

**EXISTE UM DIREITO SUBJETIVO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL? O DEVER DE ACCOUNTABILITY DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

**IS THERE A SUBJECTIVE RIGHT TO A NON-PROSECUTION AGREEMENT?
THE ACCOUNTABILITY DUTY OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE**

Lenio Luiz Streck

Pós-doutorado em Direito Constitucional (FDUL/Portugal),
Professor Titular dos Programas de Pós-Graduação em Direito da UNISINOS e da
UNESA e Membro Catedrático da Academia Brasileira de Direito Constitucional
(ABDConst)

Currículo *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/0806893389732831>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-8267-7514>

E-mail: lenio@professorstreck.com.br

Marcelo Augusto Rodrigues de Lemos

Doutorando em Direito pela UNISINOS/RS,
Mestre em Ciências Criminais pela PUC/RS,
Especialista em Direito Penal Empresarial pela PUC/RS.
Advogado criminalista.

Currículo *lattes*: <http://lattes.cnpq.br/4066592164565760>

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-8995-1026>

E-mail: marcelo@lemos.adv.br

RESUMO: O artigo enfrenta a discussão que sustenta o Acordo de Não Persecução Penal como um direito subjetivo do investigado em processo penal. De início, buscou-se estabelecer as diferenças concretas entre os sistemas jurídicos do *common law* com aqueles existentes em países de tradição *civil law*, na medida em que os acordos jurídicos são fruto de uma construção dos países anglo-saxões como um instrumento político-criminal. Após, buscou-se conceituar o que se entende por direito subjetivo para, ao final, chegar à conclusão de que não há propriamente um direito subjetivo *prima facie* ao Acordo de Não Persecução Penal, senão uma necessidade de fundamentação, pelo membro do Ministério Público, das razões para a sua não proposição. Caso o agente ministerial não se incumba do dever de *accountability*, admite-se a revisão judicial, de modo que o direito subjetivo, portanto, reside no dever de fundamentação e não na proposição, em si, do acordo. O método utilizado é o da fenomenologia hermenêutica.

Palavras-chave: ANPP – Direito subjetivo – dever de fundamentação – acordos penais – revisão judicial

ABSTRACT: The article addresses the discussion that supports the Non-Prosecution Agreement as a subjective right of the defendant in criminal proceedings. Initially, the article establish the concrete differences between legal systems in common law jurisdictions and those existing in civil law tradition countries, as legal agreements are the result of a development in Anglo-Saxon countries as a political-criminal instrument. Afterwards, it aimed to conceptualize what is understood by a subjective right, ultimately concluding that there is not strictly a *prima facie* subjective right to the Non-Prosecution Agreement, but rather a need for justification by the prosecutor for not proposing it. If the Public Prosecutor fails in its accountability duty, judicial review is allowed, so the subjective right lies in the duty of justification rather than in the proposal of the agreement. The method used is hermeneutic phenomenology.

Keywords:ANPP – Subjective right – accountability – plea bargaining – judicial review

1. Introdução

O acordo de não persecução penal¹ foi introduzido à legislação processual penal por meio da Lei n.º 13.964/2019 (também conhecida como “pacote anticrime”). O referido instituto foi, portanto, positivado no art. 28-A do Código de Processo Penal e estabelece alguns requisitos para a sua concessão². As condições enunciadas nos incisos do aludido dispositivo possuem natureza objetiva, como a reparação do dano e se projetam em relação ao investigado, porquanto a sua proposição é alternativa ao oferecimento da denúncia. No *caput* estão presentes, como requisitos, a confissão formal e o acordo como suficiente e necessário à reprovação do crime (esta última que, *a priori*, remete ao art. 59 do Código Penal e, logo, há quem sustente que se condiciona à reserva de jurisdição³). Ademais, o legislador expressamente dispôs que o Ministério Público “poderá” oferecer a transação, *i.e.* não estabeleceu uma obrigatoriedade ao agente ministerial.

É em meio a esse cenário que se enaltecem as dúvidas: o acordo de não persecução penal constitui direito subjetivo do acusado em processo penal? Para além dessa discussão, é possível conceber a ideia de que direitos subjetivos se caracterizam como uma técnica legislativa ainda que haja colidência com direitos fundamentais (como à igualdade e à liberdade). Tendo como premissa a ideia de que o objetivo de criação de uma lei é criar direitos subjetivos – e sendo lei (*lex*) diferente de direito (*jus*), inclusive porque o direito nasce a partir da decisão judicial⁴ – podemos

¹ Doravante denominado também como “ANPP”.

² 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: I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público 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, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei n.º 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei n.º 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; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. BRASIL. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941.

³ Masi, 2020.

⁴ A propósito: “Em definitivo, a finalidade da lei é criar para as pessoas uma regra de conduta mais segura ao mesmo tempo que vale como diretriz ao juiz quando este é chamado a criar o direito para o caso concreto, vale dizer, uma vez que a regra de conduta esteja positivada no ordenamento jurídico ela pode, de forma mais direta, determinar e influir nas condutas das pessoas em sociedade, e ao mesmo tempo servir de pauta para que o juiz crie, frente a um caso concreto, o direito através de uma norma individual”. Ribeiro, 2013.

afirmar que o acordo penal é uma forma de tornar disponível o direito do acusado ao processo e, nesse cenário, a aceitação – ou não – só depende de sua vontade? E se assim o for, o ANPP pode ser fruto da discricionariedade do membro do Ministério Público?

A hipótese inicial é de que o membro do Ministério Público – ao negar o oferecimento do acordo – está adstrito ao dever de fundamentação (art. 93, inc. IX, CF) que poderá ser objeto de revisão pela instância superior da instituição (art. 28 do Código de Processo Penal). Desse modo, se o agente ministerial fundamentar o não oferecimento em decisão discricionária – logo, arbitrária⁵ – caberá revisão judicial, momento em que – a partir da decisão – poderá nascer, por meio de uma norma individual, o direito subjetivo ao ANPP.

O método utilizado será o da fenomenologia hermenêutica, vale dizer, o revolvimento o chão linguístico e a reconstrução da história institucional do fenômeno, desvelando-o. Em outras palavras, o método ora utilizado também pode ser compreendido como a prática de efetuar desleituras, retirando-se a poluição semântica acumulada e fazendo com que o fenômeno exsurja com outra roupagem fenomenológica⁶.

As técnicas utilizadas consistem, fundamentalmente, em revisão bibliográfica nacional e estrangeira, bem como análise de julgados.

2. Breve excursão sobre os acordos penais e o seu ingresso na perspectiva processual penal brasileira

A ideia do estabelecimento de acordos penais no interior da legislação processual penal brasileira é fruto de uma importação de institutos provenientes do direito anglo-saxão. Não só em *terrae brasilis*, como em diversos países da Europa Continental, percebe-se a influência do *common law* na introdução de formas de *barganha* no processo penal⁷. A importância, porém, não está restrita somente às soluções negociadas, mas também no que concerne, por exemplo, ao pragmatismo

⁵ De logo, assumimos a compreensão e todas as críticas direcionadas ao conceito de discricionariedade – *i.e.* a zona de penumbra em que o intérprete pode se movimentar para fundamentar uma decisão – como sinônimo, no bojo do Estado Democrático de Direito, de arbitrariedade. A propósito, veja-se o verbete “discricionariedade”: Streck, 2020.

⁶ Veja-se em: Streck, 2020.

⁷ Vasconcellos, 2015.

legal, estruturação de escritórios de advocacia e relação entre direito e economia, o que levou alguns doutrinadores, como Maximo Langer, a afirmar que algumas nações arraigadas por uma cultura inquisitorial estão repensando e reformulando os seus sistemas jurídicos calcados nos primados do *common law*, principalmente a norte-americana⁸.

No que concerne ao processo penal – e aqui trazemos a perspectiva dos Estados Unidos da América – a forma mais usual de justiça negocial é o chamado “*plea bargaining*”, que, segundo se estima, corresponde à resolução de 97% (noventa e sete por cento) dos casos criminais em âmbito federal⁹. As avenças são propostas pelo *prosecutor*, o qual detém ampla margem de discricionariedade para formular o acordo¹⁰.

A formatação da justiça criminal norte-americana, em geral, é marcada pelo pragmatismo do processo que visa a gerar eficiência na prestação jurisdicional. Não há um princípio – como existe no Brasil – de obrigatoriedade da ação penal e o principal motivo de sua existência é de combater a criminalidade. Essa política-criminal nos Estados Unidos da América tomou corpo após o fim da Guerra Civil – quando os índices de criminalidade eram alarmantes – e optou-se pelos acordos penais com o fulcro específico de evitar o colapso do sistema de justiça criminal ao mesmo tempo em que se dava uma resposta efetiva e célere aos processos criminais¹¹.

No Brasil, a introdução dos espaços de consenso não chega a ser uma novidade. Em 1995, a Lei 9.099 introduziu a possibilidade de oferecimento de transação penal (art. 72) para crimes de menor potencial ofensivo e a suspensão condicional do processo (art. 89). A discrepância para com o atual modelo de ANPP é que o benefício do art. 72 da referida lei se direciona a delitos, como se aventou, de menor potencial ofensivo – ao contrário dos crimes médios, que se vinculam ao ANPP – e, fundamentalmente, quanto à desnecessidade de incursão sobre o mérito da imputação por meio de uma confissão¹².

⁸ Langer, 2017.

⁹ Rakoff, 2015.

¹⁰ Vasconcellos, 2015.

¹¹ Rakoff, 2015.

¹² A par dessa conjuntura, valiosa a crítica de Vasconcellos no que diz respeito aos “acordos” nos processos criminais de médio e pequeno potencial ofensivo: “Certamente, os dois últimos mecanismos citados são aqueles que aderem cristalina e conceitual da justiça criminal negocial, já que se caracterizam por pressupor a concordância do réu em aceitar a acusação (embora, formalmente, não haja confissão ou reconhecimento de responsabilidade) e, assim, consentir com a realização de obrigações acordadas, sem o

A lei 13.964/2019, introduzindo o acordo de não persecução penal, veio a tentar sedimentar os espaços de consenso no direito processual penal, marcado – ainda que não de forma tão extrema – por uma influência da justiça penal negociada dos Estados Unidos da América. Antes do “pacote anticrime”, o Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da Resolução n.º 181, buscou estabelecer o acordo penal através de ato normativo.

À base desse contexto, é inegável que os mecanismos processuais penais do sistema norte-americano de *common law* têm alcançado significativa influência na forma de estruturação das matrizes brasileiras. A ideia de criação de espaços de consenso no Brasil tem se fortalecido desde a introdução da Lei n.º 9.099/95 – ainda que de forma tímida – e, de modo mais contundente, por meio da utilização excessiva da colaboração premiada e através da inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico.

3. A ideia de direito público subjetivo, o sistema acusatório e a sua convergência com o acordo de não persecução penal

Para Darci Guimarães Ribeiro, o ordenamento jurídico, além de apresentar soluções abstratas dos conflitos de interesse – o que se denomina de direito objetivo – também atende ao interesse de um indivíduo em sentido subjetivo. Dessa conceituação de direito subjetivo, extraem-se, na linha do jurista, duas consequências: a primeira no sentido de que o poder conferido pelo ordenamento jurídico a determinado indivíduo – o que corresponde a direito subjetivo – é fruto da vontade do titular do poder, exceto em casos de representação legal de incapazes, dentre outras situações. O segundo é que o direito subjetivo é um *status* jurídico que detém o titular desse direito, o que não significa que esse terá a capacidade de exercer esse poder no que concerne à pretensão ou à ação material¹³.

De mais a mais, direito subjetivo é uma técnica que o legislador adota para fazer valer o enunciado de uma dada norma. Ainda, Ribeiro propõe uma cisão entre direitos subjetivos mediatos e imediatos. O primeiro depende de uma decisão judicial, de modo que somente nasce a partir de uma declaração jurisdicional. Cuida-se de um

transcorrer normal do processo para determinação da culpa por meio de produção de provas”. Vasconcellos, 2018, p. 29.

¹³ Ribeiro, 2013.

direito que é sempre exercido em relação a alguém e pressupõe, de outro lado, a existência de um dever. O segundo, em seu turno, corresponde aos direitos subjetivos que existem independentemente de uma sentença e que não afetam a esfera jurídica de outra pessoa. Como exemplo, tem-se o direito à liberdade e ao processo. A distinção fulcral entre ambos é a seguinte:

Ambas as classificações coincidem em que os direitos subjetivos imediatos (ou fundamentais) são *universais, indisponíveis, inalienáveis, invioláveis, intransigíveis, personalíssimos*, além de terem seu título imediatamente em lei, enquanto que os direitos subjetivos mediatos (ou patrimoniais) são *singulares, disponíveis, negociáveis, alienáveis*, e tem por título os atos jurídicos do tipo negocial, entre outras distinções¹⁴.

Noutro turno, aponta Resende que direito subjetivo consiste na ideia de poder conferido pelo direito objetivo de alguém exigir algo de outrem. Direito subjetivo público, ainda, é relativo aos direitos dos indivíduos em frente ao Estado, que são disciplinados pelo Direito Público¹⁵. A concepção de direito subjetivo, portanto, remonta a uma pessoa-indivíduo ou a coletividade, no sentido de que é a faculdade que lhe é dada de exercer uma determinada atividade. O direito objetivo, de outro lado, é referente a norma ou ao conjunto de normas aplicáveis ao indivíduo ou à coletividade, o qual deve ser observado, de modo que, não o sendo, caberá uma sanção. Objetivamente, enquanto o direito subjetivo é uma faculdade do detentor, o direito objetivo é uma obrigação¹⁶.

Nesse sentido, a questão que se coloca – no que pertine à temática abordada – é se o ANPP corresponde a um direito subjetivo imediato (na classificação proposta por Ribeiro), porquanto, ao fim e ao cabo, o estabelecimento da avença incidirá na extinção da punibilidade. Portanto, estando presentes os requisitos legais, o Ministério Público deverá propor o acordo ou fundamentar a sua negativa em fundamentos estritamente jurídicos. Com fulcro na distinção mencionada, entendemos que o direito pré-existente, logo imediato, é o dever de fundamentação de eventual recusa da proposição da avença penal. Ou seja, em não sendo fundamentado ou o feito de modo inidôneo (calcado em circunstâncias que fogem da esfera do jurídico), é que se enaltecerá a necessidade de revisão judicial, momento em que poderá surgir – por

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Resende, 2020.

¹⁶ Catão, 2014.

meio de uma sentença – o direito subjetivo mediato. Portanto, não se pode mencionar, *prima facie*, que existe um direito público subjetivo ao ANPP.

Calabrich, em perspectiva assemelhada, aponta que a ideia de “acordo imposto” é uma contradição em termos:

A possibilidade de firmar acordos no processo penal deve ser entendida como um direito do investigado ou do réu: quanto mais hipóteses legais de acordo, maior seu espectro de direitos. Restringir essas possibilidades é, sobretudo, uma postura antigarantista. Frise-se: o direito do investigado ou do réu corresponde a que o cabimento de uma solução negociada seja fundamentadamente analisado pelo Ministério Público, conforme uma discricionariedade delimitada por parâmetros legais. Não é direito subjetivo do investigado ou do réu “obrigar” o Ministério Público a propor um acordo – “acordo imposto” seria, aliás, uma contradição em termos –, nem poderá o Estado-juiz puramente substituir essa atribuição do Ministério Público, sob pena de malferimento ao princípio acusatório¹⁷.

Em que pese a concordância parcial em relação ao defendido pelo jurista, especificamente no que concerne à necessidade de enfrentamento fundamentado por parâmetros legais da possibilidade de acordo, não se pode dizer o mesmo acerca da impossibilidade, *a posteriori*, de revisão judicial. Claro que a aludida análise pelo magistrado seria após o esgotamento da instância revisional do Ministério Público (art. 28 do Código de Processo Penal). Se não houver fundamentação idônea – que, gize-se, é um direito fundamental do indivíduo –, deverá ter a sua legitimidade enfrentada pelo juiz. Em um Estado Democrático de Direito nada pode ser discricionário¹⁸. E isso se aplica também ao acusador público que possui atribuições – no que concerne especificamente ao seu modo de agir, como o dever de imparcialidade – idênticos ao da magistratura.

Compreender o ANPP como direito subjetivo do acusado em processo penal é diferente de entender que o membro do Ministério Público detém discricionariedade para – ao alvedrio de sua consciência – propor (ou não) o acordo. O referido instituto, no interior da perspectiva constitucional brasileira, não confere ao agente ministerial a possibilidade fazer a proposta quando bem entender. Também não se pode admitir a recusa na proposição motivada unicamente em estratégia político-criminal adotada pelo órgão, até mesmo porque isso pode gerar violações ao princípio da igualdade,

¹⁷ Calabrich, 2020.

¹⁸ Veja-se: Streck, 2020.

na medida em que as condições para propositura do acordo penal estão positivadas na legislação processual penal.

Inegavelmente, no entanto, a intervenção do magistrado na proposta de avença criminal – em caso de recusa devidamente motivada pelo Ministério Público – contrasta com o princípio acusatório, o qual entende-se como aquele sistema processual penal em que há a figura do juiz como um sujeito passivo separado de forma rígida das demais partes. O julgamento, portanto, é um debate paritário, como refere Ferrajoli, que se inicia pela acusação – a qual tem o ônus probatório – e é contraposta pela defesa técnica a partir do contraditório público e oral. O papel do juiz, na ótica do jurista italiano, é de solucionar a causa, *com base em sua livre convicção*¹⁹.

A ressalva em relação ao pensamento de Ferrajoli se dá somente em relação ao papel do juiz. Certamente, o juiz deve ter uma postura passiva na persecução criminal (juiz-espectador) e não deve substituir as tarefas atribuídas a cada uma das partes. Quer dizer, a acusação tem o ônus integral de provar o quanto alegado, ao passo que a defesa está incumbida de promover o exercício do contraditório. No entanto, o juiz, ao decidir a causa, não se ampara em uma *livre convicção*. Seja lá o que for essa definição, até mesmo porque não há uma construção dogmática do que é *livre convencimento (motivado)* ou *livre apreciação da prova* que defina critérios jurídicos no ato decisório. É certo que na atual conjuntura democrática nada por ser discricionário. A ideia de *livre convicção*, portanto, remonta ao subjetivismo do intérprete e não insere a discussão no seio dos paradigmas filosóficos, ainda remontando ao pensamento ancorado na filosofia da consciência. Direito, no interior do Estado Democrático de Direito, é transformador e, por isso, qualquer discricionariedade equivale a arbitrariedade. Nessa quadra da história, portanto, não se pode admitir que a construção do Direito fique ao cargo da subjetividade de um indivíduo ou de um colegiado²⁰.

O atual Código de Processo Penal – como muitos doutrinadores afirmam – se caracteriza por ter uma estrutura *mista*. E isso se justifica pela sua inspiração no Código de Processo Penal italiano (*Código Rocco*) de 1930. Este, por sua vez, encampou essa sistemática – herança do Código Napoleônico (1808) – de divisão do processo penal em duas partes²¹. Quer dizer, em parte encampava o princípio

¹⁹ Ferrajoli, 2014.

²⁰ Veja-se: Streck, 2020.

²¹ Ferrajoli, 2014.

inquisitivo e, noutra, o acusatório. No âmbito do inquérito policial, o contraditório – que é figura fulcral no interior do sistema acusatório – não se faz presente.

No campo da fase judicial, por outro lado, afirma-se estar consolidado o princípio acusatório. Na prática, concordamos com Aury Lopes Jr. no sentido de que sempre se tratou de uma falácia. Não há como encampar – no mesmo código – dois princípios que são antagônicos²². Quer dizer, produz-se a prova no interior do procedimento inquisitivo do inquérito policial e, ao depois, no bojo da fase judicial se reproduz as provas obtidas com a ausência do contraditório e da defesa técnica, como se isto fosse, de certo modo, imunizar e legitimar a produção de prova feita na investigação policial.

O “pacote anticrime”, por meio da introdução do art. 3º-A no Código de Processo Penal, veio a dar fim a esse debate e estabelecer peremptoriamente a estrutura acusatória da persecução criminal. Não por acaso, de igual modo, ampliou os espaços de consenso no direito processual penal.

Levando em conta os meandros do sistema acusatório e da impossibilidade de se conferir uma ampla e irrestrita discricionariedade é que, na efetiva recusa infundada do Ministério Público na proposição do acordo, se fará presente a necessidade de imposição da proposta de acordo. Desse modo, não haverá ofensa ao sistema acusatório, senão – nesse ponto concordando com Aury Lopes Jr. – é que se exigirá do juiz a missão constitucional de conferir ao investigado a máxima eficácia de direitos²³.

Esta compreensão, no entanto, não é encampada por autores como Gustavo Badaró, o qual possui um entendimento mais restritivo quanto à possibilidade de revisão judicial do acordo de não persecução penal. Para o jurista, a referida avença constitui um negócio jurídico processual que é firmado entre investigado e Ministério Público em que o primeiro torna disponível o seu direito ao processo como contrapartida ao cumprimento imediato de uma pena restritiva de direitos. A impossibilidade de revisão judicial e, conseqüentemente, imposição do acordo pelo magistrado se ancora no fato de que o juiz não participa da investigação e, nessa medida, não pode atrair a função que – por força do art. 129, inc. I, da Constituição – é de incumbência do órgão ministerial²⁴

²² Lopes Jr., 2015.

²³ Lopes Jr.; Josita, 2022.

²⁴ Badaró, 2020.

Augusto César Leite de Resende, doutro lado, sustenta a ideia de que o ANPP é um direito subjetivo do investigado ou acusado em processo penal. Faz tal assertiva fundado em vários argumentos, notadamente de que – amparado em uma leitura hermenêutico-constitucional do art. 28-A do Código de Processo Penal conforme os direitos fundamentais – o ANPP é resultante de uma posição jurídica que tutela o direito fundamental à liberdade de locomoção (art. 5.º, inc. XV, CF). Isso porque o dispositivo que introduziu o acordo penal ampliou a esfera de proteção da liberdade do indivíduo para aqueles delitos – sem violência ou grave ameaça – cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e que, a bem da verdade, o ANPP se projeta como um instrumento despenalizador que impede o prosseguimento da persecução penal em juízo e, evidentemente, evita a imposição de uma pena privativa de liberdade²⁵.

O autor ainda sustenta – na linha do que convergimos – que o Ministério Público, sendo um órgão estatal, não pode promover restrições arbitrárias e subjetivas ao oferecimento da avença penal. Ou seja, é defeso ao membro do *Parquet* deixar de propor o acordo quando presente todos os requisitos legais, “sob o 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”²⁶.

Em resumo, anuímos com o ponto de que não é possível deixar a última palavra acerca da proposição ao Ministério Público, sob pena de excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental. É ônus, destarte, do agente ministerial demonstrar exaustiva e hermeneuticamente as razões jurídicas que conduzem ao não cabimento de proposta, na hipótese, de tal medida despenalizadora²⁷. Porém, um eventual ato de não proposição fundado em fatores extrajurídicos seria, em verdade, uma decisão inconstitucional por violar o art. 93, inc. IX, CF. Seria, portanto, contrária ao Direito e, sendo assim, não haveria de se excluir do Poder Judiciário a apreciação e eventual imposição do acordo, o que não corresponderia a ofensa ao sistema acusatório, já que nesse cenário, como se vislumbra da compreensão de Lopes Jr. alhures mencionada, o juiz estaria conferindo a máxima proteção de direitos ao investigado.

²⁵ Resende, 2020.

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ *Ibidem*.

Noutra ótica, Maria Letícia Nascimento Gontijo trabalha – em dissertação de mestrado – os espaços de consenso no âmbito do processo penal. De fato, como é natural, a autora sustenta que as formas de barganha na dinâmica criminal são irreversíveis e constituem uma nova realidade. Porém, compreende – amparada em um arcabouço constitucional – que a melhor interpretação em benefício do réu é a concepção de que o ANPP constitui direito subjetivo, uma vez que há definição legal rígida das hipóteses cabíveis, de sorte que não há espaço para um juízo de conveniência ou de oportunidade pelo membro do Ministério Público²⁸.

O que ocorre, contudo, é que não há um direito subjetivo *prima facie*. O que existe, de antemão, é a exigência de fundamentação de recusa, que deve partir de uma análise puramente jurídica e dissociada de subjetivismos. Nesse ponto, não é possível – em uma leitura hermenêutico-constitucional – sustentar a negativa de proposição, por exemplo, no fato de que a avença seria insuficiente para a reprovação e prevenção do delito, sem que isso decorra de um discurso juridicamente fundamentado e tampouco se pode conferir uma interpretação literalista ao verbo “poder” enunciado no art. 28-A do Código de Processo Penal, como se Direito fosse apenas uma questão de semântica.

No plano jurisprudencial, essa temática foi objeto de análise pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no âmbito do Agravo Regimental no *habeas corpus* n.º 191.124/RO de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. O acórdão sustenta que o ANPP não é direito público subjetivo, assim como entendemos. Entretanto, a fundamentação levada a cabo pelo Pretório Excelso conduz à intelecção de que a apreciação da proposição (ou não) do acordo não é passível de revisão judicial. Isso porque a avença é facultada ao Ministério Público amparada em uma legítima opção alicerçada em fundamentos político-criminais adotados pela instituição. Ou seja, mesmo se presentes os requisitos legais, o agente ministerial pode se recusar a propor o ANPP se esse não corresponder a sua estratégia de combate ao crime.

O *decisum*, todavia, é antitético, na medida em que parte de uma leitura literalista do art. 28-A do Código de Processo Penal, não analisando todo o contexto jurídico constitucional – como o dever de fundamentação idônea –, ao afirmar que: “simplesmente, permite ao *Parquet* a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de

²⁸ Gontijo, 2021.

política criminal adotada pela Instituição”²⁹. Se a fundamentação deve ser idônea – e sendo essa uma consequência de um primado constitucional – não se pode excluir do Poder Judiciário a apreciação de eventual recusa do acordo quando presentes os fundamentos legais, notadamente se a aludida negativa decorrer de uma análise subjetivista.

Lado outro, o Superior Tribunal de Justiça, no bojo do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n.º 762.049/PR consignou que gera nulidade a ausência de oferecimento do ANPP, quando presentes as condições objetivas para tanto, sem que haja uma justificação idônea fornecida pelo órgão acusador³⁰. É justamente esse o ponto: o Ministério Público não detém a prerrogativa de escolher para quem irá propor o acordo. É *múnus* do agente público fundamentar a sua decisão de não proposição da avença, sendo que tal fundamento deve estar alicerçado em um discurso jurídico que dialogue com o paradigma constitucional de 1988.

4. O diálogo com a Crítica Hermenêutica do Direito

A questão colocada como problema deste artigo indaga se o ANPP deve ser considerado como direito subjetivo do investigado em processo penal e se o Ministério Público está autorizado a rejeitar a proposição do acordo quando presentes todos os requisitos legais para isso. Nesse particular, as indagações postas dialogam com a Crítica Hermenêutica do Direito e é a partir dela que buscamos compreender e chegar a uma resposta constitucionalmente adequada.

Para a Crítica Hermenêutica do Direito, nessa linha, existem seis hipóteses em que o intérprete está autorizado a não observar a literalidade da lei quando: a) diante de uma lei inconstitucional; b) um conflito entre normas; c) uma interpretação conforme à Constituição; d) em face de uma nulidade parcial com redução de texto; e) uma declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto e; f) quando a regra confrontar um princípio. Ainda, há cinco princípios que devem servir de base: a) a preservação e autonomia do direito; b) o controle hermenêutico da interpretação constitucional; c) a observância à integridade e coerência do direito; d) o dever

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *habeas corpus* n. 191.124/RO. Primeira Turma. Diário da Justiça Eletrônico. 13/04/2021.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *habeas corpus* n.º 762.049/PR. Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. 07/03/2023.

fundamental de justificar as decisões e; f) o direito fundamental à uma resposta adequada à Constituição³¹.

Há não muito tempo, o então Presidente da República houve por indultar um condenado pelo Supremo Tribunal Federal sob o argumento de que a Constituição Federal, em seu art. 84, assim permitiria. Ou seja, partiu de uma interpretação literal do texto constitucional para tomar uma conclusão. No entanto, a leitura que fez olvida a concepção de norma e de ordenamento jurídico. Esse decreto presidencial, claramente inconstitucional, exemplifica como não se deve interpretar um dispositivo legal. É evidente que essa interpretação não passa pelo filtro hermenêutico-constitucional, especialmente porque entra em conflito com pelo menos uma das seis hipóteses desenvolvidas pela Crítica Hermenêutica do Direito para não aplicar a literalidade da lei, em particular a que diz que uma regra não deve ser aplicada quando entra em conflito com princípios, notadamente, nessa hipótese, os da impessoalidade, moralidade e interesse público, consagrados no texto constitucional (art. 37, CF)³². Como essa situação, prejudicial ao Estado Democrático de Direito, se relaciona com o que constitui o problema do nosso artigo? Primeiro, porque nada em uma democracia pode ser discricionário e ignorar a tradição epistemológica do fenômeno e a concepção de norma como parte de um ordenamento. No entanto, a situação do decreto presidencial é semelhante à decisão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal (Agravo Regimental em Habeas Corpus n.º 191.124), que estabeleceu que o Ministério Público pode recusar-se a propor o ANPP e que essa recusa não pode ser objeto de revisão judicial.

Os membros do Ministério Público e da magistratura, por terem absolutamente as mesmas garantias, possuem responsabilidade política, que, em Dworkin, é decidir por meio de argumentos de princípio³³. A importância que o órgão ministerial aufere em um Estado Democrático de Direito, portanto, é singular e dotada de uma alta relevância na república. Por isso, é vedado a este agir por estratégia e não fundamentar os seus posicionamentos³⁴. O art. 28-A do Código de Processo Penal,

³¹ Veja-se em: Streck, 2020

³² Vale ressaltar que o indulto é um ato privativo e discricionário do Presidente da República, que não está sujeito a revisão pelo Poder Judiciário, exceto em casos de desvio de finalidade. É justamente em casos como o citado, como recentemente decidiu o Supremo Tribunal Federal nas Arguições de Descumprimento de Preceito Fundamental n.ºs 964, 965, 966 e 967, relatadas pela Ministra Rosa Weber e julgadas pelo Pleno.

³³ Dworkin, 2019.

³⁴ A propósito, veja-se o Projeto de Lei n.º 5282/2019 (Projeto Streck-Anastasia), cuja proposta visa a incluir o seguinte parágrafo no art. 156 do Código de Processo Penal: “§1º Cabe ao Ministério Público, a fim de estabelecer a verdade dos fatos, alargar o inquérito ou procedimento investigativo a todos os fatos e provas pertinentes para a

em uma leitura literal, aduz que o Ministério Público pode se negar a apresentar o acordo, conquanto entenda que transacionar com o investigado não caracterize o melhor caminho para a reprovação e prevenção do crime, o que claramente nos remete àquilo que se convencionou chamar, na teoria da pena, como prevenção geral positiva. Ocorre, todavia, que essa regra não pode ser lida sem que haja um diálogo com a Constituição Federal, com a linguagem pública, a historicidade, a tradição e, sobretudo, o círculo hermenêutico³⁵.

Essa distinção entre regra e princípio que, sobretudo, é crucial para compreender o que aqui abordamos, é narrada por Dworkin com base em um célebre caso *Riggs vs. Palmer* julgado ainda no Século XIX nos Estados Unidos. *Elmer* estava no testamento do seu avô *Palmer*. O neto, ao saber que o seu avô pretendia se relacionar com uma jovem, decidiu por matá-lo para que não fosse expurgado do testamento e, conseqüentemente, ficar com toda a herança. Na perspectiva do direito norte-americano da época, não havia nenhuma proibição sobre perder o direito sucessório em caso de homicídio consumado contra ascendente. Assim, *Elmer* solicitou o que entendia que era seu por direito. Ocorre que perdeu em primeiro grau em ação judicial no qual as outras partes eram as filhas de *Palmer*, *Mrs. Riggs* e *Mrs. Preston*. O tribunal, então, houve por decidir que *Elmer* não poderia ficar com a herança por uma simples questão de princípio: ninguém pode se beneficiar do seu próprio agir ilícito, como pontuou *Judge Earl, J.*:

*Besides, all laws as well as all contracts may be controlled in their operation and effect by general, fundamental maxims of the common law. No one shall be permitted to profit by his own fraud, or to take advantage of his own wrong, or to found any claim upon his own iniquity, or to acquire property by his own crime*³⁶.

determinação da responsabilidade criminal, em conformidade com este Código e a Constituição Federal, e, para esse efeito, investigar, de igual modo, na busca da verdade processual, as circunstâncias que interessam quer à acusação, quer à defesa”.

³⁵ Que representa o seguinte: “círculo hermenêutico quer dizer que sempre ingressamos em um ‘processo’ de compreensão com algo antecipado. Heidegger explica: quando olho para um canto e vejo um fuzil, é porque, de forma antecipada eu já sabia o que era uma arma. Círculo hermenêutico é condição de possibilidade para a compreensão. Se falo de uma inconstitucionalidade é porque antes já sei o que é uma Constituição, Direito constitucional, jurisdição constitucional etc”. Streck, 2020, p. 40..

³⁶ Em tradução livre: “Além disso, todas as leis, bem como todos os contratos, podem ser controlados em seu funcionamento e efeito por máximas gerais e fundamentais do *common law*. A ninguém será permitido lucrar com sua própria fraude, ou tirar proveito de seu próprio erro, ou fundar qualquer reivindicação sobre sua própria iniquidade, ou adquirir propriedade por seu próprio crime”. ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Riggs vs. Palmer. Court of Appeals of New York*. 08/10/1889.

Nesse cenário, em virtude da imperiosidade de observar direitos e garantias fundamentais do indivíduo, sobretudo o direito à resposta constitucionalmente adequada e a liberdade de ir, vir e ficar, à luz de uma análise hermenêutico-constitucional, não se pode tomar em conta a afirmação de que o Promotor de Justiça ou o Procurador da República tenham a prerrogativa de decidir por rejeitar a propositura do ANPP somente com amparo em uma concepção de que seria insuficiente para cumprir os objetivos da regra do art. 28-A do Código de Processo Penal. Isto é, que seria insuficiente para prevenir e reprimir a conduta sem fundamentar a negativa. O dever de *accountability* que exsurge do art. 93, inc. IX, do texto constitucional não foge ao Ministério Público.

No plano jurisprudencial, no relativo ao problema da revisão judicial da negativa da proposição de ANPP, há, como falamos antes, dois julgados que enfrentaram diretamente a temática. Um do Superior Tribunal de Justiça, o AGr em HC n.º 762.049/PR, julgado pela Sexta Turma e no Supremo Tribunal Federal relativo ao AGr em HC n.º 191.124/RO, da Primeira Turma. Daí porque é possível afirmar que o primeiro confere uma resposta constitucionalmente adequada, como sustentamos no tópico anterior. Vimos, em um passado não tão distante, no bojo da operação “lava jato”, que o Direito pode ser instrumentalizado quando se confere ao Ministério Público – ou mesmo à magistratura – uma atribuição para além dos limites demarcados pela Carta Constitucional. É, pois, o problema aqui abordado não só uma questão propriamente jurídica. É uma afirmação daquilo que é um elemento fundante do sistema democrático: o dever de fundamentar, de explicar as razões pelas quais uma coisa é ou não é. É cumprir o que determina o texto constitucional e alcançar ao cidadão as razões jurídicas pelas quais ele pode, ou não, fazer jus ao ANPP.

5. Considerações finais

À guisa de conclusão, é possível, objetivamente, estabelecer as seguintes premissas:

1. Os acordos penais – na forma como introduzidos no Brasil e em países da Europa Continental – decorrem de uma influência do direito anglo-saxão, principalmente dos Estados Unidos da América. O seu ingresso no ordenamento jurídico é decorrente de uma necessidade de gerar eficiência ao processo penal sem se descuidar dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo investigado ou

acusado em processo penal. Ao contrário do *common law*, porém, os acordos penais brasileiros estão positivados na legislação processual e, desse modo, não podem se sujeitar a decisões discricionárias do Ministério Público, sob pena de malferimento ao dever de fundamentação e mesmo ao princípio da igualdade.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal possui requisitos objetivos para a proposição do ANPP, a despeito de contar com termos vagos e imprecisos, como o acordo convergindo com a necessidade de suficiente reprovação e prevenção do crime praticado. Nesse ponto, entendemos que essa perspectiva não pode ser fundada como um álbi retórico, a exemplo do que ocorre com outros “princípios” do processo penal como o *in dubio pro societate* e o *pas nullité de sans grief*. Em verdade, é possível o condicionamento dessa análise ao teor do art. 59 do Código Penal. Ademais, compreender que o legislador a partir da inserção do verbo “poderá” condicionou irrestritamente a proposição do acordo ao Ministério Público corresponde a entender que o Direito seria somente uma questão de semântica.

3. A concepção de direito público subjetivo e a sua consequente classificação em direitos mediatos e imediatos pode servir de norte para a resolução do problema enfrentado, *i.e.* se o ANPP é (ou não) direito subjetivo do investigado. Desse modo, é possível concluir que o acordo não é, *prima facie*, um direito subjetivo, ou seja, imediato. Ao revés, na recusa infundada de proposição, é que, a partir da decisão judicial e consequentemente por meio de uma norma individual, é que existirá o direito subjetivo mediato ao ANPP.

4. Os pressupostos teóricos da Crítica Hermenêutica do Direito, em especial as seis hipóteses nas quais o intérprete pode deixar de observar a literalidade da regra, servem de bússola para demonstrar que não há conformação constitucional, *i.e.* não se possibilita uma resposta adequada à Constituição, na afirmação de que o Ministério Público detém liberdade para propor (ou não) o ANPP.

5. A assertiva de que o ANPP é um direito subjetivo do investigado contrasta com o sistema acusatório, na medida em que a referida avença poderia ser imposta, de antemão, pelo Poder Judiciário, inclusive quanto aos seus termos. De outro lado, isso não importa dizer que, excepcionalmente e nos casos de violação ao dever de fundamentação, o magistrado não pode analisar a viabilidade do ANPP no caso concreto. Como sustentou-se, no interior de um Estado Democrático de Direito, nada pode ser discricionário, de sorte que é defeso ao Ministério Público a não proposição de avença penal prevista no Direito Positivo sem uma justificativa jurídica idônea.

Esse, aliás, é o papel constitucional do juiz – como sustentou Lopes Jr. – de conferir ao acusado a máxima proteção de direitos e, também, a de não excluir do Poder Judiciário a apreciação de lesão ou ameaça de lesão a direito fundamental.

REFERENCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal. 8. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no *habeas corpus* n.º 762.049/PR. Sexta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. 07/03/2023.

_____. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no *habeas corpus* n. 191.124/RO. Primeira Turma. Diário da Justiça Eletrônico. 13/04/2021.

_____. Código de Processo Penal. Decreto-lei n.º 3.689 de 03 de outubro de 1941.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. *In*. Ministério Público Federal: inovações da Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019. Brasília: MPF, 2020, p. 348-364.

CATÃO, Marconi do Ó. Das necessidades fundamentais aos atributos de direitos: os direitos subjetivos a partir do pensamento de Guilherme de Ockham. *Revista Data venia* V. 6, Nº 1 (Jan./Jun.) 2014, p.122-130.

DWORKIN, Ronald. Uma questão de princípio. 3 ed. – São Paulo: Martins Fontes, 2019.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Riggs vs. Palmer. Court of Appeals of New York*. 08/10/1889.

FERRAJOLI, Luigi. Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. O acordo de não persecução penal como instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do Ministério Público. Dissertação de Mestrado, Instituto Brasiliense de Direito Público, Brasília, 2021.

LANGER, Maximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae*, vol. 2., n.º 3, jul-dez/2017.

LOPES JR., Aury. Fundamentos do processo penal: introdução crítica. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/ limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 03 abr., 2022.

MASI, C. V. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul, Porto Alegre*, n. 26, p. 264–293, 2020.

RAKOFF, Jed S. Why innocent people plead guilty. *The New York Review of Books*, nov/14. Disponível em: <https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>; Acesso em: 10.08.2020.

RESENDE, Augusto Cesar Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. *REVISTA BRASILEIRA DE DIREITO PROCESSUAL PENAL*, v. 6, p. 1543-1582, 2020.

RIBEIRO, Darci Guimarães. Perspectivas Epistemológicas do Direito Subjetivo. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, v. 3, p. 2295-2335, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Dicionário de hermenêutica: cinquenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte (MG): Letramento: Casa do Direito, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 2 ed., rev., atual. e ampl. – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.