

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA
FACULDADE DE DIREITO PROF. JACY DE ASSIS
GRADUAÇÃO EM DIREITO**

GUILHERME ALVES MARQUES HÖFKE ALAMY

**Uma nova dinâmica: a impetração de Habeas Corpus, após a
celebração de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a fim
de que seja reconhecida a atipicidade do fato**

Uberlândia - MG

2022

GUILHERME ALVES MARQUES HÖFKE ALAMY

Uma nova dinâmica: a impetração de Habeas Corpus, após a celebração de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a fim de que seja reconhecida a atipicidade do fato

Artigo científico apresentado à Faculdade de Direito "Prof. Jacy de Assis", como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU).

Área de concentração: Direito Processual Penal

Orientadora: Prof^ª. Dra. Beatriz Corrêa Camargo

Uberlândia - MG

2022

GUILHERME ALVES MARQUES HÖFKE ALAMY

**Uma nova dinâmica: a impetração de Habeas Corpus, após a celebração
de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a fim de que seja
reconhecida a atipicidade do fato**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito Prof. Jacy de Assis da
Universidade Federal de Uberlândia como
requisito parcial para obtenção do título de
bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Processual Penal

Banca Examinadora:

Profª. Dra. Beatriz Corrêa Camargo (Orientadora)
Universidade Federal de Uberlândia (UFU)

Prof.

Prof.

Dedico este trabalho a toda minha família, tios, avós, primos e amigos, em especial ao meu avô Eurípedes Jacob Marques e minha prima Manuela Marques Alamy, por todas as boas lembranças que guardo no passado e que me inspiram a viver o futuro. Aos meus pais e irmã, Fernando, Cristiane e Laís, por todo o apoio e ajuda, a minha eterna gratidão e amor. Ao meu avô, Jeová Alamy, agradeço por ter sido sempre um grande exemplo e norte para mim. Vocês são essenciais para minha trajetória.

“São José da Costa Rica, coração civil
Me inspire no meu sonho de amor Brasil
Se o poeta é o que sonha o que vai ser real
Bom sonhar coisas boas que o homem faz
E esperar pelos frutos no quintal
Sem polícia, nem a milícia, nem feitiço, cadê poder?
Viva a preguiça, viva a malícia que só a gente é que
sabe ter
Assim dizendo a minha utopia eu vou levando a vida
Eu viver bem melhor
Doido pra ver o meu sonho teimoso, um dia se
realizar”

- Coração Civil, composição de Fernando Brant e
Milton Nascimento

Uma nova dinâmica: a impetração de Habeas Corpus, após a celebração de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), a fim de que seja reconhecida a atipicidade do fato

Guilherme Alves Marques Höfke Alamy¹

Beatriz Corrêa Camargo²

RESUMO

A expansão dos espaços de consenso na justiça negocial criminal brasileira é uma realidade que se acentua, cada vez mais, como uma tendência de transformação do ordenamento vigente. Isso por meio da introdução de mecanismos negociais, como o instituto da barganha, que, em face à antecipação do poder punitivo pela confissão por parte do acusado, permite a aplicação de uma pena mais branda. Nesse contexto, após o advento da Lei nº 13.964/19 e a instituição do mais novo instrumento da Justiça Negocial, o Acordo de Não Persecução Penal, surgiram novas dinâmicas a serem experimentadas pelo ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, o presente trabalho pretende, mediante a análise de um julgado do Superior Tribunal de Justiça (STJ), qual seja a decisão monocrática HC 619.751, verificar a possibilidade de se reconhecer a atipicidade de um fato, em função da incidência do princípio da insignificância, em ação penal na qual fora celebrado Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), por meio de Habeas Corpus. A situação em comento é eivada de problemáticas de direito processual e material, bem como suscita questionamentos sobre a limitação da importação dos princípios da Justiça Negocial ao Direito Penal, sobre a possibilidade da caracterização de má-fé e deslealdade processual no usufruto de um direito e se seria o remédio constitucional o meio adequado para se provocar o Judiciário nessa situação. Diante disso, foram visitados os demais argumentos utilizados, bem como foi feita uma breve análise da decisão monocrática do STJ no HC 698.186, que entendeu pela viabilidade do reconhecimento da

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). E-mail: guilhermealamy@gmail.com

² Professora orientadora da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia (UFU), graduada pela Universidade de São Paulo (USP), mestre pela Universidade de Bonn e Doutora pela Universidade de São Paulo (USP)

insignificância da conduta por meio da impetração do remédio constitucional, mesmo após a realização de Acordo de Não Persecução Penal, na contramão do julgado anteriormente citado. Desse modo, ante o ineditismo da situação em apreço, foram avaliados os argumentos que justificariam a sua (in)viabilidade e que, muito provavelmente, nortearão, também, a construção continuada da Justiça Penal Negocial no Brasil, a qual já se provou uma tendência e que, cada vez mais, é encampada pelo ordenamento jurídico pátrio.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal, ANPP, Habeas Corpus, Justiça Negocial, Princípio da insignificância.

ABSTRACT

The expansion of consensus spaces in the Brazilian criminal negotiating justice system is a reality that is increasingly accentuated as a trend of transformation of the current legal system, such as through the introduction of negotiating mechanisms, like the bargaining institute, which, in view of the anticipation of the punitive power by the confession of the accused, allows the application of a more mild penalty. In this context, after the enactment of Law nº 13.964/19 and the institution of the newest instrument of Negotiated Justice, the Non-Prosecution Agreement, new dynamics emerged to be experienced by the Brazilian legal system. Therefore, this paper intends, through the analysis of a decision of the Superior Court of Justice (STJ), namely the HC 619.751 monocratic decision, to verify the possibility of recognizing the atypicality of an act, due to the application of the principle of insignificance, in a criminal process in which a Non-Prosecution Agreement (ANPP) was signed, through a Habeas Corpus. The situation in question is fraught with issues of procedural and substantive law, as well as raising questions about the limitation of the importation of the principles of Negotiated Justice to Criminal Law, about the possibility of characterizing bad faith and procedural unfairness in the enjoyment of a right and whether the constitutional remedy would be the appropriate means to provoke the Judiciary in this situation. In light of this, the other arguments used were visited, as well as a brief analysis was made of the STJ's single decision in HC 698.186, which understood the viability of recognizing the insignificance of the conduct through the filing of the constitutional remedy, even after the execution of a Non-Prosecution Agreement, contrary to the aforementioned judgment. Thus, given the unprecedented nature of the situation at hand, the arguments that justify its (in)viability were evaluated and that, most likely, will also guide the continued

construction of Negotiated Criminal Justice in Brazil, which has already proven to be a trend and is increasingly being embraced by the Brazilian legal system.

Keywords: Criminal Non-Prosecution Agreement, Habeas Corpus, Criminal Negotiated Justice, principle of insignificance.

1. INTRODUÇÃO: CONCEITOS ESSENCIAIS, DA JUSTIÇA NEGOCIAL AO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

A Lei n.º 13.964/2019, conhecida pelo redundante nome de pacote anticrime (afinal, inexistente registro histórico sobre alguma alteração legislativa que seja “prócrime”), implementou profundas alterações na sistemática penal brasileira. Dentre as diversas mudanças trazidas, encontra-se o Acordo de Não Persecução Penal, que já era uma realidade desde o ano de 2018, todavia, até então sem efetiva base legal, já que, fora instituído por uma resolução Conselho Nacional do Ministério Público (art. 18 da Resolução n.º. 181/2017 do CNPM, a qual foi posteriormente alterada pela Resolução n.º. 183/2018). Somente, então, com a Lei n.º. 13.964/2019, que incluiu o art. 28-A ao Código de Processo Penal, foi ele encampado pela legislação processual penal brasileira:

“Art. 28-A do CPP – 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”

Trata-se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) de uma deliberação bilateral entre acusação e acusado, a fim de evitar a propositura de ação penal, por meio da aplicação consensual de obrigações ao acordante. Isto é, ele propõe obstar a instauração da persecução judicial de um fato típico³, sendo, portanto, uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e um reflexo da conjuntura do sistema jurídico brasileiro, que cada vez mais assimila elementos da Justiça Penal Negociada.

³ LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime Anotações sobre os impactos penais e processuais. Editora Aprovare, 2020. pp. 144-149

A ampliação da Justiça Negocial no processo penal brasileiro é uma realidade que, no entanto, esbarra em incômodas incoerências do funcionamento do sistema jurídico nacional. Exemplo disso é a ausência de negociação para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, que é ofertado aos moldes de um contrato de adesão de telemarketing, em virtude da ausência de tradição e ainda tão recente implementação desse tipo de instituto na processualística brasileira. O acordo trazido pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, a despeito de seus antecedentes históricos (a transação penal e a suspensão condicional do processo), objetiva conferir maior espaço à dimensão negocial, de modo que não pode ser lido como uma proposta rígida ofertada em tom ameaçador⁴. Ademais, reflexo disso é o juiz que cumpre diferente papel na nova dinâmica, já que cabe a ele somente homologar a convenção celebrada entre o Ministério Público e o acusado, feita fora de sede judicial, reduzindo o seu papel participativo.

A Justiça Negocial, em seu escopo, visa evitar o encarceramento em função do cometimento de crimes de menor potencial ofensivo. Isso, no entanto, não significa que ela perpetue a impunidade, dado que deve ser utilizada se respeitando seus fins e objetivos, sendo, para tal, instrumento aliado à persecução penal, considerando a maior celeridade e economia que confere ao ordenamento jurídico. Desse modo, assim como o princípio da insignificância, surge a Justiça Penal Negociada em meio ao processo penal para satisfazer o princípio da necessidade.

Tendo em vista o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal e os entraves à sua aplicação ideal, eis que surgem situações problemáticas que vêm sendo enfrentadas pela literatura jurídica e jurisprudência, tal qual a hipótese aqui objeto de estudo, a (im)possibilidade de se impetrar Habeas Corpus após a celebração de Acordo de Não Persecução Penal para o seu desfazimento, pelo reconhecimento da atipicidade do fato em função da caracterização da insignificância da conduta do acusado. Com isso, desde a implementação do instituto e do surgimento de situações semelhantes à hipótese ventilada, os Tribunais têm produzido decisões divergentes a respeito da possibilidade ou não do uso do remédio constitucional para tal fim. Esse entrave, salienta-se, surge, parcialmente, também, em razão do desrespeito ao

⁴ LOPES, Aury; ROSA, Ana Cláudia; ROSA, Alexandre. Pacote Anticrime: um ano depois: Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019. [S. l.]: Editora Expressa, 2020. pp. 48-50

caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, que é ofertado de forma rígida, sem que seja oportunizado ao acusado insurgir contra as condições impostas, bem como da ausência de uma análise anterior a respeito da tipicidade do fato, se seria abarcada ou não pelo princípio da insignificância, ou seja, de um uso não ideal do novo instituto, em situações eivadas de algum vício que dificultam a sua aplicação.

Para a melhor compreensão a respeito do princípio da insignificância inserido nesse funcionamento processual, importa, precipuamente, vislumbrar outros princípios indissociáveis, como a subsidiariedade do Direito Penal, sobre o qual “a proibição através de pena só será justificada se não for possível obter o mesmo efeito protetivo através de meios menos gravosos”⁵. Por meio de tal princípio é que se fundam as bases da Justiça Negocial Penal, já que seria desproporcional punir a prática de um crime de gravidade reduzida e que fora praticado por réu primário (critério subjetivo exigido pelo entendimento de alguns Tribunais para a sua aplicação, que, porém, não será aqui considerado) com uma pena restritiva de liberdade.

Interessa também a compreensão do caráter fragmentário do Direito Penal, que contraria “uma visão onicompreensiva da tutela penal, e impõe uma seleção seja dos bens jurídicos ofendidos a proteger-se, seja das formas de ofensa”⁶. Ou seja, institui que a ciência criminal só deve trazer para o seu domínio as ofensas e os bens jurídicos que assim considerar expressivos, fundamentando, também, não só o princípio da insignificância, mas o Direito Penal Negocial.

Pois bem. Nesse diapasão, em meio a esses princípios orientadores do Direito Penal, situa-se o brocardo em latim “*Minimis non curat praetor*” (um clichê jurídico que auxilia a organização dos conceitos), o qual alude à ideia de que o juiz não se incumbe de pequenas coisas e funda as bases do princípio da insignificância, ou princípio da bagatela, que surgiu no Direito Romano e foi reintroduzido por Claus Roxin na Alemanha, no ano de 1964⁷. Apesar de seu caráter dogmático, porém, a insignificância ganhou diferentes noções a depender do contexto geográfico, jurídico, social ou jurídico-filosófico em que se situa. O Supremo Tribunal Federal (STF), por

⁵ GRECO, Luís. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 52

⁶ BRICOLA, Franco. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela. Funzioni e limiti del diritto penale, Padova, Cedam, p. 4, 1984.. APUD BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro. P. 86.

⁷ TEIXEIRA, Mariana. O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI. Disponível em: <https://fg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>. Acessado em: 29 de setembro de 2021

sua vez, fixou o entendimento de que são pressupostos essenciais à aplicação do princípio da insignificância: “que a conduta do agente seja marcada por ofensividade mínima ao bem jurídico tutelado, reduzido grau de reprovabilidade, inexpressividade da lesão e nenhuma periculosidade social”⁸.

Assim sendo, o princípio da insignificância afasta a tutela penal, pois, a tipicidade exige que a ofensa seja dotada de alguma gravidade para que seja configurado o injusto típico. Afastando-se a tipicidade, assim, não há que se falar em crime⁹, de acordo com a teoria tripartite do crime, inexistindo também o objeto que dá causa à celebração do Acordo de Não Persecução, que sequer deveria (ou melhor, poderia) ser ofertado. Nesse contexto, eis que surge a querela se seria possível impetrar Habeas Corpus sustentando a insignificância da conduta objeto de Acordo de Não Persecução Penal já realizado. Os entendimentos, até o momento, são conflitantes.

2. HC 619.751 – SP

Por se tratar de uma dinâmica relativamente nova ao processo penal brasileiro, ainda não se tem um grande acervo de decisões dos Tribunais Superiores que enfrentam a problemática, tampouco jurisprudência que oriente Magistrados e Desembargadores. Por isso, selecionou-se uma decisão monocrática do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que aborda e encara a contenda.

Em 11 de dezembro de 2020, o Ministro Felix Fischer, em decisão monocrática, julgou o Agravo Regimental no HC 619.751 e, com isso, obstou a possibilidade de se desfazer o Acordo de Não Persecução Penal celebrado a partir do reconhecimento da insignificância da conduta objeto, com o consequente trancamento da ação penal em questão, em sede de Habeas Corpus. Em suma, foram esses os principais argumentos que balizaram a justificativa para a inviabilidade: a) a supressão de instância; b) a impossibilidade de revolvimento fático probatório em Habeas Corpus; c) o comportamento contraditório e deslealdade processual; d) a inadmissibilidade da

⁸ Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.980 MS. Recorrente: Eder Arcanjo Ferreira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>>. Acesso em: 29 de setembro de 2021.

⁹ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal-Vol. 5-14ª edição de 2020. Saraiva Educação SA, 2020. Pp. 140-144

chamada “nulidade de algibeira”; e e) a violação do espírito da Justiça negocial. Desses argumentos, devem as questões da supressão de instância e impossibilidade de revolvimento fático probatório em Habeas Corpus serem avaliadas separadamente.

2.1 Supressão de instância

Primeiramente, sobre a questão concernente à supressão de instância argumentou o Ministro em sua decisão que:

[...] A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do habeas corpus como instrumento constitucional de relevante valor para a proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Desta forma, incabível o presente mandamus, porquanto substitutivo de recurso ordinário [...]

Ocorre que, de pronto, evidencia-se a improcedência do argumento, já que ao homologar o acordo, o juiz da instância inicial realiza, sim, um exame de mérito da imputação do fato criminoso ao acusado, haja vista que o §5º do art. 28ª do CPP exige que ele devolva ao Ministério Público para que reformule a proposta de acordo quando as condições se revelem inadequadas, insuficientes ou abusivas. Dessa forma, a homologação do Acordo de Não Persecução Penal representa verdadeira exteriorização do convencimento judicial sobre a viabilidade da pretensão acusatória, não se caracterizando, então, a supressão de instância.

Embora o Magistrado não emita uma decisão a respeito do caso em que fora ofertado o acordo, este, na mesma audiência em que se realizou ou em audiência específica para tal, será submetido à homologação judicial¹⁰. Desse modo, tendo em vista que o artigo 28-A, do Código de Processo Penal, exige que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, inevitavelmente a ratificação deverá percorrer o mérito do caso apreciado.

Além disso, ainda que não houvesse análise de mérito quando da homologação

¹⁰ Lopes Junior, Aury; Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020. pp. 318-319

do acordo, salienta-se que o entendimento jurisprudencial dos tribunais de que configura supressão de instância a impetração de habeas corpus sem que haja a devida análise pelo juízo primevo é uma impropriedade técnica, porque, como instituído no artigo 5º, LXVIII, da Constituição Federal “concerder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder”. Nesse sentido, embora o Habeas Corpus esteja insculpido no capítulo “dos Recursos em geral”, nos artigos 647 a 667, do Código de Processo Penal, esse não o é, tendo em vista se tratar de uma ação autônoma, um remédio constitucional cuja prerrogativa é conferida àqueles que tenham sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, ferida ou ameaçada, não concorrendo para a supressão de instância que é um obstáculo processual, à liberdade da pessoa¹¹, bem jurídico de enorme relevância, cuja violação não pode ser ignorada pelo Estado Democrático de Direito em quaisquer circunstâncias.

2.2. Possibilidade de revolvimento fático probatório em sede de Habeas Corpus

Quanto à possibilidade de revolvimento fático probatório em Habeas Corpus, a decisão em questão sustentou pela impossibilidade de conhecimento do Habeas Corpus, considerando a necessidade de produção de provas:

[...] Impossibilidade de reconhecimento de tal princípio nesta via, haja vista a necessidade de produção de provas, incompatível com o rito do "writ". Pedido que não se apresenta razoável, não sendo demonstrado de forma clara e incontestável constrangimento ilegal a justificar o processamento da presente ação [...]

Bem verdade que o Habeas Corpus é uma ação de procedimento sumário, logo, realmente, não há nele produção de provas. Ocorre que, em despeito à justa impossibilidade de dilação probatória, essa alegação não pode ser distorcida a fim de se tornar um filtro obstaculizador para o conhecimento da ação nos tribunais, já que é defesa a produção de provas e não a análise de provas pré-constituídas, de modo que, se os elementos informativos constantes nos autos forem suficientes, deverá ser

¹¹ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 1572-1573

concedido o pedido feito por meio do remédio constitucional¹², caso contrário, o Habeas Corpus não teria nenhuma utilidade prática e seria denegado em praticamente todos os casos em que fosse usado.

Para a melhor análise de tal argumento, no caso em questão, seria necessário o exame dos autos a fim de se verificar os elementos informativos lá constantes e de sua suficiência ou não para a concessão da demanda, o que é impossibilitado por razões de política criminal e da publicidade do processo penal. Porém, por se tratar de um crime de furto tentado, que exige para a sua caracterização o conhecimento do objeto do crime (qual seja o objeto tomado para si pelo acusado), e, a partir disso, naturalmente, já conferir um acervo probatório suficiente para que ao menos se analise o argumento quanto à insignificância, mostra que pode ele ter sido, mais uma vez, um subterfúgio utilizado pelo Tribunal a fim de dificultar o conhecimento da ação. Ora, pois, o conhecimento do objeto do delito, necessariamente, está elencado nos autos do inquérito e, dessa forma, no mínimo há elementos informativos que possibilitariam a sua análise.

2.3. Da nulidade de algibeira, da violação à boa-fé processual e ao espírito da Justiça Negocial

Argumenta ainda o Ministro que seria esse o caso de uma “nulidade de algibeira”, a qual poderia ser sanada pela insurgência imediata da defesa quando da ciência sobre o vício. Ou seja, caso entendesse a defesa pela insignificância da conduta do réu, deveria ela recusar a celebração do Acordo de Não Persecução Penal no momento oportuno, mas não a teria feito, pois, utilizou-se dele como estratégia de defesa, violando a boa-fé processual e o espírito da Justiça Negocial:

[...] Caso o Defensor Público entendesse que seria o caso de arquivamento, como alega no presente habeas corpus, bastava não aceitar a proposta, fundamentando sua posição e, após, adotar as providências que julgasse cabíveis. Contudo, o mesmo Defensor Público que, no dia 09/09/2020, aceitou o acordo proposto pelo Ministério Público, no dia 11/09/2020 impetrou habeas corpus perante o TJ/SP alegando atipicidade material da conduta imputada à paciente, em flagrante ofensa ao princípio da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), aplicável a todos os sujeitos processuais e ao processo penal, materializado no brocardo nemo potest venire contra factum proprium e no art. 565 do CPP. Evidente, portanto, que, como decorrência do disposto no art. 565 do Código de Processo Penal e da proibição de comportamento contraditório da parte, não se pode anular, na via estreita do habeas corpus,

¹² LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 1574

cujo rito sumário é incompatível com dilação probatória, acordo proposto pelo Ministério Público, aceito pela paciente e seu defensor e devidamente homologado pelo Juízo competente. Cumpre destacar, também, que a jurisprudência dos Tribunais Superiores não tolera a chamada 'nulidade de algibeira' - aquela que, podendo ser sanada pela insurgência imediata da defesa após ciência do vício, não é alegada, como estratégia, numa perspectiva de melhor conveniência futura. Tal atitude não encontra ressonância no sistema jurídico vigente, justamente em razão da violação ao princípio da boa-fé processual, que exige lealdade de todos os agentes processuais [...]

Bem verdade que, considerando a sistemática do acordo, deve ser mantida a coerência com o sistema adotado. Isto, pois, trata-se de um negócio jurídico processual, de forma que são aplicáveis as teorias civilistas da boa-fé e também do adimplemento substancial para manutenção do acordo ou extinção da punibilidade por cumprimento das condições¹³. No entanto, isso não significa dizer que categorias do Direito Civil e do processo civil devam ser importadas para o processo penal e para as demais dinâmicas que envolvam o instituto despenalizador.

Ou seja, os princípios da boa-fé e do adimplemento substancial, amplamente consagrados na teoria dos negócios jurídicos, devem ser considerados a fim de garantir o seu cumprimento, ou que seja retomada a persecução penal em caso contrário. Além disso, em caso de descumprimento e de eventual posterior absolvição, dever-se-á restituir tudo que foi pago a título de reparação de danos ou prestação pecuniária¹⁴. Contudo, ainda que se analise em uma ótica civilista do Direito, carece de sentido sistemático a lógica de que a situação objeto da decisão seria um exemplo de afronta à boa-fé, porque o acordo estaria sendo regularmente cumprido, nos termos em que fora estipulado, ainda que tenha sido ele desvirtuado pela Ministério Público ao ser ofertado em uma situação atípica, fato esse que ensejou a impugnação feita pela defesa.

Salienta-se, a princípio, que não há má-fé em se pleitear o destrancamento da ação penal a fim de discutir a ausência de justa causa para tal, em face à aplicação do princípio da insignificância, mas, sim, tão somente uma estratégia de defesa, diante da insegurança jurídica criada pelo próprio Ministério Público ao ofertar um Acordo de Não Persecução Penal em uma situação que sequer haveria um processo. Seria,

¹³ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 290

¹⁴ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 290-291

destarte, absurdo admitir que o Ministério Público oferte o acordo em situações que deveria, simplesmente, promover o arquivamento do inquérito policial em face ao reconhecimento da insignificância, ferindo o disposto no artigo 41, do Código de Processo Penal, o qual exige que a denúncia possua justa causa para o exercício da ação penal, o que, por óbvio, inexistente em uma situação de atipicidade.

Na literatura jurídica, as condições da ação não integram o mérito da causa, mas são pressupostos que necessitam ser atendidos para que possa ele ser analisado, de modo que questões tais quais o fato não constituir crime (como é o caso em análise) impedem o julgamento merital. Tradicionalmente, as condições da ação são divididas entre a legitimidade e interesse, sendo esse último objeto de constante equívoco em função da visão tradicional civilista que invade a lógica criminal. Isto, pois, no processo penal, ele deve ser identificado como a justa causa, exigindo que a acusação seja lastreada em um mínimo probatório que a justifique, porquanto, em caso contrário, deverá a denúncia ser rejeitada (artigo 395, III, do Código de Processo Penal). No processo civil, a seu turno, o interesse para agir é tratado a partir do binômio “utilidade e necessidade”, traduzindo-se pela concepção tradicional de Liebman, pela obtenção do que se pleiteia para a satisfação do interesse material¹⁵.

Em vista disso, como consequência lógica da necessidade de comprovação da justa causa como premissa para o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, então, é minimamente razoável que se exija o mesmo para a oferta do ANPP. Ora, pois, se o acordo tem como intuito evitar um processo criminal, em atenção à coerência sistemática deve ser exigida a mesma justa causa para a sua propositura, caso contrário se tratará de uma oferta indevida.

Nesse diapasão, importa pontuar, também, que diferença marcante entre o processo penal e civil é, dentre tantas, a presença do princípio da necessidade, desconhecido pela sistemática do direito privado. Segundo ele, o processo penal deve ser respeitado como caminho necessário e imprescindível como sua única forma de realização a fim de que se conclua à pena, enquanto no processo civil o interesse está ligado à ideia de utilidade e necessidade do provimento¹⁶. Assim, em atenção aos

¹⁵ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 304-305

¹⁶ LOPES JR., Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021. PP. 304-305

princípios atinentes ao devido processo legal, assevera-se que a oferta do acordo pelo Ministério Público foi indevida e fora dos parâmetros e funções previstas para a aplicação do instituto despenalizador, já que foi ofertado mesmo que carecesse de justa causa e necessidade a possível ação penal objeto da celebração.

Ademais, em que pese a boa-fé ser princípio orientador do processo judicial brasileiro, o Superior Tribunal de Justiça entende que é incabível a imposição de multa por litigância de má-fé no âmbito penal, pois, sua aplicação constituiria indevida analogia in malam partem, tendo em vista a ausência de previsão expressa no Código de Processo Penal, como decidido no julgamento do HC 401.965/RJ pela Quinta Turma do mesmo Tribunal. Dessa maneira, apesar de se ter, no processo penal, a boa-fé como pressuposto elementar norteador, é impossível aplicar a multa por litigância de má-fé e, conseqüentemente, atribuir qualquer outro tipo de prejuízo à defesa, como, por exemplo, impedir o reconhecimento de Habeas Corpus com base nessa mesma justificativa, já que isso implicaria em ofensa ao direito à livre locomoção do acusado. Portanto, se o reconhecimento da litigância de má-fé constitui uma sanção, não é possível a sua aplicação no processo penal, haja vista a ausência de previsão específica na respectiva legislação

Assim, apesar de se admitir a importação de princípios do processo civil à dinâmica do Acordo de Não Persecução Penal, como dito anteriormente, isso não significa que esses possam se sobrepor aos princípios atinentes ao processo penal, como, principalmente, as garantias do contraditório e ampla defesa. Ambos os conceitos asseveram a obrigatoriedade à informação do réu, mas, principalmente, conferem o direito de reação possível¹⁷ e, diante disso, surge o direito de postular, de recorrer pessoalmente (artigo 577, caput, do Código de Processo Penal) e de interpor habeas corpus ou revisão criminal (artigo 623, do Código de Processo Penal).

Desse modo, tendo em vista que o artigo 28-A, do Código de Processo Penal, não estabeleceu como condição para aceitar o Acordo de Não Persecução Penal a renúncia aos meios recursais e impugnativos (o que seria, por óbvio, inconstitucional), o “comportamento contraditório”, sustentado pelo Ministro em seu voto, não justifica uma renúncia ao direito de recorrer pelo réu. Ademais, a mesma alteração legislativa que efetivou as bases do ANPP adicionou o artigo 4º, §7º-B, à Lei 12.850, prevendo

¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal [livro eletrônico] / Gustavo Henrique Badaró. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021. pp. 85

que “são nulas de pleno direito as previsões de renúncia ao direito de impugnar a decisão homologatória” em relação a outro instituto despenalizador, a colaboração premiada. Dessa mesma maneira, a Lei 9.099/95, em seu artigo 76, §5º, admite a interposição de apelação contra sentença que homologa o acordo de transação penal, bem como há precedentes, ainda, pela admissão de Habeas Corpus tanto após aceitar a transação penal (STF, HC 176.785, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 17.12.2019), como após aceitar a suspensão condicional do processo (STJ, RHC 41.527, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 03.03.2015). Logo, analisando-se esses outros institutos despenalizadores do ordenamento jurídico pátrio, fica claro que a simples aceitação não impediria a impugnação do acordo celebrado no que tange ao ANPP.

Não obstante, para além de toda a argumentação esboçada, sequer pode se entender como comportamento contraditório ou deslealdade processual a aceitação de um Acordo de Não Persecução Penal com a posterior impetração de Habeas Corpus para questionar a sua legalidade, tendo em vista a assimetria de poderes na relação entre acusação e acusado. Em relação ao princípio da isonomia, por sua vez, pontua-se que este sofreu uma mudança, com a superação da mera igualdade formal e a busca de uma igualdade substancial, refletindo-se, também, no princípio do contraditório¹⁸. Por conseguinte, com a incidência da igualdade substancial no contraditório, ele deixou de ser mera possibilidade para se transformar em um realidade, de forma que deve haver uma participação igualitária.

Ponto importante a se considerar, também, é que, apesar de não haver consenso na literatura jurídica a respeito da obrigatoriedade do Ministério Público em ofertar o Acordo de Não Persecução Penal, autores como Aury Lopes Jr. entendem que se trata de direito subjetivo do acusado, que não o pode ser negado, conquanto, juristas como Higyna Josita entendem que não é direito subjetivo, mas faculdade do Ministério Público, tal qual já decidiu o Superior Tribunal de Justiça (AgRg no RHC 74.464/PR) em relação à suspensão condicional do processo, outro instituto da Justiça Negocial Penal¹⁹. Nesse sentido, em que pesem as divergências quanto à natureza do ANPP, é ponto incontroverso que, a partir de sua oferta, torna-se ele

¹⁸ MEDEIROS, Maíra Passos de Lima. "Direito penal, estigmas e a violação ao princípio constitucional da isonomia."

¹⁹ JOSITA, Higyna; LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-naopersecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 03. abr. 2020

direito subjetivo da defesa e ninguém, autorizado pelo ordenamento jurídico, pode ser penalizado pelo exercício de um direito.

Ademais, o conceito de direito, nesse contexto, deve ser entendido de forma ampla e não estrita, compreendendo “todos os direitos subjetivos pertencentes a toda categoria ou ramo do ordenamento jurídico, direta ou indiretamente reconhecido, como afinal são os costumes”²⁰. Com apoio nesse argumento, fica evidente que após ofertado (até mesmo antes disso para algumas correntes doutrinárias) a celebração do ANPP é um direito subjetivo da defesa e que não pode o seu exercício repercutir em prejuízos a ela, sob pena de violação da lógica sistemática judicial, haja vista o exercício regular de - ainda que processual - um direito.

Portanto, como consequência lógica é incompatível que o acusado de um fato atípico tenha que suportar os efeitos de um acordo nulo, em função do exercício de um direito subjetivo, qual seja a prerrogativa de aceitar ou não a proposta ora feita pelo Ministério Público.

3. HABEAS CORPUS Nº 698186 – GO, uma decisão permissiva

A despeito da decisão anteriormente analisada que fora prolatada pelo Superior Tribunal de Justiça, mais recentemente a Corte acolheu tese da Defensoria Pública do Estado de Goiás (DPE-GO), reconhecendo a incidência do princípio da insignificância e desfazendo o Acordo de Não Persecução Penal realizado com o consequente trancamento da ação penal. O caso se refere a homem que vendeu uma passagem de ônibus de forma irregular, no valor de R\$4,50, utilizando passe livre de categoria para pessoas com deficiência. O relator da decisão, Ministro Ribeiro Dantas, concordou com o argumento da Defensoria Pública do Estado de Goiás (DPE-GO), entendendo que a concretização de acordo de não persecução penal (ANPP), realizado entre o acusado e o Ministério Público do Estado de Goiás (MPGO), não impossibilita a impetração de habeas corpus, anulando o ANPP e arquivando o caso.

Para tanto, em seu voto, o Ministro Ribeiro Dantas se valeu de decisão exarada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, o qual pontuou que "embora o sistema penal negocial possa acarretar aprimoramentos positivos em

²⁰ LINHARES, Marcello Jardim. Estricto cumprimento de dever legal: exercício regular de direito, p. 111. Forense, 1983.

certas hipóteses, a barganha no processo penal inevitavelmente gera riscos relevantes aos direitos fundamentais do imputado e deve ser estruturada de modo limitado, para evitar a imposição de penas pelo Estado de forma ilegítima." (HC 176785, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019):

[...] Para Penal e Processual Penal. 2. A celebração de acordo de transação penal não acarreta a perda de objeto de habeas corpus em que se alega atipicidade da conduta e ausência de justa causa. 3. Embora o sistema penal negocial possa acarretar aprimoramentos positivos em certas hipóteses, a barganha no processo penal inevitavelmente gera riscos relevantes aos direitos fundamentais do imputado e deve ser estruturada de modo limitado, para evitar a imposição de penas pelo Estado de forma ilegítima. 4. Ainda que consentidos pelo imputado, os acordos penais precisam ser submetidos à homologação judicial, pois o julgador deve realizar controle sobre a legitimidade da persecução penal, de modo que casos de manifesta atipicidade da conduta narrada, extinção da punibilidade do imputado ou evidente inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa acarretem a não homologação da proposta. 5. Portanto, não há perda de objeto do habeas corpus em que se alega a atipicidade da conduta e a falta de justa causa para a persecução penal, ao passo que, se concedido, inviabiliza-se a manutenção do acordo de transação penal, ainda que consentido pelo imputado. 6. Precedente desta Segunda Turma no sentido de que constitui constrangimento ilegal "a mera intimação para comparecimento à audiência preliminar para proposta de transação penal, se o fato é atípico" (HC 86.162, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 3.2.2006). 7. Ordem concedida para determinar a análise do mérito da impetração, visto que a realização do acordo de transação penal não é motivo legítimo para a sua perda de objeto (HC 176785, Relator(a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 17/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-123 DIVULG 18-05-2020 PUBLIC 19-05-2020) [...]

Nesse sentido, como se vê, a decisão foi fundamentada a partir da equiparação do Acordo de Não Persecução Penal com outro instituto da Justiça Negocial, a transação penal. Em que pese o maior caráter negocial atinente à natureza do Acordo de Não Persecução Penal, a transação penal integra o mesmo universo, tendo em vista que este surgiu como um benefício processual para os crimes de menor potencial ofensivo, tanto que uma das exigências para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal é a impossibilidade de oferta da transação penal, tendo em vista se tratar de regulamento mais benéfico²¹.

Portanto, a partir da argumentação desenvolvida, tendo em vista em vista ser a Transação Penal mais benéfica que o próprio Acordo de Não Persecução Penal, não faria sentido afirmar que o mesmo raciocínio não poderia ser importado, já que *A maiori, ad minus*, o que é válido para o mais, deve necessariamente prevalecer para o menos, ou "quem pode o mais, pode o menos". Essa premissa se funda no fato de que a solução ou regra aplicada ao todo, também é aplicável às suas partes, sendo

²¹ MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal : teoria e prática / Mauro Messias; prefácio por Renato Brasileiro de Lima. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020. p. 36

um argumento axiológico que para a solução de entraves jurídicos como esse experimentado, tal qual a regra de que se uma pessoa é condenada criminalmente (em uma Justiça com critérios mais rígidos para a prolação de uma sentença condenatória), deverá ela responder civilmente pelas consequências de seu ato (uma Justiça com critérios menos rígidos para a prolação de uma sentença condenatória).

Além disso, insta salientar que ambos os institutos são pré-processuais, ou seja, surgem anteriormente à decisão de recebimento da denúncia, diferentemente da Suspensão Condicional do Processo, o SUSCON²². Essa similaridade importa para a análise da importação, porque, demonstra que, não somente se tratam de dois implementos da Justiça Negocial no Processo Penal brasileiro, mas, também, gozam de uma forma muito parecida, diferenciando-se pelo objeto pretendido por eles, quais sejam os crimes de menor potencial ofensivo para a Transação Penal e as situações previstas pelo artigo 28-A, do Código de Processo Penal, para o Acordo de Não Persecução Penal.

4. Considerações Finais

Como dito inicialmente, grande dificuldade enfrentada pela pesquisa do tema em apreço é o seu ineditismo e o pouco acervo de debate ainda construído sobre ele. Diante disso, foram selecionadas duas decisões monocráticas antagônicas proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça a fim de serem avaliados os possíveis argumentos que nortearão o debate que ainda é incipiente.

Diante disso, a partir das decisões selecionadas do Superior Tribunal de Justiça, uma que denegou a pretensão da defesa em ver reconhecida insignificância da conduta com o consequente desfazimento do Acordo de Não Persecução Penal e a outra que acatou, foram estudadas e avaliadas as alegações feitas por ambos os Ministros. Em função do maior arcabouço argumentativo da decisão denegatória, essa recebeu maior atenção, até mesmo pelas mais constantes incongruências identificadas.

Na decisão do HC 619.751, prolatada pelo Ministro Felix Fischer, foram visitados cinco argumentos, divididos em três pontos essenciais, norteados por uma noção similar. Ocorre que, a justificativa em que se fundamentou o julgamento em

²² MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal : teoria e prática / Mauro Messias; prefácio por Renato Brasileiro de Lima. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020. p. 35

seus demais pontos foi orientada por uma lógica igualmente parecida, na qual foram importados princípios estranhos ao Direito Penal, bem como outros a ele atinentes foram ignorados, motivo pelo qual se verificou a improcedência argumentativa.

Logo, em uma análise sistêmica realizada a partir de uma engrenagem dentre tantas outras (qual seja o Acordo de Não Persecução Penal), percebe-se que o Direito Penal tem dado espaço cada vez maior para a Justiça Negocial e, conseqüentemente, por vezes (como no caso do primeiro Habeas Corpus apreciado), consumido a coerência do processo Penal que em muito se diferencia da lógica do Direito Privado. Portanto, a partir do estudo dessa nova conjuntura, identificaram-se vícios que podem comprometer o funcionamento da Justiça Criminal, considerando-se que os espaços de consenso não podem interditar ou proibir a atuação de uma defesa que entenda pela absoluta ausência de pressuposto ou condição para a celebração de um acordo e, com isso, requeira a rediscussão da matéria em âmbito penal.

Então, mais que um aprofundamento do contexto da Justiça Negocial na conjuntura jurídica brasileira, esse novo imbróglio é sinal de alerta para a mitigação do direito de defesa e dos princípios orientadores do Processo Penal. Sendo assim, o debate em questão, apesar de ainda incipiente, evidencia um problema na ordem consensualista que vem, cada vez mais, ganhando espaço no Direito brasileiro e, com certeza, por muito tempo, será ainda objeto de intenso debate.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo penal [livro eletrônico] / Gustavo Henrique Badaró. -- 9. ed. rev., atual. e ampl. -- São Paulo : Thomson Reuters Brasil, 2021;

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal-Vol. 5-14ª edição de 2020. Saraiva Educação SA, 2020;

BRICOLA, Franco. Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela. Funzioni e limiti del diritto penale, Padova, Cedam, p. 4, 1984.. APUD BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro;

GRECO, Luís. Estudos de direito penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 52;

JOSITA, Higyna; LOPES JÚNIOR, Aury. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. Revista Consultor Jurídico, 2020. Disponível em:

https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-naopersecucao-penal#_ftn3. Acesso em: 03. abr. 2020;

LINHARES, Marcello Jardim. Estricto cumprimento de dever legal: exercício regular de direito, p. 111. Forense, 1983;

LEBRE, Marcelo. Pacote Anticrime Anotações sobre os impactos penais e processuais. Editora Aprovare, 2020;

LOPES, Aury; Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020;

LOPES, Aury. Direito processual penal / Aury Lopes Jr. – 18. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2021;

LOPES, Aury; ROSA, Ana Cláudia; ROSA, Alexandre. Pacote Anticrime: um ano depois: Análise da (in)eficácia das principais medidas penais e processuais penais implantadas pela Lei n. 13.964/2019. [S. l.]: Editora Expressa, 2020;

MEDEIROS, Maíra Passos de Lima. "Direito penal, estigmas e a violação ao princípio constitucional da isonomia.";

MESSIAS, Mauro. Acordo de não persecução penal : teoria e prática / Mauro Messias; prefácio por Renato Brasileiro de Lima. – 2. ed. – Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2020;

Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 126.980 MS. Recorrente: Eder Arcanjo Ferreira. Recorrido: Ministério Público Federal. Relator: Min. Teori Zavascki. Brasília, 03 de novembro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9816784>>;

TEIXEIRA, Mariana. O princípio da insignificância: seu conceito e aplicação no século XXI. Disponível em: <https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1567141/o-principio-da-insignificancia-seu-conceito-e-aplicacao-no-seculo-xxi-mariana-teixeira>.