

Revista Direito
& Consciência,
v. 01, n. 02,
dezembro, 2022

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: OBRIGATORIEDADE REGRADA OU OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

*CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: RULE
OBLIGATION OR OPPORTUNITY FOR VOLITIVE
MANIFESTATION OF THE PROSECUTION OFFICE*

¹ Letícia Landim 

Resumo | O presente estudo tem por objetivo abordar o acordo de não persecução penal trazido pela lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecido como pacote-anticrimes, que introduziu no Código Penal o artigo 28-A preventivo o mencionado instituto, de forma a analisar o papel atribuído ao Ministério Público na aplicação deste novo instituto, a fim de verificar se existe uma discricionariedade motivada pela ausência de tipificação de requisitos na aplicação do acordo de não persecução penal por parte do Ministério Público, levando a criação de uma oportunidade de manifestação volitiva interna do parquet.

Palavras-chaves: Acordo de Não Persecução Penal. Ministério Público. Discricionariedade. Obrigatoriedade Regrada. Manifestação Volitiva.

Abstract | *The present study aims to address the non-prosecution agreement brought by law No. to the Public Ministry in the application of this new institute, in order to verify if there is a discretion motivated by the absence of typification of requirements in the application of the agreement of non-criminal prosecution by the Public Ministry, leading to the creation of an opportunity for internal volitional manifestation of the parquet.*

Keywords: *Non-Persecution Agreement. Public ministry. discretion. Obligatory Rule. Volitional Manifestation.*

¹ Especialista em Ciências Penais pela PUC-MINAS, residente jurídico na pós em residência jurídica da Universidade Federal Fluminense - UFF - Campus Atterrado.

INTRODUÇÃO

Através de revisão bibliográfica e análise jurisprudencial, além da apreciação de casos concretos, o presente trabalho aborda a nova medida despenalizadora incorporada pelo Código de Processo Penal brasileiro, através da lei nº 13.964 de 2019, conhecida por pacote anticrimes. A fim de realizar uma abordagem crítica acerca da atuação do órgão do Ministério Público no que tange a filtragem dos casos que permitem ou não a aplicação do acordo de não persecução penal.

Para tanto, o primeiro capítulo da presente pesquisa, foi destinado para o estudo e compreensão deste novo instituto. Este capítulo está dividido em 04 (quatro) partes.

Sendo a sua primeira parte destinada a contextualização e exploração conceitual deste mecanismo. Em um segundo momento, a pesquisa versou sobre os requisitos que o legislador impôs, para que se possa falar na aplicação do acordo de não persecução penal.

Já a terceira parte deste capítulo, foi dedicada para tratar das condições impostas ao investigado, quando da propositura do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, tratando das condições gerais e específica, previstas no Art. 28-A do Código de Processo Penal.

E por último, temos a quarta parte deste capítulo, aonde foi falado sobre o procedimento de aplicação do ANPP, tratando neste momento de cada uma das 03 (três) fases deste procedimento.

No segundo capítulo deste escrito, foi a hora de trabalhar o conceito e aplicação do princípio da obrigatoriedade mitigada passando, portanto, pelo princípio da obrigatoriedade, a fim de compreender a sua relação com o acordo de não persecução penal e como o mencionado princípio é aplicado pelo Ministério Público.

No último capítulo intitulado de obrigatoriedade regrada ou oportunidade de manifestação volitiva do ministério público, foi o momento de tratar sobre a atuação do Ministério Público na prática, a fim de verificar o respeito aos limites impostos pelo legislador na aplicação do princípio da obrigatoriedade mitigada. Bem como a análise de caso concreto e do comportamento do poder judiciário em relação a esta temática.

1 COMPREENDENDO O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal trata-se de uma medida despenalizadora que se uniu as já existentes em nosso ordenamento jurídico. Tendo sido criada a partir da lei nº 13.964 de 2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrimes que, introduziu no Código de Processo Penal pátrio o Art. 28-A, e teve o início do seu vigor no dia 23 de janeiro de 2020.

Como bem mencionamos no início deste texto, o Acordo de Não Persecução Penal é uma espécie de medida despenalizadora, isto tendo em vista que, com a propositura do mencionado acordo não haverá a aplicação de uma pena privativa de liberdade, uma vez que o ANPP abre “uma possibilidade dada aos autores de crimes de “substituir” o processo criminal por outras formas de reparação dos danos causados com o delito.” (MPPR, 2021)

O Acordo de Não Persecução Penal é um mecanismo inserido no espaço de consenso, espaço esta que foi inaugurado “no Brasil com a transação penal e a suspensão condicional do processo, sendo depois ampliados com o acordo de colaboração premiada.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 59) Porém o acordo de não persecução penal já havia sido regulamentado antes do pacote anticrimes incorporar o mencionado mecanismo no Código de Processo Penal através do Art. 28-A, a mencionada regulamentação pretérita ficou a cargo da resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, porém antes do pa-

cote anticrimes incorporar o mecanismo no CPP, havia muita discussão sobre a constitucionalidade formal desta medida despenalizadora.

A aplicação do Acordo de Não Persecução Penal significa que, se o agente preencher os requisitos estabelecidos o Ministério Público não vai oferecer a denúncia (peça inaugural da ação penal pública) e conseqüentemente haverá a extinção da punibilidade, com base nos §§ 10 e 13 do Art. 28-A do CPP, não podendo ser processado ou executado novamente no futuro pelo mesmo fato que ensejou a aplicação desta medida. Estes efeitos são similares ao o que acontece com a aplicação do instituto da transação penal, previsto no Art. 76 da Lei nº 9099/1995 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais).

Apesar de similares os institutos da Transação Penal (Art. 76 da Lei nº 9099/1995) e o Acordo de Não Persecução Penal (Art. 28-A do Código de Processo Penal), tem suas diferenças, veja-se um trecho do livro Lei Anticrime Comentada Artigo por Artigo de Gustavo Junqueira:

(i) a transação penal se aplica para as infrações penais de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções penais e os crimes com pena *máxima* cominada igual ou inferior a 2 anos (art. 61 da Lei n. 9.099/1995), independentemente de terem sido praticadas com grave ameaça ou violência à pessoa;

(ii) o acordo de não persecução penal se aplica para as infrações penais com pena *mínima* cominada inferior a 4 anos, praticadas *sem* violência ou grave ameaça (art. 28-A, *caput*, do CPP). (JUNQUEIRA, 2021, p. 60)

Para a aplicação do instituto da Transação Penal, não importa se o crime foi praticado com violência ou grave ameaça, já o Acordo de Não Persecução Penal só será aplicado em casos de crimes sem violência ou grave ameaça, tendo pena mínima cominada inferior a 4 anos, enquanto que na transação penal fala-se em pena máxima de dois anos, já que só se aplica nas infrações penais de menor potencial ofensivo, regidas pela lei 9099 de 1995, ou seja, de competência do JECRIM.

É neste passo que se fala em mitigação do princípio da obrigatoriedade, pois tal princípio pressupõe que, presentes os indícios probatórios mínimos, o que chamamos de justa causa, o Ministério Público é obrigado a oferecer a denúncia dando início a persecução penal. Ocorre que, com o oferecimento do acordo de não persecução penal, mesmo presente a justa causa o Ministério Público pode deixar de dar início a ação penal". (JUNQUEIRA, 2021, p. 59)

1.1 Requisitos para a aplicação do acordo de não persecução penal

O Caput do Art. 28-A, aponta requisitos acumulativos para a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal. O primeiro deles é não ser caso de arquivamento do inquérito policial, tendo em vista que para se falar no mencionado instituto é preciso que estejam presentes os indícios suficientes de autoria e materialidade (justa causa). E como sabemos, caso o Ministério Público entender pela "ausência de base para a propositura da ação penal pública, deve ordenar o arquivamento do inquérito policial (ou de outro procedimento de investigação)" (JUNQUEIRA, 2021, p 60), inclusive é o que consta do art. 28, *caput*, do CPP.

Como segundo requisito temos, a confissão formal e circunstanciada do cometimento de infração penal pelo investigado. Em relação a este requisito, há uma discussão acerca de sua constitucionalidade, pois entendem que, a exigência de confissão violaria o princípio da não autoincriminação, previsto no Art. 5º, LXIII da CRFB e "no art. 8º, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/1992), que assegura o direito de a pessoa "não ser obrigada a depor contra si mesma, *nem a confessar-se culpada*". (JUNQUEIRA, 2021, p. 60) É claro que o acusado não é obrigado a confessar o crime, porém se não confessar não terá direito de se beneficiar o Acordo de Não Persecução Penal, pois a essência deste mecanismo, seria não discutir a culpabilidade do acusado.

Outra problemática que é possível perceber da exigência de confissão para a celebração do mencionado acordo, é que, como sabemos não pode ser usada as informações colhidas em sede policial (inquérito policial), a fim de culminar na condenação do acusado. Ocorre que, pode haver uma influência da confissão exigida como requisito do Acordo de Não Persecução Penal, no caso em que, o Ministério Público deixe de oferecer a “ suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n. 9.099/1995), justificando a sua recusa no descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado (art. 28-A, § 11, do CPP), o juiz da instrução e julgamento acabaria inferindo a ocorrência de anterior confissão (ainda que sem acesso ao seu teor) – requisito legal para o acordo de não persecução penal.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 60)

Como terceiro requisito, deve o crime ter uma pena mínima em abstrato (aquela prevista no tipo penal), cominada inferior a 4 anos. Veja-se alguns exemplos encontrados no Código Penal pátrio:

- furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP: reclusão de 2 a 8 anos);
- estelionato (art. 171, *caput*, do CP: reclusão de 1 a 5 anos);
- peculato (art. 312, *caput* e § 1º, do CP: reclusão de 2 a 12 anos);
- concussão (art. 316, *caput*, do CP: reclusão de 2 a 12 anos);
- corrupção passiva (art. 317, *caput*, do CP: reclusão de 2 a 12 anos);
- lavagem de capitais (art. 1º, *caput* e §§ 1º e 2º, da Lei n. 9.613/ 1998: reclusão de 3 a 10 anos);
- tortura-custódia (art. 1º, § 1º, da Lei n. 9.455/1997: reclusão de 2 a 8 anos); e outros. (JUNQUEIRA, 2021, p. 61)

Em para o estabelecimento deste requisito, serão contabilizadas as causas de aumento, também chamadas de majorantes e de diminuição, também chamadas de minorantes, que, estejam presentes no caso concreto. Veja-se dois exemplos que, demonstram a aplicação das hipóteses de causas de aumento e de diminuição, respectivamente, levando a pena mínima a um patamar que permite a aplicação do instituto em análise:

Exemplo 1 – crime de furto qualificado (art. 155, § 4º, do CP), praticado durante o repouso noturno (art. 155, § 1º, do CP): a pena mínima cominada para o furto qualificado (2 anos), com o aumento de 1/3, alcança o patamar de 2 anos e 8 meses (inferior a 4 anos), possibilitando o acordo de não persecução penal. Exemplo 2 – crime de tráfico de drogas (art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006), na forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006): a pena mínima cominada para o tráfico de drogas (5 anos), com a diminuição de 2/3, alcança o patamar de 1 ano e 8 meses (inferior a 4 anos), possibilitando o acordo de não persecução penal.

Considerando que, se tratar de causa de diminuição será aplicada a menor fração e abstrato, e se tratar de causa de aumento, será aplicada a maior fração em abstrato, para assim alcançar a pior versão das duas hipóteses.

Como quarto requisito, deve se tratar de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça. Veja-se o que a doutrina vem compreendendo acerca destes requisitos, nas lições de Gustavo Junqueira, em seu livro “Lei Anticrimes comentado artigo por artigo:

Entendemos que a violência impeditiva do acordo de não persecução penal deve abranger apenas aquela dirigida contra a *pessoa* – e não contra a coisa, como aquela empregada no furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa (art. 155, § 4º, I, do CP) ou no dano qualificado (art. 163, parágrafo único, do CP). (2021, p. 64)

A violência como requisito que impede a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, deve ser dolosa ou seja, aquelas presentes nos tipos penais, não havendo espaço para se falar em violência culposa, como o que ocorre no crime de homicídio na modalidade culposa do Art. 121, § 3º, do CP: detenção de 1 a 3 anos.

O quinto requisito presente no caput do Art. 28-A do CPP, é que o Acordo de Não Persecução Penal deve ser uma medida necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em questão. “A necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime deve ser aferida a partir do conjunto das circunstâncias judiciais contidas no art. 59, *caput*, do CP (culpabilidade *lato sensu*).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 64)

Como sexto e penúltimo requisito, temos os requisitos negativos ou regras de exclusão, previsto no art. 28-A, § 2º, do CPP, ou seja, situações que, não podem estar presentes no caso, pois caso contrário impedirão a realização do acordo de não persecução penal, por isto são também chamados de requisitos de exclusão.

Veja-se quais são estes requisitos negativos, previstos no Art. 28-A, parágrafo 2º do Código de Processo Penal:

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - ;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

No inciso I temos que, se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei, não poderá ser aplicado o acordo de não persecução penal. Quando falamos em infrações penais de menor potencial ofensivo, trata-se das contravenções penais (previstas na lei de contravenções penais) e daqueles crimes que tem um pena máxima de 2 anos, sendo de competência do JECRIM – Juizados Especiais Criminais. Pois nestes casos temos, “a preferência pela aplicação da transação penal, por se tratar de mecanismo de negociação penal mais adequado aos aspectos procedimentais do JECrim (arts. 72 e 76 da Lei n. 9.099/1995) – mas que igualmente enseja a substituição (exclusão) do processo.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 65)

No inciso II, temos que *se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*, não será possível aplicar o acordo de não persecução penal. “De acordo com o art. 63 do CP, considera-se reincidente o sujeito que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 65) Porém este impedimento desaparece com a incidência do período depurador, previsto no inciso I do Art. 64 do Código Penal, qual seja o decurso de 05 (cinco) anos contados do cumprimento ou da extinção da pena.

Já conduta criminal habitual, compreende uma repetição reiterada dos atos, como um padrão de comportamento do agente. Como exemplo temos que, “a proposta do acordo de não persecução penal pode ser recusada para o crime de corrupção passiva (art. 317, *caput*, do CP: reclusão de 2 a 12 anos), caso haja demonstração concreta de o investigado rotineiramente solicitar ou receber vantagem indevida, ao longo de anos no desempenho da função.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 65)

Por outro lado, a conduta criminal profissional significa a fusão da habitualidade com o ânimo de lucro, como ocorre com o rufianismo (art. 230 do CP).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 65)

1. 2 Condições do acordo de não persecução penal

Temos condições gerais, previstas nos incisos I até o IV do Art. 28-A do Código de Processo Penal e as condições específicas, previstas no inciso V do Art. 28-A do Código de Processo Penal, podendo ser aplicadas de forma alternativa ou cumulativa, de acordo com o caput do Art. 28-A do Código de Processo Penal.

Inaugurando as condições, o inciso I do mencionado dispositivo legal aduz que, *reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo*. Pois se a impossibilidade por razão da condição financeira do agente, viesse a impedir a realização do acordo de não persecução penal, estaríamos estabelecendo uma diferenciação entre os acusados ricos e pobres, o que seria inadmissível.

Já o inciso II aponta como condição de *renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime*. “A condição de o investigado renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime apresenta correspondência com a pena restritiva de direitos de *perda de bens e valores* (art. 5º, XLVI, *b*, da CF; arts. 43, II, e 45, § 3º, do CP).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 66)

Como terceira condição, o inciso III aponta a prestação de “*serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal)*”. “A condição de o investigado prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas apresenta correspondência com a pena restritiva de direitos contida no art. 5º, XLVI, *d*, da Constituição Federal, e arts. 43, IV, e 46, ambos do Código Penal.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 66)

Como quarta condição, temos no inciso IV, a condição de *pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito*. A condição de o investigado pagar prestação pecuniária apresenta correspondência com a pena restritiva de direitos contida no art. 5º, XLVI, *d*, da Constituição Federal, e arts. 43, I, e 45, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal.

E como condição específica, temos no inciso V, cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. “O inciso V possibilita a aplicação de condições específicas para o caso concreto, a serem indicadas pelo Ministério Público, observando-se as exigências de (i) prazo determinado, (ii) proporcionalidade e (iii) compatibilidade com a infração penal imputada.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 66)

1. 3 O procedimento do acordo de não persecução penal

Tem-se três fases dentro do procedimento de aplicação do acordo de não persecução penal, quais sejam a fase preliminar, a fase de homologação e por último a chamada fase de execução.

Na primeira fase, intitulada de fase preliminar do acordo, está localizado a negociação e a formalização do acordo. Ocorre que o CPP não disciplina como deve ocorrer esta fase de negociação, entende a doutrina que, entendendo cabível a proposta do acordo de não persecução penal, o Ministério Público deveria enviar ao acusado uma notificação para que este comparecesse em “sede administrativa do órgão de execução ministerial, acompanhado de seu defensor, para a negociação e a formalização do acordo – a ausência injustificada do investigado implicaria manifestação de desinteresse na solução consensual.” (JUNQUEIRA, 2021, p. 67)

Na segunda fase, intitulada de homologação, temos a sua ratificação pela via judicial. Depois que, o acordo for colocado por escrito, será levado ao juiz das garantias, para que este homologue. Esta homologação é realizada em audiência, aonde o juiz vai verificar se estão presentes a voluntariedade, fazendo isto através da oitiva do acusado junto ao seu defensor e atestar a sua legalidade. Nesta audiência de homologação, o juiz tem três opções, quais sejam:

A devolução dos autos, caso considere não serem as condições impostas suficientes, adequadas ou ainda abusivas, esta devolução dos autos deve ocorrer para que a proposta de acordo de não persecução penal seja refeita nos moldes no Art. 28-A, §5º do CPP.

A recusa da homologação, caso entenda que o caso não preenche os requisitos exigidos pelo Art. 28-A do Código de Processo Penal, contra esta decisão cabe Recurso em Sentido Estrito – RESE, de acordo com o Art. 581, inciso XXV do Código de Processo Penal. “Recusada a homologação, o juiz deve devolver os autos ao Ministério Público para analisar a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 8º, do CPP).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 67)

E por último, o juiz pode homologar o acordo de não persecução penal, neste caso os autos serão devolvidos para o Ministério Público para que o acordo seja executado perante o juízo de execução de acordo com o art. 28-A, § 6º, do CPP. “O ofendido deve ser intimado da homologação do acordo de não persecução penal e de seu eventual descumprimento (art. 28-A, § 9º, do CPP). A partir da homologação judicial, incide a *suspensão* da prescrição penal, enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal (art. 116, IV, do CP).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 67)

E por fim da terceira e última fase do procedimento do acordo de não persecução penal, é a da execução, aonde as condições impostas serão cumpridas. “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente deve declarar a *extinção de punibilidade* (art. 28-A, § 13, do CPP).” (JUNQUEIRA, 2021, p. 68)

2 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE REGRADA

Para compreender o princípio da obrigatoriedade regrada também é conhecido como princípio da discricionariedade mitigada é preciso primeiro ter em mente o que significa o princípio da obrigatoriedade.

A Ação Penal é dividida entre dois grandes grupos, sendo eles a ação penal pública e a ação penal privada. E o princípio da obrigatoriedade reside na ação penal pública, dentro desta espécie de ação penal, temos a ação penal pública condicionada a representação e a requisição do Ministro da Justiça e a ação penal pública incondicionada, aonde estando presentes os indícios suficientes de autoria e materialidade, a chamada justa causa, o Ministério Público tem a obrigatoriedade de ingressar com a denúncia (peça inaugural da ação penal pública).

Por força desse princípio, extraído segundo a doutrina do art. 24 do Código de Processo Penal, há um dever de atuação por parte da Polícia investigativa e do Ministério Público para que se possa apurar e denunciar determinada infração penal. (SIMONI, 2020)

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal (BRASILEIRO, 2019, p. 249, apud. SIMONI, 2020).

Ou seja, nos crimes que são processados mediante ação penal pública, o Ministério Público deve verificar a presença das condições da ação, do lastro probatório mínimo, e caso estejam presentes deve proceder com a denúncia.

Por outro lado, caso seja necessário o aprofundamento das investigações antes de concluir pela existência da justa causa e proceder com a consequente denúncia, inaugurando a ação penal pública, o Ministério Público deverá requerer novas diligências a fim de complementar. Ou caso o Ministério Público conclua que inexistente lastro probatório mínimo a embasar a acusação (inexistente a justa causa), deve requerer o arquivamento do inquérito policial de forma fundamentada.

Com efeito, nessa perspectiva, presentes indícios de autoria de prova da materialidade em relação à prática de um fato típico, sendo inexistentes as causas extintivas de punibilidade, não pode o “parquet”, em tese, deixar de ajuizar a ação penal. (SIMONI, 2020)

É claro que este dever trazido pelo princípio da obrigatoriedade, despejado sobre o órgão do Ministério Público, não é um dever desarrazoado, ou seja, como visto o Ministério Público não vai ser obrigado a promover a denúncia e a consequente persecução penal em qualquer caso de ação penal pública incondicionada, mas apenas nos casos em que houver a justa causa, como requisito exigido pela legislação pátria.

Quando falamos no princípio da obrigatoriedade regrada ou mitigada, estamos nos referindo aos institutos que, permitem que mesmo nos casos de crimes processados perante a ação penal pública, em situações em que se verifique o lastro probatório mínimo (justa causa), o Ministério Público possa deixar de iniciar a persecução penal.

É o que acontece na aplicação da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de não persecução penal.

E assim fazendo uso de uma “discricionariedade regrada”, que se trata de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade que, como visto vigora em relação aos crimes processados mediante a ação penal pública, “o Ministério Público pode celebrar com o investigado um negócio jurídico de natureza extrajudicial, que, preenchidos alguns requisitos e condições, pode acarretar a extinção de punibilidade do agente infrator.” (SIMONI, 2020)

É chamada, portanto, de princípio da obrigatoriedade regrada, pois a lei aponta os requisitos que o ministério público deve verificar para poder fazer uso deste princípio em exceção a obrigatoriedade que vigora na ação penal pública. é como uma peneira comandada pelo Ministério Público, aonde só passará pelos seus furos aquelas situações que preencherem os requisitos legais, quais sejam aqueles analisados no capítulo anterior, presentes no Art. 28-A do Código de Processo Penal.

Mas, ainda me referindo a analogia das peneiras, devemos nos recordar que, as peneiras, com o decorrer do tempo e de sua utilização, os pequenos furos vão ficando com irregularidades, e então alguns se dilatam outros se comprimem ou são entupidos caso não lavados corretamente após o uso, e então

aquela peneira com o efeito do tempo e do modo em que foi utilizada, passar a ser uma peneira completamente diferente do que era em sua origem.

O que estamos tentando compreender com esta analogia, é se o princípio da obrigatoriedade mitigada, presente nos institutos despenalizadores, tal como na suspensão condicional do processo, na transação penal e notadamente no acordo de não persecução penal que é o objeto deste estudo, não estaria sofrendo mutações decorrentes do histórico de seu uso, do modo em que estão sendo manuseados, tal como ocorre com as peneiras após um tempo de uso?

3 OBRIGATORIEDADE REGRADA OU OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO VOLITIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Agora que já compreendemos que, o princípio da obrigatoriedade regrada ou mitigada leva este nome, pois trata-se de hipóteses em que o Ministério Público poderá deixar de seguir a regra da obrigatoriedade de iniciar a persecução penal em caso de ação penal pública em que esteja presente o lastro probatório mínimo (justa causa). Passemos para a análise deste princípio sendo aplicado na prática dentro do acordo de não persecução penal, perante a atuação dos órgãos do Ministério Público.

Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público ficou encarregado de muitas responsabilidades. “Esta instituição pertence ao Estado permanentemente, tendo como algumas funções a defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis.” (THIAGO, 2021)

Dentre estas responsabilidades, está a de quando presente a justa causa, dar início a persecução penal nos crimes processados mediante ação penal pública, por meio da peça inaugural intitulada de denúncia. Estando desobrigado disto, nas hipóteses autorizadoras da aplicação do princípio da obrigatoriedade regrada, tal como ocorre no acordo de não persecução penal.

E nestes casos como vimos anteriormente, para a aplicação do princípio da obrigatoriedade regrada, o Ministério Público deve respeitar as regras estabelecidas pelo legislador. Em relação a obrigatoriedade regrada no acordo de não persecução penal, estas regras estão estabelecidas no Art. 28-A do Código de Processo Penal.

A respeito das regras trazidas pelo Art. 28-A do Código de Processo Penal para a aplicação do princípio da obrigatoriedade regrada no que tange ao acordo de não persecução penal, veja-se:

“Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, **o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime**, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (GRIFO NOSSO)

Dentre as demais regras trazidas pelo caput do dispositivo legal em análise, temos uma que sobressai, qual seja a de que, “Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Ocorre que, estes limites impostos pela lei, de que, seja a medida despenalizadora necessária e suficiente para cumprir as funções preventivas e repressivas em relação ao crime cometido e confessado pelo acusado, são subjetivas e abarcam diversas hipóteses.

Entendemos que, a decisão do Ministério Público pela não propositura do acordo de não persecução penal, deve ser fundamentada, de modo que possamos perceber qual é a relação do caso concreto com a necessidade e suficiência ou não exigida pela lei para a aplicação desta medida. Mas isto está realmente acontecendo na vida prática?

Recentemente comecei a trabalhar em um caso em tramite na comarca de Volta Redonda – Rio de Janeiro, em que a investigada não tinha outras anotações em sua folha de antecedentes criminais e havia preenchido os demais requisitos legais, o caso se tratava de um furto de um shampoo e um enxaguante bucal, em uma farmácia no valor de vinte e poucos reais.

Porém o Ministério Público entendeu pela não propositura do acordo de não persecução penal, justificando que, a acusada havia outras anotações em sua FAC, o que não era verdade tendo em vista que não existiam anotações anteriores ao fato em questão. E fundamentou ainda que, o acordo de não persecução penal, não seria uma medida suficiente para a prevenção e reprimenda do crime.

Resta a dúvida se estas palavras podem ser consideradas como motivação quanto a sua decisão de não oferecimento do acordo de não persecução penal? E no caso de compreender que não basta como fundamentação, o poder judiciário teria atribuição para exigir a propositura do acordo de não persecução penal?

Em relação a esta temática, veja-se o posicionamento adotado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em uma disputa travada entre o Ministério Público e a Defensoria Pública do Estado de São Paulo, quando o MP negou o acordo de não persecução penal, em um caso de tráfico privilegiado, com uma fundamentação genérica que, não demonstrava a existência concreta dos requisitos impostos pelo caput do Art. 28-A do Código de Processo Penal:

Logo, todas as medidas possíveis ao Poder Judiciário foram tomadas para eventual realização do referido acordo, não sendo possível exigir que o Ministério Público ofereça referido benefício, pois não se trata, conforme explanado, de direito público subjetivo do réu”, afirmou o relator. Ele afirmou ainda que o juiz até pode aplicar o artigo 28 do CPP por força do disposto no parágrafo 14 do novo artigo 28-A, mas não pode, em sendo mantida a recusa do MP, ir além disso. Rangel citou precedentes do próprio TJ-SP no sentido de que o Poder Judiciário deve se abster de interferir nessa questão e denegou a ordem. A decisão foi por unanimidade. (VIAPIANA, 2020)

Ou seja, o acordo de não persecução penal, fica vinculado a manifestação de vontade do Ministério Público e do investigado, já que na prática não restam medidas para combater a falta de fundamentação por parte do ministério público de modo a demonstrar de fato a inexistência dos requisitos exigidos pela lei através do Art. 28-A do Código de Processo Penal.

4 CONCLUSÃO

Foi possível perceber que, com o acordo de não persecução penal integrando o nosso Código de Processo Penal, temos mais uma medida despenalizadora. E junto com este instituto, vêm mais uma hipótese de aplicação do princípio da obrigatoriedade regrada, aonde preenchido os requisitos o Ministério Público fica dispensado da obrigação de propor a ação penal pública por meio da denúncia e dar início a persecução penal.

Ocorre que, um destes requisitos exigidos pela lei que, servem (ou pelo menos deveria servir) de baliza para a aplicação do princípio da obrigatoriedade regrada, é que o acordo de não persecução penal seja necessário e suficiente para a prevenção e a reprovação do crime em questão. Porém estes requisitos são abertos, permitindo interpretações, sendo assim, a interpretação do Ministério Público deveria ser motivada adequadamente em sua decisão.

Mas, percebe-se que na prática esta fundamentação por parte do Ministério Público ocorre de forma genérica, não havendo muito espaço para discussão, tendo em vista que, o TJSP já entendeu que, o Poder Judiciário não pode se intrometer nesta questão, cabendo apenas a manifestação de vontade do Ministério Público e do Acusado.

REFERÊNCIAS

BRASIL, MPPR. **Acordo de Não Persecução Penal**. Disponível em: <https://comunicacao.mppr.mp.br/2021/01/23343/Acordo-de-Nao-Persecucao-Penal.html>. Acesso em 21 de dez de 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo. **Lei anticrime comentada – artigo por artigo**. 2. ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

SIMONI, Lanna Gabriela Bruning. **Aplicação do princípio da discricionariedade regradada no acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/54786/aplicao-do-principio-da-discricionariedade-regrada-no-acordo-de-no-persecuo-penal>. Acesso em 30 de dez. de 2021.

THIAGO, Camila Martins. **Acordo de não persecução penal: um direito ilícido e incerto**. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/12186/Acordo-de-nao-persecucao-penal-um-direito-ilicido-e-incerto>. Acesso em 21 de dez de 2021.

TOSH, Aline Seabra. **A discricionariedade vinculada no acordo de não persecução penal da Resolução n. 181 do CNMP**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/65887/a-discricionariedade-vinculada-no-acordo-de-nao-persecucao-penal-da-resolucao-n-181-do-cnmp>. Acesso em: 21 de dez de 2021.

VIAPIANA, Tábata. **TJ-SP diz que Judiciário não pode impor acordo de não persecução penal**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mai-20/judiciario-nao-impor-acordo-nao-persecucao-penal-mp>. Acesso em 30 de dez. de 2021.