, ao equiparar o gasto nas despesas para capturar criminosos com um aumento substancial na punição daqueles já presos. No entanto, os indivíduos que preferem o risco são mais dissuadidos de cometer crimes por uma probabilidade de condenação do que por punições mais severas” (BECKER, 1993, p. 385-409).

dência a entender que se tratava de direito subjetivo do autor do fato e que não se justificaria a aplicação para uns e não para outros. Não ponderou na balança, todavia, que, nas ações privadas, ao contrário dos crimes de ação penal pública, vigem os princípios da oportunidade e disponibilidade.

Mas não foi só! Apesar de a Lei n. 9.099/95 deixar claro que apenas o Ministério Público pode propor a transação penal (artigo 76), sem qualquer previsão a outro sujeito do processo, a mesma jurisprudência aceitou ser de legitimidade do querelante o oferecimento do benefício, fazendo ouvidos moucos às distinções entre os regramentos da ação penal pública e da ação penal privada. Se, na ação penal privada, a vítima pode aceitar a composição civil (solução que pode beneficiá-la), por qual motivo deixaria escapar esse instrumento de pacificação social e ofereceria, *a posteriori*, uma transação penal que não tem o condão de beneficiá-la?

E mais, qual seria o critério pautado para a eleição da modalidade da transação penal e o *quantum* afliitivo? Ao aceitar situações como as tais, estar-se-ia fazendo uma analogia *in bonam partem*, para incluir os crimes de ação penal privada no rol de possibilidades de incidência da transação penal, e uma analogia *in malam partem*, para afastar o Ministério Público com parte isenta do processo (*sui generis* – parte e fiscal da ordem jurídica) e incluir o querelante que tem interesse no deslinde do feito, ampliando, para o campo processual, a possibilidade de vingança.

Apesar de o tratamento flexível dado aos benefícios da Lei nº 9.099/95, com incidência elástica e abrangência ao infinito, ser, inegavelmente, um plano piloto, aqui, no ANPP, o assunto não tem a fluidez do Juizado Especial Criminal, porquanto longe do campo da informalidade, celeridade e simplicidade das infrações penais de menor potencial ofensivo. O ANPP segue a sistemática do Código de Processo Penal, com sua liturgia e objetivo de garantir a proteção integral eficiente da sociedade. Desse modo, apesar da aproximação com o sistema do *Common Law*, não se assemelha ao Juizado Especial Criminal e seu Direito Penal de Segunda Velocidade, expressão cunhada pelo Professor Silva Sánchez,⁵ no qual existe uma flexibilização do rito processual e aplicação de uma sanção menos afliitiva.

5 Direito Penal a) “de primeira velocidade, em que a rigidez da reação penal – penas privativas da liberdade – seria acompanhada da ampliação das garantias individuais, seja no que toca às regras gerais da imputação, seja no âmbito das garantias processuais penais (Direito penal liberal); e b) de segunda velocidade, assim definido o modelo de maior flexibilidade da intervenção penal, sobretudo ao nível de diminuição das exigências para a atribuição da responsabilidade penal, com a contrapartida da prevalência de penas alternativas, restritivas e/ou pecuniárias, chega à inevitável indagação acerca da possibilidade de se ter eu admitir um direito penal de terceira velocidade, caracterizado pela soma dos elementos de maior rigidez dos anteriores (penas de prisão e redução de garantias individuais)” (SÁNCHEZ, 2002, p. 148).

Estejamos, assim, livres de situações como essa no acordo de não persecução penal e que este não seja instrumento de retrocesso rumo à proteção deficiente do Estado.⁶

Antes que pareça que o acordo de não persecução penal não é uma inovação importante, avalia-se que veio em boa hora como forma de desafogar o Judiciário e para, de fato e efetivamente, cumprir, na área criminal, aquilo que se prestou a fazer quando assumiu o papel de substituir a vingança privada e a proteção da sociedade. De mais a mais, é aqui que o papel do Ministério Público avança na construção de uma resposta criminal satisfatória e que garanta a proteção suficiente do cidadão de bem.

Os apontamentos iniciais foram no sentido de alertar para que o bom instrumento não protagonize a transformação da Justiça Criminal em um grande Juizado Especial Criminal!⁷

É evidente que a mudança legislativa trouxe para os operadores do Direito, no campo criminal, um novo *modus operandi*. Após relatado o inquérito policial, o *Parquet*, por exemplo, nos casos em que não se vislumbra o arquivamento ou a complementação de diligências, deverá avaliar se a situação é de tentativa de efetivação de acordo de não persecução penal ou se a hipótese não comporta a citada benesse. Para tanto, o indiciado

6 Ao explicar o princípio da proporcionalidade em suas duas facetas (proibição de excesso estatal e proibição de proteção insuficiente), Canotilho explica que “o campo de aplicação mais importante do princípio da proporcionalidade é o da restrição dos direitos, liberdades e garantias por actos dos poderes públicos. No entanto, o domínio lógico de aplicação do princípio da proporcionalidade estende-se aos conflitos de bens jurídicos de qualquer espécie. Assim, por exemplo, pode fazer-se apelo ao princípio no campo da relação entre a pena e a culpa no direito criminal” (CANOTILHO, 2003, p. 457). Edilson Mougenot Bonfim explica, ainda, que tal princípio “funciona como método hermenêutico para dizer qual deles (princípios em conflito) e de que forma prevalece sobre o outro princípio antagônico. Argumenta-se, dessa forma, ser o princípio da proporcionalidade, na verdade, um ‘princípio hermenêutico’, uma nova categoria, próxima ou análoga a um verdadeiro método de interpretação jurídico posto em prática sempre que houver a necessidade de restringir direitos fundamentais. Objetiva ser uma restrição às restrições dos direitos fundamentais por parte do Estado. [...] A modalidade ‘proibição de excesso’. Em um primeiro aspecto, sua concretização implica a proibição de que o Estado, ao agir, tanto na posição de acusador quanto na de julgador, pratique, em sua atividade, qualquer excesso. [...] Proibição de infraproteção ou proibição de proteção deficiente: a outra vertente do princípio da proporcionalidade. [...] se compreende que, uma vez que o Estado se compromete pela via constitucional a tutelar bens e valores fundamentais (vida, liberdade, honra etc.), deve fazê-lo obrigatoriamente da melhor maneira possível [...] uma garantia dos cidadãos contra agressões de terceiros – ‘proteção horizontal’ –, no qual o Estado atua como garante eficaz dos cidadãos, impedindo tais agressões (tutelando eficazmente o valor ‘segurança’, garantido constitucionalmente) ou punindo os agressores (valor ‘justiça’, assegurado pela Constituição Federal). Dessa forma, pelo ‘princípio da infraproteção’, toda atividade estatal que infringi-lo seria nula, ou seja, inquina-se o ato jurídico violador do princípio com a sanção de nulidade” (BONFIM, 2017, p. 37-41).

7 Nem se diga que a crítica ao Juizado Especial Criminal vem como uma forma de negar-lhe eficiência. É sabido que este tem importante papel pacificador, além de ser o responsável por uma resposta mais célere do Estado aos crimes de menor potencial ofensivo. Todavia, não se pode olvidar que o Juizado Especial Criminal não traz uma resposta penal adequada para muitas das infrações penais catalogadas como de menor potencial ofensivo, mormente quando praticadas por delinquente useiro e vezeiro na prática de outros delitos mais graves.

deverá ser intimado a comparecer na Promotoria de Justiça para que possa, com o Promotor de Justiça, discutir sobre o acordo de não persecução penal e quais seriam seus termos, lembrando que aquele deverá confessar⁸ a prática delituosa.

Esse novo modelo de Justiça Negocial traz uma dinâmica diferenciada que exige adaptações de todos. O Ministério Público terá que se estruturar rapidamente para cumprir a burocracia de intimações da vítima no novo regramento da promoção do arquivamento e, agora, do autor do fato, atinente à possibilidade de acordo de não persecução penal.

O Promotor de Justiça terá de trabalhar com uma pauta de reuniões para a efetivação de ponderações que envolvem o acordo de não persecução penal, a partir das quais, cara a cara, buscará a confissão do indiciado por meio de termo de declarações (se já não houver) e trabalhará para formatar as condições do ANPP. Isso tudo, certamente, demandará tempo, atenção e trabalho. O desafogar do Judiciário tem um custo operacional para o órgão do Ministério Público. Claro que o prazo legal para oferecimento da denúncia após encerramento da investigação dificilmente será cumprido à risca.

Apesar de o prazo legal não ter-se alterado, foi enxertada uma série de protocolos dentro de tal interstício, de forma que os 15 dias (no caso de autor solto) em regra para oferta da peça vestibular acusatória (e 5 dias para a situação do preso) serão insuficientes para vencer a burocracia.

Convém atentar que dificilmente haverá ANPP para o preso privado cautelarmente de sua liberdade, porquanto os requisitos da prisão preventiva coincidem com os obstáculos legais para o oferecimento do acordo de não persecução penal. A gravidade do fato e o *modus operandi* carregado de violência ou de grave ameaça, por si, já excluem a possibilidade de acordo de não persecução penal.

Ora, se os prazos para oferecimento da denúncia e deflagração da ação penal necessitam ser alargados para cumprimento das fases que antecedem o acordo de não persecução penal, a análise da desídia do órgão ministerial no cumprimento do interregno legal deverá sofrer alteração. Bastava o Ministério Público deixar de oferecer denúncia no prazo legal, após conclusão da investigação, para que a vítima ganhasse legitimidade para oferecer queixa-crime, assumindo a ação penal pública a roupagem de ação penal privada subsidiária da pública.

8 Apenas com o fito de alertar para a tendência de flexibilizar os institutos penais e processuais penais para que agasalhem o garantismo hiperbólico monocular, na busca de uma situação de grande vantagem para o réu, já existe posicionamento no sentido de se retirar a exigência de confissão como precedente necessário à celebração do ANPP.

Passados os 15 dias do relatório do inquérito policial ou da conclusão das diligências investigativas sem que o Promotor de Justiça promovesse o arquivamento, solicitasse novas diligências ou deflagrasse a ação penal, estaria evidenciada a “mora ministerial”, exigência para que a legitimidade *ad migrasse*, também, para o ofendido.

Com a regra do ANPP, para os crimes que possuem pena mínima inferior a 4 anos e praticados sem violência ou grave ameaça (além dos demais requisitos legais), o só avançar do prazo para além dos 15 dias, sem promoção de arquivamento, oferta de denúncia ou solicitação de novas diligências, não se mostra mais suficiente para caracterizar desídia do Ministério Público a justificar a ação penal privada subsidiária da pública, carecendo que seja analisada movimentação do *Parquet* no sentido de tentar localizar o autor do fato para intimá-lo, provocando uma costura de ANPP ou qualquer outro passo a indicar a busca pela efetivação do novo instituto.

A continuar como estava, bastando o mero descumprimento do prazo legal para configurar desídia ministerial, sem atentar à movimentação do Ministério Público na tentativa de formação do ANPP, estar-se-ia ampliando em demasia a legitimação para ajuizar a ação penal pública (incluindo inadequadamente a vítima), violando preceito constitucional trazido no artigo 129, inciso I, da Constituição da República.

Percebe-se, assim, que a alteração legislativa não impede a propositura da ação penal privada subsidiária da pública, mas traz novos parâmetros para a análise da omissão do órgão ministerial na promoção da Justiça. Além disso, sabendo que o acordo de não persecução penal é um instrumento de Justiça Negocial “pré-processual”, com o qual o Ministério Público trilha um caminho de não persecução e deixa de ajuizar ação penal, o oferecimento da queixa-crime em ação penal privada subsidiária impediria, a princípio, o ANPP.

Se a queixa-crime é o primeiro passo para a deflagração da ação penal pública subsidiária, a análise do ANPP deveria acontecer momentos antes de sua propositura. Desse modo, uma vez oferecida a queixa, não haveria mais que se falar em acordo de não persecução penal, mas de suspensão da persecução penal.

Argumentos se levantarão a favor do ANPP na situação de omissão do Ministério Público, no curso da ação penal privada subsidiária da pública, fulcrados na ideia de não se justificar que o autor do fato saia prejudicado pela desídia do órgão ministerial e pela antecipação da deflagração da ação penal com o oferecimento de queixa por parte da vítima.

Aliás, em relação à possibilidade de acordo no curso da ação penal, desfigurando-se o instituto pré-processual⁹ inicialmente idealizado pelo legislador, já há posicionamentos na jurisprudência aceitando tal situação.

Nesse sentido:

Ainda, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal ou 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 confirmada por Tribunal de segundo grau. Precedentes (Embargos de Declaração no Agravo Regimental nos EDC1 no Agravo em Recurso Especial n. 1.681.153-SP, SJ, 5ª Turma, publicado no DJ em 14.9.2020).

Ademais, ainda que se aceitasse o ANPP em ação penal privada subsidiária da pública (mesmo porque esta não deixou para trás sua natureza pública), e mais, que fosse permitido entabulá-lo após a propositura da ação (com o que não concordamos, apesar de posição adotada pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 191.464/SC, na Sessão Virtual de 30/10/2020 a 10/11/2020, que concluiu que o ANPP só pode ser aplicado a casos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia), haveria que ser o Ministério Público aquele a assumir a tarefa de efetivá-lo, posto que é ele o agente definido em lei (artigo 28-A do Código de Processo Penal), sendo qualquer alargamento uma analogia *in malam partem* (como já apontamos acima quando tratamos da transação penal).

3. Conclusão

Vê-se, pois, que o ANPP é um instrumento que emprestou efetividade a um processo penal disfuncional e moroso, apresentando grande potencial para desafogar o Judiciário e deixar, ao talante deste último, a análise de condutas cujo desvalor e reprovabilidade sejam evidentes e que violem bens jurídicos com capacidade estabilizante, harmônico-sociais.

Equivocou-se, a todo sentir, o legislador em agasalhar uma infinidade de condutas infracionais ao prever a aplicação do ANPP a todos os crimes não

9 “[...] atinge-se agora o acordo de não persecução penal, que haverá de funcionar antes do ingresso da ação penal em juízo [...]” (NUCCI, 2020, p. 60).

violentos que tenham pena mínima inferior a quatro anos, sem levar em conta a pena máxima ou a reprovação do comportamento. Ademais, apesar de emprestar a ideia de justiça consensual trazida no Juizado Especial Criminal, é importante que mantenha as características do Direito Penal.

Ao Ministério Público, cabe adaptar e conferir efetividade a esse importante e novo instituto, podendo, a depender de seu manejo e propósitos, servir como um resgate da eficiência na resposta criminal Estatal.

É evidente que, por ser um instrumento recente em nosso ordenamento jurídico, muitos questionamentos ainda hão de surgir, de modo que a doutrina e a jurisprudência discutirão os moldes e adaptações do instituto à prática jurídica, acomodando interesses e tensionamentos entre sociedade e acusado.

Que se consolide como instrumento de Justiça e que o Ministério Público faça dele o melhor caminho!

4. Referências

ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. **Jornadas de Direito Processual Penal: o novo Código de Processo Penal**. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.

ASSIS, João Francisco de. **Juizados Especiais Criminais: Justiça Penal Consensual e Medidas Despenalizadoras**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

BECKER, Gary S. Nobel Lecture: The Economy Way of Looking at Behavior. **The Journal of Political Economy**, Chicago, vol. 101, n. 3, p. 385-409, Jun. 1993.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Código de Processo Penal Anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.

ESTRATÉGIA NACIONAL DE JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. **Relatório Nacional da Execução da Meta 2: um diagnóstico da investigação de homicídios no país**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em: 28 jul. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais Lei n. 9.099/95: abordagem crítica: acordo civil, transação penal, suspensão condicional do processo, rito sumaríssimo**. 3. ed. revista e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GOMES, Luiz Flávio. **Juizados criminais federais, seus reflexos nos juizados estaduais e outros estudos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. **Juizados especiais criminais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

LIMA, Marcellus Polastri. **Juizados Especiais Criminais**: o procedimento sumaríssimo no processo penal. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **Direito Penal do Inimigo**: A Terceira Velocidade do Direito Penal. Curitiba: Juruá, 2009.

NETO, Fernando da Costa Tourinho. **Juizados Especiais Federais**: Cíveis e Criminais. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NOGUEIRA, Márcio Franklin. **Transação Penal**. São Paulo: Malheiros, 2003.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**: Lei 13.964/2019. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

PINHEIRO, Luiz Eduardo Sant'Anna et al. **Manual da Lei Anticrime**. Campo Grande: Contemplar, 2020.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de Processo Penal norte-americano**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A expansão do direito penal**: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. As Ciências Criminais no Século XXI, Volume 11.

PABLO GRAN CRISTÓFORO

Promotor de Justiça. Coordenador Pedagógico do CEAF-MPMG. Mestre em Direito pela Escola Superior Dom Helder Câmara, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo e na Escola de Altos Estudos em Ciências Criminais.