O Ministério Público Estadual do Ceará, instado a se manifestar por meio do despacho de f. XX, vem expender as seguintes considerações.

O acordo de não persecução penal foi incluído em nossa legislação pátria pela Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que incluiu o artigo 28-A, no Código de Processo Penal, contendo a seguinte redação:

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:

Da leitura desse dispositivo, extrai-se que tal instituto possui natureza extrajudicial, pré-processual e que prestigia a negociação no âmbito do direito penal, revelando-se uma verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal e fortalecendo a opção constitucional pelo sistema processual acusatório.

Nesse contexto, conclui-se que a alteração legal *sob oculle* concedeu ao Ministério Público, verdadeiro titular da ação penal, a atribuição para a análise útil dos requisitos ensejadores da ação penal, para além da mera justa causa (presença de indícios de autoria e materialidade).

Trata-se, por sua própria essência, de instrumento de política criminal, demonstrando a opção do Estado pelo consensualismo também no âmbito penal.

Analisando a validação de um Acordo de Não Persecução Penal instituído sob as normas da Resolução nº 181/2017 – do Conselho Nacional do Ministério Público, o Desembargador Fernando Zardini Antonio, do Tribunal de Justiça do Espírito Santo, classificou a ferramenta como sendo "um modelo inovador de justiça penal negocial, centrado nos princípios do consenso, da autonomia da vontade e da ampla defesa, mais um passo na solidificação de um sistema processual penal dialogal"[[1]](#footnote-2).

Dessa forma e pela redação do texto de lei, extrai-se que o Acordo de não persecução penal tem natureza voluntária, ou seja, depende da vontade tanto do órgão acusador quanto do investigado; é ato formal, eis que obedece requisitos objetivos e subjetivos previamente estabelecidos; e, por sua própria nomenclatura, é prévio à persecução penal, ou seja, antecedente ao recebimento da denúncia, marco inicial ao início da ação penal.

A exegese do texto legislativo, que faz referência ao momento processual da promoção de arquivamento (“*Não sendo caso de arquivamento*”) e contém as palavras “investigado” (próprio de uma investigação) permitem essas conclusões.

Diferentemente do acima exposto, embora constante do mesmo Projeto de Lei[[2]](#footnote-3), a possibilidade de acordo após o recebimento da denúncia, ou seja, quando já iniciada a ação penal foi rejeitada pelo Poder Legislativo, não havendo, portanto, previsão legal para o acordo depois do referido marco. Essa hipótese não configura uma lacuna na lei, mas sim uma opção do legislador em excluir **intencionalmente essa possibilidade do sistema processual penal brasileiro**.

A própria natureza intrínseca do instituto legal (denominado acordo de **não persecução penal**) visa impedir a persecução penal, ou seja, a própria ação penal, caracterizada pela adoção de procedimentos necessários à realização do processamento (julgamento e aplicação de sanção estatal) de determinada pessoa em razão de um fato considerado delituoso. Desse modo, tendo sido iniciada a ação penal (com o recebimento da denúncia), resta prejudicado o fim próprio do instituto, qual seja, **evitar a instauração da ação penal.**

Esse, inclusive, é o entendimento sustentado pelo Promotor de Justiça, Rodrigo da Silva Brandalise[[3]](#footnote-4). Senão vejamos: “Interpretando ao contrário o acordo de não persecução, este não pode ser celebrado após o oferecimento da ação penal, pois esta identifica a intenção de persecução pelo Estado (consectário do artigo 42 do Código de Processo Penal).”

Destaca-se, ademais, o Enunciado nº 20, de autoria do Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, que dispõe: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Por outro lado, apenas a título argumentativo, frisa-se que o acordo de não persecução penal - diferentemente do alegado por alguns operadores do direito -, muito embora seja também uma modalidade que relativiza o princípio da obrigatoriedade da ação penal e que prestigia a negociação no âmbito penal, tal qual a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos, é um instituto inovador, tendo características distintas dos demais, não podendo-se, portanto, criar-se analogias entre eles para justificar a adoção de medidas não previstas de forma intencional pelo legislador.

Isso porque o acordo de não persecução penal tem natureza inicialmente extrajudicial, com audiência realizada entre o Ministério Público e o investigado para realização das tratativas do acordo sem a presença do Poder Judiciário, necessitando de confissão por parte do infrator. Diferentemente, os institutos citados detém natureza judicial, sendo realizados em audiência única com todos os atores processuais, sendo despicienda, por sua vez, qualquer confissão de culpa, sequer discutida.

Inobstante, conforme depreende-se da redação do artigo 28-A, do Código de Processo Penal, houve, por parte do legislador, um marco final para o oferecimento do acordo de não persecução penal (diferentemente dos demais institutos), podendo o Ministério Público propor o acordo quando não for o caso de arquivamento e quando o **investigado** tiver confessado formalmente e circunstancialmente a prática da infração penal. Ora, depois do recebimento da denúncia, que é irretratável, não há mais investigado, mas sim réu.

Cita-se, a título ilustrativo, o § 10 do artigo 28-A, que dispõe: “Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e **posterior oferecimento de denúncia**”.

Não há, no referido parágrafo, qualquer alusão a continuidade da ação penal já instaurada ou a processo propriamente dito. E nem poderia, pois o marco final para a formalização do acordo é o recebimento da denúncia, não sendo cabível após tal fato, por ausência de previsão legal.

Impende ressaltar, por oportuno, que em observância ao artigo 2º do Código de Processo Penal, bem como às normas de direito intertemporal, os fatos ocorridos antes da vigência da lei serão contemplados por ela, possibilitando o oferecimento do acordo nos casos em que a inicial acusatória ainda não tiver sido recebida.

Convém, por oportuno, citar as lições de Afrânio Silva Jardim[[4]](#footnote-5), segundo o qual:

“O processo não é ‘coisa das partes’, mas sim um instrumento público, através do qual o Estado presta a sua jurisdição. O interesse público, cristalizado na legislação cogente, está fora do alcance do poder dispositivo da acusação e da defesa. É o princípio da legalidade, fundante do sistema ‘civil law’, que nos foi legado pela tradição grega e romana”.

Nesse sentido, não cabe ao Poder Judiciário, sob alegativa de injustiça ou desproporção, legislar no caso concreto, mormente em frontal contrariedade ao estipulado pelo Poder Legislativo, órgão competente para a propositura e aprovação das leis.

De sorte, para a acertada leitura das normas e institutos, para além da interpretação sistemática dos textos legais, é forçoso considerar os anseios da sociedade, ora representada pelo Legislativo: "A Lei, numa palavra, é feita para a sociedade e não a sociedade para a Lei"[[5]](#footnote-6).

Reforçando o entendimento, após dispor sobre a possibilidade do oferecimento da denúncia posteriormente ao descumprimento de qualquer das condições estipuladas, a norma em comento, em seu §11º, expõe que o descumprimento do acordo de não persecução penal pelo **investigado** também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Veja-se, mais uma vez, que, no caso de ação penal já iniciada, não haveria que se falar em justificativa para o não oferecimento da suspensão condicional do processo, posto que esse benefício já teria sido proposto quando do oferecimento da denúncia.

Imperioso destacar, ainda, que sequer é prevista na nova redação do Código de Processo Penal a possibilidade de remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça por parte do magistrado no tocante ao acordo de não persecução penal, cabendo exclusivamente ao **investigado** (repisa-se, investigado, não o réu) o pedido de remessa ao órgão superior na forma do artigo 28 (§ 14º).

Descabe, portanto, o envio dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, baseado analogicamente na antiga redação – mas vigente – do artigo 28 do Código de Processo Penal, em clara afronta a estrutura da Lei e ao intuito do Legislador, porquanto a norma penal que introduziu o acordo de não persecução penal previu expressamente que somente caberia ao **investigado** o direito de remessa ao órgão superior, retirando tal possibilidade do Magistrado (que existia anteriormente no tocante ao inquérito policial).

A adoção dessa postura vai de encontro, inclusive, a essência do sistema jurídico acusatório também nominado por Vladimir Aras (2019, p. 274) de adversarial ou contraditório e nele há clara distinção entre as funções do Promotor de Justiça, que age de ofício e pode movimentar o Judiciário com vistas ao exercício do poder punitivo do Estado, e o Juiz, cuja inércia é uma das características mais presentes e que só pode agir mediante provocação das partes e nos limites dela, devendo, no azo, acolher ou rechaçar a pretensão punitiva. O Juiz, nesse contexto, representa um "garantidor dos direitos do investigado" e só deve atuar nas situações que se submetem à reserva de jurisdição (ARAS, 2019, p. 283).

Antes mesmo da inauguração da Constituição Federal, ocorrida em 1988, e da inserção do artigo 3º-a, no Código de Processo penal (ocorrida pela promulgação da Lei nº 13.964/19)[[6]](#footnote-7) AFRANIO SILVA JARDIM (1985, p. 18) defendia que "a tendência de nossa legislação é purificar ao máximo o sistema acusatório, entregando a cada um dos sujeitos processuais funções não precípuas, mas absolutamente exclusivas".

Essa divisão de atribuições concede ao réu mais segurança no processo penal pois permite que se mantenha íntegra a neutralidade do órgão julgador, embora detenha, em alguns momentos, iniciativa probatória, tornando o processo mais democrático.

Para tanto, compete ao Poder Judiciário, em posição de inércia e imparcialidade, a função precípua de julgar, e ao representante do Ministério Público, a atribuição de acusar, de apresentar e sugerir provas a serem produzidas na fase investigativa, podendo, subsidiariamente, realizar investigações próprias. Além de ambos, há um sujeito que ocupa a posição de defender os interesses jurídicos do Acusado e que detém os mesmos direitos e se submete as mesmas regras processuais do representante do MP.

Como cediço, a analogia consiste em um método de interpretação jurídica utilizado quando, diante da ausência de previsão específica em lei, aplica-se uma disposição legal que regula casos idênticos, semelhantes, ao da controvérsia. **Conclui-se, de todo o exposto, por óbvio, não ser esse o caso, seja porque existe previsão do legitimado para o pedido de remessa, seja porque os institutos e casos são distintos.**

Não custa registrar, outrossim, que a antiga redação – mas vigente – do artigo 28 do Código de Processo Penal foi pensada para ser aplicada na fase pré-processual, tratando-se basicamente de arquivamentos de inquéritos policiais (e peças de informação) – não obstante ser utilizada analogicamente em outros casos.

A natureza pré-processual do referido artigo somente reforça a tese aqui defendida de que o envio ao órgão superior do Ministério Público (que na redação antiga era ao Procurador-Geral de Justiça) ocorre tão somente até o recebimento da denúncia, ato que marca o início da ação penal.

Nessa linha de raciocínio, o parágrafo 14º do artigo 28-A, cita expressamente que, no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o **investigado** poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do artigo 28, deste Código, não havendo previsão, portanto, de pedido de remessa feito pelo **réu** (confirmando a lógica de todo o artigo no sentido da formalização do acordo antes do início da ação penal, sempre utilizando-se da palavra investigado).

Obtempera-se, por fim, que, embora alguns juristas defendam a possibilidade do chamado acordo de não continuidade da persecução penal, realizado após o recebimento da denúncia, tem-se que todo o procedimento indicado no artigo 28-A refere-se ao acordo de não persecução penal (antes do recebimento da denúncia), sendo indicado expressamente todas as fases, momentos e recursos cabíveis, conforme já exaustivamente exemplificado acima.

Nessa senda, cabe perquirir qual seria o momento da formalização do acordo de não continuidade da persecução penal, já que a lei não previu tal procedimento. Seria durante a audiência de instrução e julgamento, com participação do magistrado? Poderia ser realizado na fase de alegações finais? Da defesa? Do acusado? Em grau recursal?

No caso de o magistrado negar a homologação do acordo de não continuidade, o processo continuaria tramitando normalmente ou ficaria suspenso em eventual recurso do Ministério Público? A irresignação seria ainda por meio do recurso em sentido estrito? Poderia o Ministério Público complementar as investigações, conforme previsto expressamente no § 8º do artigo 28-A do Código de Processo Penal?

No caso de o Ministério Público negar a propositura do acordo, adiar-se-ia, por exemplo, a instrução processual já designada, remetendo-se, a pedido do acusado, os autos judiciais ao órgão superior do Ministério Público?

No caso da formalização do referido acordo, os autos seriam, em tese, remetidos para o Juízo da Execução para fiscalização. Nesse caso, qual seria o destino da ação penal já iniciada? Ficaria no juízo natural aguardando o cumprimento ou iria com o acordo para o Juízo da Execução? Cumprido o acordo, quem determinaria a extinção da punibilidade?

Essas e outras dúvidas somente seriam sanadas por analogia, porquanto, como restou claro, não foi a intenção do legislador permitir, ao menos nesse dispositivo, a justiça negociada após o recebimento da denúncia. E, conforme já antecipado, tal fato não ofende o artigo 2º do Código de Processo Penal, tampouco as normas de direito intertemporal.

Nesse sentido e com fulcro na fundamentação acima exposta, pugna este órgão ministerial pelo prosseguimento normal do feito.

Fortaleza (CE), 31 de janeiro de 2020.

Promotor de Justiça

1. (TJ-ES - Procedimento Investigatório Criminal (PIC-MP): 00018737520198080000, Relator:, Data de Julgamento: 20/03/2019, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 25/03/2019) [↑](#footnote-ref-2)
2. Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. [↑](#footnote-ref-3)
3. ANDRADE, M. F.; BRANDALISE, R. S. Resolução nº 181 do CNMP - artigo 18 In: Investigação Criminal pelo Ministério Público - Comentários à Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público.2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 233-279. [↑](#footnote-ref-4)
4. JARDIM, Afrânio Silva e AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Direito processual penal: estudos, pareceres e crônicas, 15ª edição. Salvador, JusPODVUM, 2018, p. 769. [↑](#footnote-ref-5)
5. CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das Leis**.3. ed. Edijus: São Paulo. 2008. p.53 [↑](#footnote-ref-6)
6. [‘Art. 3º-A.](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm" \l "art3a) O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação.’ [↑](#footnote-ref-7)