



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 2038947 - SP (2022/0365381-0)

RELATOR : MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ
RECORRENTE : ISAQUE ISAIAS RODRIGUES
ADVOGADOS : DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO
MARIA VICTÓRIA DE BARROS CAMPOS - DEFENSORA
PÚBLICA
RECORRIDO : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A, *CAPUT* e § 14, DO CPP. DISCRICIONARIEDADE REGRADA. DEVER-PODER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. RECUSA EM OFERECER O ACORDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CABIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. FALTA DE INTERESSE DE AGIR. REMESSA DOS AUTOS AO ÓRGÃO SUPERIOR DO *PARQUET*. INDEFERIMENTO DO MAGISTRADO. ILEGALIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Os mecanismos consensuais constituem maneiras de alcançar resposta penal mais célere ao comportamento criminoso com redução das demandas judiciais criminais. Entretanto, ao mesmo tempo que aliviam a sobrecarga dos escaninhos judiciais e permitem priorizar o processamento de delitos mais graves, as ferramentas negociais também atuam como instrumentos político-criminais de relegitimação, limitação e redução dos danos causados pelo direito penal.
2. A aplicação das ferramentas de barganha penal observa uma discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada do Ministério Público em propor ao investigado ou denunciado uma alternativa

consensual de solução do conflito. Não se pode confundir, porém, discricionariedade regrada com arbitrariedade, pois é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do dever-poder), e não da mera faculdade, que ela deve ser analisada.

3. Se a oferta de institutos despenalizadores é um dever-poder do Ministério Público e se tais institutos atuam como instrumentos político-criminais de otimização do sistema de justiça e, simultaneamente, de contenção do poder punitivo estatal, com diminuição das cerimônias degradantes do processo e da pena, não cabe ao *Parquet* escolher, com base em um juízo de mera conveniência e oportunidade, se vai ou não submeter o averiguado a uma ação penal.

4. A margem discricionária de atuação do Ministério Público quanto ao oferecimento de acordo diz respeito apenas à análise do preenchimento dos requisitos legais, sobretudo daqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados. É o que ocorre, principalmente, com a exigência contida no art. 28-A, *caput*, do CPP, de que o acordo só poderá ser oferecido se for “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

5. Vale dizer, não é dado ao Ministério Público, se presentes os requisitos legais, recusar-se a oferecer um acordo ao averiguado por critérios de conveniência e oportunidade. Na verdade, o que o Ministério Público pode fazer – de forma excepcional e concretamente fundamentada – é avaliar se o acordo é necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime, o que é, em si mesmo, um requisito legal.

6. O Ministério Público tem o dever legal (art. 43, III, da Lei Orgânica do Ministério Público – Lei n. 8.625/1993) e constitucional (art. 129, VIII, da CF) de fundamentar suas manifestações e, embora não haja direito subjetivo à entabulação de um acordo, há direito subjetivo a uma manifestação idoneamente fundamentada do Ministério Público. E cabe ao Judiciário, em sua indeclinável, indelegável e inafastável função de “dizer o direito” (*juris dictio*), decidir se os fundamentos empregados

pelo *Parquet* se enquadram ou não nas balizas do ordenamento jurídico.

7. A negativa de oferecimento de mecanismo de justiça negocial por não ser necessário e suficiente à reprovação e à prevenção do crime deve sempre se fundar em elementos concretos do caso fático, os quais indiquem exacerbada gravidade concreta da conduta em tese praticada. Tal exigência não se satisfaz com a simples menção a qualquer circunstância judicial desfavorável, porquanto a existência de alguma gravidade concreta pode ser inicialmente contornada com reforço e incremento das condições a serem fixadas para o acordo e não justifica, de forma automática, sob a perspectiva do princípio da intervenção mínima – que confere natureza subsidiária à ação penal –, a recusa à solução alternativa.

8. Não cabe ao Ministério Público nem ao Poder Judiciário, salvo excepcionalmente em caso de inconstitucionalidade – como, por exemplo, reconheceu a Segunda Turma do STF em relação aos crimes raciais –, deixar de aplicar mecanismos consensuais legalmente previstos em favor do averiguado com base, apenas, na natureza abstrata do delito ou em seu caráter hediondo. Isso significaria criar, em prejuízo do investigado, novas vedações não previstas pelo legislador, o qual já fez a escolha das infrações incompatíveis com a formalização de acordo.

9. A modalidade privilegiada contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tem o potencial de reduzir a pena mínima abaixo de 4 anos de reclusão, o que permite, ao menos em princípio, a aplicação do ANPP, segundo o art. 28-A, § 1º, do CPP, e ainda afasta a natureza hedionda do delito, conforme previsão legal do art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal e entendimento pacífico dos tribunais superiores. Nada impede, portanto, ao menos em abstrato, a aplicação de acordo de não persecução penal no crime de tráfico de drogas.

10. Isso não se altera pelo fato de a referida causa de diminuição ter frações variáveis e só ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena, pois não retira do Ministério Público o dever de analisar o seu potencial cabimento já no momento de oferecer denúncia, a teor do art. 28-A, § 1º,

do CPP. Por se tratar o ANPP de instituto balizado pela pena mínima cominada ao delito, devem-se considerar as causas de diminuição aplicáveis na maior fração abstratamente possível para verificar se o referido requisito legal é preenchido.

11. Sob a égide do princípio da intervenção mínima, a ação penal tem natureza sempre subsidiária e a pena é, nas palavras de Claus Roxin, a "*ultima ratio* da política social", de modo que não se pode inaugurar a via conflitiva da ação penal condenatória sem nem sequer tentar, anteriormente, uma solução consensual mais branda (prevista em lei). Falta, nesse caso, interesse de agir, na modalidade necessidade, para a deflagração da ação penal, a qual, à vista do cabimento de um mecanismo consensual, ainda não seria necessária.

12. Eventualmente, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode acabar incorrendo em excesso de acusação, ora em relação à gravidade da capitulação, ora em relação à quantidade de fatos imputados. Essa prática, nos Estados Unidos, é chamada de *overcharging* e frequentemente faz com que o investigado opte por um acordo de *plea bargain* como meio de evitar o risco de um processo penal mais severo. No Brasil, onde há limites legais – relativos à quantidade da reprimenda – para a incidência do instituto despenalizador, nota-se a ocorrência de fenômeno similar, mas por vezes invertido, que se poderia chamar de “*overcharging* às avessas”: a acusação excessiva não leva o imputado a aceitar um acordo, mas sim a deixar de fazer jus a um possível acordo.

13. Isso faz com que, frequentemente, na sentença, o julgador desclassifique a conduta para um tipo penal menos grave ou julgue apenas parcialmente procedente a pretensão punitiva. Nessas hipóteses, em razão da nova capitulação, passa a ser cabível o oferecimento de benefícios antes incompatíveis com os termos da denúncia, conforme o disposto na Súmula n. 337 deste Superior Tribunal.

14. Nesses casos, todo o aparato judicial é mobilizado, com dispêndio financeiro, temporal e emocional de diversos atores do sistema de justiça criminal – inclusive vítima e testemunhas –, para que, ao final,

seja aplicada uma solução muitas vezes já cabível desde o início. Isso representa não apenas um desprestígio ao princípio da eficiência processual (art. 37, *caput*, da CF e art. 8º do CPC) e a imposição de um sofrimento evitável ao acusado, mas também expõe a falta de utilidade da pretensão condenatória inicialmente veiculada na denúncia.

15. Para oferecer denúncia, o Ministério Público deve justificar de maneira concreta e idônea o não cabimento do acordo de não persecução penal; isso, no caso do tráfico de drogas, significa demonstrar, em juízo de probabilidade, com base nos elementos do inquérito e naquilo que se projeta para produzir na instrução, que o investigado não merecerá a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, pelo menos, que, mesmo se a merecer, a gravidade concreta do delito é tamanha que o acordo não é “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

16. Caso contrário, a recusa injustificada ou ilegalmente motivada do *Parquet* em oferecer o acordo deve levar à rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal, nas modalidades necessidade e utilidade (art. 395, II, do CPP).

17. No caso dos autos, o recorrente foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na ocasião, o Ministério Público recusou-se a oferecer acordo de não persecução penal (ANPP) ao acusado, sob o único fundamento de que o tráfico de drogas era crime hediondo. O Juízo singular, em vez de notificar o réu para apresentar defesa prévia, nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/2006, recebeu prontamente a denúncia, determinou a sua citação para apresentar resposta à acusação e, no mesmo ato, já designou audiência de instrução. Na primeira oportunidade que teve para se manifestar nos autos, a qual coincidiu com a audiência, a defesa impugnou a inidoneidade da fundamentação do Ministério Público e requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, o que foi negado pelo Magistrado, com o argumento de que houve apreensão de dois tipos de drogas e de dinheiro. Em alegações finais, o próprio

Ministério Público requereu a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o que foi acolhido na sentença, na fração máxima, sem recurso ministerial.

18. Assim, mostra-se configurada a violação do art. 28-A, *caput* e § 14, do CPP tanto pela inidoneidade da fundamentação usada pelo membro do Ministério Público para se recusar a oferecer o acordo quanto pela ausência de remessa dos autos pelo Magistrado à instância revisora do *Parquet*, a qual só pode ser negada se evidente a ausência de requisito objetivo, o que não era o caso.

19. Recurso especial provido para anular o recebimento da denúncia e determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, a fim de que reanalise a recusa em oferecer o acordo de não persecução ao recorrente.

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO ROGERIO SCHIETTI CRUZ:

ISAQUE ISAÍAS RODRIGUES interpõe recurso especial, fundado no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo **Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo** na Apelação Criminal n. 1512321-56.2021.8.26.0228.

Consta dos autos que o réu foi condenado à pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, mais multa, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

A defesa aponta a violação do art. 28-A, *caput* e § 14, do CPP.

Argumenta, inicialmente, que “Os fatos são posteriores à entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, que trouxe ao ordenamento jurídico a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal” (fl. 251).

Acrescenta que “Somente houve o recebimento da denúncia (fls. 119/120) diante da recusa ministerial em oferecer acordo de não persecução penal

(fls. 111). E, na primeira oportunidade que a Defesa teve, pugnou pela remessa dos autos ao PGJ (fls. 156). Logo, o recebimento da denúncia (que não deveria ter ocorrido) não pode ser invocado para impedir a incidência do instituto do ANPP” (fl. 251).

Aduz que “era possível antever-se, antes da instrução, pela primariedade do recorrente e pela pouca quantidade de droga apreendida, que se tratava de tráfico privilegiado, razão pela qual não prospera a fundamentação do v. acórdão. Se, na r. sentença, com a concordância ministerial, reconheceu-se se tratar de tráfico privilegiado, essa questão não há agora de ser levantada para impedir o instituto despenalizador” (fl. 252).

Segundo a defesa, “Incide, aqui, a súmula 337 do STJ: se, na sentença, há parcial procedência ou desclassificação, é de rigor que seja reconhecida a possibilidade de aplicação de suspensão do processo e, na mesma esteira, de ANPP” (fl. 252).

Afirma que “não foi determinada a remessa dos autos ao Procurador-Geral da Justiça”, razão pela qual requer “seja conhecido e provido o presente Recurso Especial para que seja determinada a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, com fulcro no artigo 28, § 14, do CPP, para revisão de negativa em oferecer ANPP” (fl. 252).

Contrarrazões às fls. 256-258.

Decisão de admissibilidade à fl. 261.

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do recurso especial (fls. 270-278).

VOTO

O SENHOR MINISTRO ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ (Relator):

I. Admissibilidade



O recurso especial é tempestivo e preencheu os demais requisitos de admissibilidade. A matéria suscitada foi analisada pelo Tribunal *a quo* no julgamento da apelação, a evidenciar seu prequestionamento. Além disso, o recurso apresenta argumentação suficiente para permitir a compreensão da tese.

II. O acordo de não persecução penal (ANPP) e a “revolução negociada” no processo penal brasileiro

Diz o artigo 28-A, *caput*, 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.

O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a **transação penal** ou com a **suspensão condicional do processo**, introduziu, no sistema processual brasileiro, **mais uma forma de justiça penal negociada**, seguindo uma tendência mundial inicialmente restrita a países de tradição adversarial e liberal mais acentuada e que se espalhou por ordenamentos de matriz romano-germânica.

Há diferenças substanciais, porém, entre tais institutos. A principal delas, a meu sentir, reside no fato de que, enquanto na **transação penal o acordo é de cumprimento de penas** (não privativas de liberdade) e no *sursis* processual já há um **processo instaurado, no acordo de não persecução penal (ANPP) se acerta o cumprimento de condições** (funcionalmente equivalentes a penas). Além disso, ao contrário do que se dá em relação aos dois outros institutos, o **ANPP pressupõe**, como requisito de sua celebração, **confissão** do crime por parte do investigado.

A implantação dos referidos mecanismos de barganha penal reflete movimento progressivo com marco inaugural, entre nós, na Lei n. 9.099/1995, e que passa, posteriormente, em sua “segunda onda”, pela edição da Lei n.

12.850/2013, responsável por sistematizar o acordo de colaboração premiada, até então previsto timidamente em algumas leis pontuais (por exemplo, os arts. 1º e 5º da Lei de Lavagem de Capitais). Nesse percurso gradual, a Lei n. 13.964/2019, ao prever o ANPP, desponta como a “**terceira onda**” **consensual** do processo penal brasileiro (FONSECA, Caio Nogueira Domingues da. *O controle judicial no acordo de não persecução penal*. 2022. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2022, p. 105-126).

Conforme se depreende da Exposição de Motivos do PL n. 882/2019, que deu origem à Lei n. 13.964/2019:

A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

(Disponível

em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm#:

. Acesso em: jul./2023, grifei)

O mote central dessa verdadeira “**revolução negociada**” pela qual passamos nas últimas décadas (ZILLI, Marcos. No acordo de colaboração entre gregos e troianos o cavalo é o prêmio. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 25, n. 300, p. 3-6, nov. 2017) **não é o de beneficiar unicamente o réu** – como se daria em caso de norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal –, **mas sim favorecer a justiça criminal em sua integralidade, compreendidos, é certo, também os interesses dos investigados.**

Na verdade, tais institutos trazem **benefícios tanto ao investigado quanto ao Estado**, visto que ambos renunciam a direitos ou pretensões em troca

de alguma vantagem: o Estado renuncia a obter uma condenação penal, em troca de antecipação e certeza da resposta punitiva; o réu renuncia a ver reconhecida sua inocência, mediante o devido processo legal (com possibilidade de ampla defesa, contraditório e direitos outros, como o direito ao duplo grau de jurisdição), em troca de evitar o processo, suas cerimônias degradantes e a eventual sujeição a uma pena privativa de liberdade.

De fato, essa solução **negociada de processos acaba por implicar, de modo positivo, a efetividade de diversos princípios ou vetores processuais** (v.g. celeridade, economia, eficiência e proporcionalidade), ainda que com sacrifício de outros (busca da verdade, presunção de inocência, contraditório e ampla defesa).

Os mecanismos consensuais se revelam, assim, **maneiras de alcançar resposta penal mais célere** ao comportamento criminoso com redução das demandas judiciais criminais, sobretudo em um cenário de saturação do sistema punitivo, em boa medida decorrente da expansão dos espaços de tutela penal para bens jurídicos coletivos, com a proliferação de crimes de perigo abstrato, e mesmo do surgimento de novas formas de criminalidade em virtude da complexificação da sociedade.

Entretanto, ao mesmo tempo que aliviam a sobrecarga dos escaninhos judiciais e permitem priorizar o processamento de delitos mais graves, as ferramentas negociais também atuam como **instrumentos político-criminais de relegitimação, limitação e redução dos danos causados pelo direito penal** (FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: RT, v. 191, ano 30, p. 235-259, jul./ago. 2022).

Como bem pondera Marcos Zilli:

Há, contudo, outros objetivos aparentemente mais nobres e que são pouco explorados, senão esquecidos. Com efeito, nos três casos, **a busca por caminhos alternativos não é apenas, e tão somente, o de impedir o acionamento da justiça disputada, mas sim o de solucionar o conflito penal sem a afirmação de culpa e imposição de sanção penal. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre**

não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal. Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.

(ZILLI, Marcos. Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta de tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). *Acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, p. 27-60, 2022, grifei)

É o que também se infere dos “considerandos” da Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, segundo a qual o ANPP busca a “**minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória** aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, **reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena** e desafogando os estabelecimentos prisionais” (Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. Acesso em: jul./2023, destaquei).

À vista desse **aspecto bifronte**, portanto, é que os contornos e as decorrências da aplicação prática das ferramentas de justiça penal barganhada devem ser examinados.

III. Da obrigatoriedade da ação penal pública à discricionariedade regrada

Extraído, segundo a doutrina tradicional, do art. 24 do CPP e do princípio da legalidade, o **princípio da obrigatoriedade da ação penal pública** estabelece que, “Dispondo o Ministério Público dos elementos mínimos para a propositura da ação penal, deve promovê-la (sem inspirar-se em critérios políticos ou de utilidade social)” (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 32. ed., v. 1, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 391).

Em outras palavras, o titular da ação penal, diferentemente do que ocorre nas ações privadas, regidas pelo **princípio da oportunidade**, não pode “afastar a aplicação do Direito Penal legislado ao caso concreto, ao seu talante ou juízo discricionário, baseado em critérios de oportunidade e conveniência, nem sempre muito claros ou definidos” (JARDIM, Afrânio Silva. *Ação Penal Pública*:



Princípio da Obrigatoriedade. 3. ed. rev. e atual. segundo a Lei 9.099/95. Rio de Janeiro: Saraiva, 1998, p. 49).

Por consectário lógico e expressa previsão legal (art. 42 do CPP), uma vez deflagrada a ação penal pública, o *Parquet* também não pode dela desistir ou dispor, o que recebe o nome de **princípio da indisponibilidade da ação penal pública**.

Os institutos de justiça penal negociada, porém, vêm gradativamente **mitigando a incidência de tais postulados**: a suspensão condicional do processo, por exemplo, atenua a indisponibilidade, porquanto permite que, depois de ajuizada a inicial acusatória, o *Parquet* deixe de prosseguir com a persecução penal; a transação e o ANPP, a seu turno, relativizam a obrigatoriedade, visto que autorizam o não oferecimento da denúncia, a despeito da existência de prova de materialidade delitiva e indícios de autoria.

Daí porque se fala, na atualidade, que a aplicação das ferramentas de barganha penal observa uma **discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada** do Ministério Público em propor ao investigado ou denunciado uma alternativa consensual de solução do conflito.

Não se pode confundir, porém, tal como muitas vezes se constata na prática, **discricionariedade regrada com arbitrariedade**, tema que perpassa o exame da natureza jurídica dos institutos negociais e suas **três principais correntes** explicativas: **a)** mera faculdade do Ministério Público; **b)** direito subjetivo do investigado e **c)** poder-dever do Ministério Público.

Segundo o Enunciado n. 19 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE): “O acordo de não persecução penal é **faculdade** do Ministério Público, que avaliará, **inclusive em última análise** (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a repressão e prevenção do crime no caso concreto” (grifei).

O referido enunciado propõe, portanto, que a oferta de mecanismos de



barganha penal é **mera faculdade** do Ministério Público, sujeita apenas a **controle interna corporis** da instituição, **sem possibilidade de revisão judicial**. Essa posição que falha por assentar-se na inadequada interpretação literal do verbo “poderá”, contido no art. 28-A, *caput*, do CPP e, assim, autorizar que o titular da ação penal decida, ao sabor de sua vontade, se vai submeter o investigado às agruras do processo penal e, posteriormente, da pena, ou se lhe vai propor solução alternativa mais branda e menos estigmatizante. Trata-se de franca violação de postulados básicos do ordenamento jurídico brasileiro, entre eles, a isonomia, pois legitimaria, por exemplo, conferir tratamento diverso a indivíduos em situações iguais, com inadmissível margem para a **arbitrariedade**.

Vertente doutrinária oposta sustenta, por sua vez, que o preenchimento dos requisitos legais asseguraria ao investigado **direito público subjetivo** à entabulação do acordo, o que, por consequência, obrigaria o magistrado a fazê-lo caso o Ministério Público se recusasse a tanto (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2023, p. 216).

Aceitar que o juiz assuma o lugar do titular da ação penal e proponha a avença ao investigado, contudo, também não se mostra adequado, seja por afrontar a separação de funções que define o sistema acusatório, seja por desvirtuar o próprio cerne negocial dos mecanismos penais consensuais.

De modo a equilibrar essas linhas antagônicas de pensamento, a jurisprudência dos tribunais superiores se assentou em **posição intermediária**, com o entendimento de que a oferta de alternativas de barganha penal ao investigado consiste em **poder-dever do Ministério Público**. Isso se aplica tanto à transação penal e à suspensão condicional do processo (v.g. **APn n. 634/RJ**, Rel. Ministro **Felix Fischer**, Corte Especial, DJe 3/4/2012) quanto ao acordo de não persecução penal, que, “se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do *Parquet*” (**HC n. 657.165/RJ**, Rel. Ministro **Rogério Schietti**, 6ª T., DJe 18/8/2022).

Como poder-dever, “observa o princípio da supremacia do interesse-



público – consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal – e **não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP**" (HC n. 657.165/RJ, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 18/8/2022, grifei).

Celso Antônio Bandeira de Mello, aliás, ao tratar dos poderes da Administração Pública, prefere a expressão **dever-poder**, em vez de poder-dever, justamente por enfatizar que se trata muito mais de uma competência atribuída ao ente apenas para que possa cumprir a finalidade instituída em lei do que uma opção a ser exercida ao bel-prazer de seu titular. Confira-se:

Costuma-se dizer — insatisfatoriamente, aliás — que competências são uma demarcação de poderes, um feixe de poderes ou um círculo de poderes. Esta forma de expressar é imprópria e escamoteia a verdadeira natureza das competências. **Com efeito, inobstante os poderes que elas exprimem sejam, efetivamente, seu lado mais aparente, antes que poderes as competências são deveres**, o que é particularmente visível no caso das competências administrativas. **Na verdade, elas são deveres-poderes, expressão, esta, que descreve melhor suas naturezas do que a expressão poder-dever**, que começou a ser utilizada, algumas vezes, no Direito Administrativo, a partir de lições de Santi Romano. **É que ditas competências são atribuídas ao Estado, a seus órgãos, e, pois, aos agentes neles investidos, especificamente para que possam atender a certas finalidades públicas consagradas em lei**; isto é, para que possam cumprir o dever legal de suprir interesses concebidos em proveito da coletividade.

[...]

Destarte, **ditos poderes têm caráter meramente instrumental; são meios à falta dos quais restaria impossível, para o sujeito, desempenhar-se do dever de cumprir o interesse público, que é, afinal, o próprio objetivo visado e a razão mesma pela qual foi investido nos poderes atribuídos. O que a ordem jurídica pretende, então, não é que um dado sujeito desfrute de um poder, mas que possa realizar uma certa finalidade, proposta a ele como encargo do qual tem de se desincumbir**. Como, para fazê-lo, é imprescindível que desfrute de poderes, estes são outorgados sob o signo assinalado. Então, o poder, na competência, é a vicissitude de um dever. **Por isto é que é necessário colocar em realce a idéia de dever — e não a de poder —, já que este último tem caráter meramente ancilar; prestante para realizar-se o fim a que se destinam as competências: satisfazer interesses (consagrados em lei) públicos, ou seja, interesses dos cidadãos considerados “enquanto**

conjunto”, em perspectiva coletiva, é dizer, como Sociedade.

Em suma: **nem o Estado nem, portanto, seus órgãos e agentes dispõem de competências para auto-satisfação**. Estas, no Estado de Direito — onde “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, da Constituição Federal) e no qual se proclama que a “cidadania” é um de seus fundamentos (art. 1º, II, da Constituição Federal) —, obviamente não são instituídas em favor de quem as titularize, mas para que sirvam a determinados objetivos estabelecidos no interesse de todos

(BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 2010, p. 142-143, destaquei)

Na doutrina processual penal, Marcos Paulo Dutra Santos também entende, sobre o ANPP, “tratar-se de um **dever-poder** – preferimos essa expressão a poder-dever, utilizada com frequência maior, porque o poder dado a um agente público decorre do dever que lhe foi confiado. Este é premissa daquele, daí a ordem mais apropriada ser dever-poder” (SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020, p. 167).

Destarte, é sob o prisma do poder-dever (ou melhor, do **dever-poder**), e não da mera faculdade, que deve ser analisada a discricionariedade regrada do *Parquet* em oferecer eventuais soluções consensuais cabíveis ao averiguado, a qual não pode ser concebida à luz da acepção tradicional da doutrina administrativista como “**faculdade** que a lei confere à Administração para apreciar o caso concreto, segundo **critérios de oportunidade e conveniência**, e **escolher** uma dentre duas ou mais soluções, **todas válidas perante o direito**”(DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67, destaquei).

Se a oferta de institutos despenalizadores é um dever-poder do Ministério Público e se tais institutos atuam como instrumentos político-criminais de otimização do sistema de justiça e, simultaneamente, de contenção do poder punitivo estatal, com diminuição das cerimônias degradantes do processo e da pena, **não cabe ao *Parquet* escolher, com base em um juízo de mera conveniência e oportunidade, se vai ou não submeter o averiguado a uma ação penal.**



Cabe lembrar, nesse ponto, que, embora não se vincule à mesma exigência de fundamentação das decisões judiciais contida no art. 93, IX, da Constituição Federal, **o Ministério Público também tem o dever legal** (art. 43, III, da Lei Orgânica do Ministério Público – Lei n. 8.625/1993) **e constitucional** (art. 129, VIII, da CF) **de fundamentar suas manifestações**. Ou seja, se, por um lado, não há direito subjetivo do investigado à celebração de um acordo, por outro lado, “há, todavia, **direito subjetivo do investigado a uma manifestação fundamentada do Ministério Público, negativa ou positiva**, quanto à aplicação do instituto ora previsto no art. 28-A do CPP” (RHC n. 150.060/PR, Rel. Ministro **Sebastião Reis Júnior**, 6ª T. DJe 20/8/2021, grifei).

Na verdade, não basta que a manifestação seja apenas fundamentada; é preciso que seja **idoneamente** fundamentada dentro das balizas legais, pois, “[p]or constituir um poder-dever do *Parquet*, o **não oferecimento** tempestivo do ANPP **desacompanhado de motivação idônea** constitui **nullidade absoluta**” (AgRg no HC n. 762.049/PR, Rel. Ministra **Laurita Vaz**, 6ª T., DJe 17/3/2023, destaquei).

É justamente nisso que se diferencia a **discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada**, que vigora na sistemática dos institutos negociais penais, daquela que assiste o Ministério Público em outras searas de atuação, como, por exemplo, o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), aplicável às esferas cível, ambiental ou administrativa e previsto no art. 5º, § 6º, da Lei n. 7.347/1985. A lei, nesse caso, cinge-se a tratar da legitimidade ativa para o TAC, sem estabelecer requisitos e hipóteses de cabimento, de sorte que resta **ampla discricionariedade** ao *Parquet* para propô-lo conforme juízo de conveniência e oportunidade, o que reduz as possibilidades de exercer controle judicial de legalidade sobre eventual recusa.

É bastante distinta, porém, a disciplina normativa do ANPP (assim como da transação penal e da suspensão condicional do processo), em que o legislador esmiuçou os requisitos e as hipóteses de cabimento, de modo a não caber ao Ministério Público atuar ao seu talento fora dessas balizas; daí a se falar em discricionariedade **regrada** ou **juridicamente vinculada**.

Na verdade, **a margem discricionária de atuação do Ministério Público quanto ao oferecimento de acordo diz respeito apenas à análise do preenchimento dos requisitos legais**, sobretudo daqueles que envolvem conceitos jurídicos indeterminados, pois **“a noção de discricionariedade não se adscrive apenas ao campo das opções administrativas efetuadas com base em critérios de conveniência e oportunidade, pois também envolve o tema da intelecção dos conceitos vagos”** (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 27-28).

É o que ocorre, principalmente, com a exigência contida no art. 28-A, *caput*, do CPP, de que o acordo só poderá ser oferecido se for **“necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”**, expressão dotada de vagueza semântica que gera significativa controvérsia sobre a sua interpretação.

Vale dizer, não é dado ao Ministério Público, se presentes os requisitos legais, recusar-se a oferecer um acordo ao averiguado por critérios de conveniência e oportunidade. Na verdade, "o que o Ministério Público *pode* fazer – de forma excepcional e concretamente fundamentada – é avaliar se o acordo é necessário e suficiente à prevenção e reprovação do crime, o que é, em si mesmo, um requisito legal" (HALAH, Leonardo Issa. O oferecimento de ANPP como dever-poder do Ministério Público: recusa injustificada ou ilegalmente motivada e rejeição da denúncia por falta de interesse de agir para a ação penal condenatória. *In*: AKERMAN, William; MARINHO JR, Inezil Penna. (Org.). *Justiça Penal Negociada*. Brasília: Sobredireito, p. 153-182, 2023).

Assim, distanciando-se da concepção clássica que se pauta em juízos de conveniência e oportunidade, a discricionariedade que incide nos mecanismos de justiça penal consensual remete à ideia de “margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo **critérios consistentes de razoabilidade**, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, **perante cada caso concreto**, a fim de cumprir o **dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal**” (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 48, grifei).

Exige-se, portanto, que eventual recusa do Ministério Público seja **razoável, fundamentada nas circunstâncias do caso concreto e busque satisfazer a finalidade legal**, a qual, retomando as considerações feitas ao longo dos últimos itens, é a de otimizar o sistema de justiça criminal, com prioridade para processamento apenas de infrações penais mais graves, **de modo a evitar, sempre que possível, o processo penal, a pena e todas as suas decorrências negativas, tanto para o Estado quanto para o investigado.**

IV. Necessidade e suficiência do acordo para reprovação e prevenção do crime

Ao estabelecer que “[...] o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, **desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime [...]**”, o art. 28-A, *caput*, do CPP remete implicitamente ao art. 59 do CP, segundo o qual (destaquei):

O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, **conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime:**

I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;

II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;

III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;(Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984);

IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Novamente, posições conflitantes se formam na doutrina quanto à legitimidade de estabelecer, para um instituto despenalizador, um requisito típico da fixação da sanção penal.

Para os que defendem essa possibilidade, a análise quanto à necessidade e à suficiência do acordo é albergada pela independência funcional dos membros do Ministério Público como titular da ação penal (art. 129, I, da CF) e, por isso, estaria até mesmo imune à intervenção do Poder Judiciário (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O Requisito da Necessidade e Suficiência para a Reprovação e Prevenção do Delito para a Celebração do Acordo de Não Persecução Penal. *In:*



DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 419-431, 2022).

Alguns autores vão além e sustentam que, nas hipóteses em que a Constituição Federal estabelece um mandado de criminalização, como é o caso dos crimes hediondos ou equiparados, nunca seria cabível uma solução penal consensual, por ser presumidamente insuficiente para a prevenção e a reprovação de delitos daquela natureza (ALMEIDA, Alexandre Rocha; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022, p. 419-449).

José Henrique Kaster Franco, em sentido oposto, argumenta que somente critérios objetivos deveriam ser considerados para a aferição do cabimento do acordo, porquanto os subjetivos, tal como a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime, se prestariam a “abusos de toda ordem” (FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de (org.); MARTINELLI, João Paulo (org.). *Acordo de não persecução penal*. 3. ed., Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 483-497, 2022).

Para essa vertente, requisitos ligados à aplicação da pena não deveriam ser transplantados para a aferição do cabimento de alternativas negociadas, que se pautam por lógica oposta à que norteia a imposição da reprimenda penal (MARTINS, Rodrigo; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime nos acordos de não persecução penal. *Revista Científica do CPJM*, v. 2, n. 5, p. 177-224, 2022).

O equilíbrio entre ambas as correntes me parece encontrar-se, mais uma vez, em **posição mediana**.



É inegável, de fato, que a análise da necessidade e da suficiência da resposta estatal tradicionalmente está vinculada à aplicação da pena, mas, nem por isso, deve ficar alheia à aferição dos mecanismos de justiça consensual. Não se pode olvidar, a propósito, que, conquanto não sejam classificadas tecnicamente como penas, as condições fixadas na transação penal, na suspensão condicional do processo e no acordo de não persecução penal representam **equivalentes funcionais da pena**. Por isso, é razoável que observem certas diretrizes comuns à determinação da resposta estatal, até para que não haja, em situações de exacerbada gravidade concreta do delito, proteção insuficiente do bem jurídico por ele tutelado.

Não por outra razão, isto é, aferir se os equivalentes funcionais da pena são bastantes como resposta estatal ao delito praticado naquele caso concreto, a lei faculta ao juiz rejeitar a homologação do acordo e devolver os autos ao Ministério Público para reformular a proposta quando considerar “inadequadas, **insuficientes** ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal [...]” (art. 28-A, § 5º, do CPP).

Ademais, a referida previsão do art. 28-A, *caput*, do CPP encontra paralelo no art. 76, § 2º, III, da Lei n. 9.099/1995, que trata da transação penal e afasta o seu cabimento quando “não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida”. É o que também se extrai da leitura conjugada do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 com o art. 77, II, do CP, que limita a aplicação da suspensão condicional do processo quando “a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício”.

Isso não significa, porém, como sugerem os que encampam a primeira vertente acima referida, que a manifestação do *Parquet* seja insuscetível de controle judicial, o que violaria a garantia da inafastabilidade da jurisdição, segundo a qual “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV, CF). É que, consoante assentado anteriormente,

embora não haja direito subjetivo à entabulação de um acordo, há direito subjetivo a uma manifestação idoneamente fundamentada do Ministério Público e **cabe ao Judiciário, em sua indeclinável, indelegável e inafastável função de “dizer o direito” (*juris dictio*), decidir se os fundamentos empregados pelo *Parquet* se enquadram ou não nas balizas do ordenamento jurídico.**

Também não há falar em impossibilidade absoluta de oferta de mecanismos negociais em toda e qualquer hipótese que tratar de delito ao qual a Constituição imponha um mandado de criminalização, como é o caso do tráfico de drogas, tema que merece análise em tópico próprio.

V. Soluções penais consensuais e crimes hediondos ou equiparados – o caso do tráfico de drogas

De acordo com o art. 5º, XLIII, da Constituição, “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

A Carta Magna estabelece, portanto, uma obrigação ao legislador ordinário de criminalizar tais delitos e ainda impede que a eles se apliquem os institutos da fiança, da anistia e da graça (na qual se inclui o indulto, considerado uma graça coletiva), o que leva alguns autores a defender a incompatibilidade de oferecer benefícios de justiça penal consensual para investigados por crimes dessa natureza. A propósito:

Como já brevemente mencionado, há um núcleo duro imutável da Constituição: as chamadas cláusulas pétreas, dentre as quais, se encontram o imperativo, sob a forma de mandado de criminalização, para uma política mais rigorista para os denominados crimes hediondos e equiparados (art. 5º, inciso XLIII).

Neste aspecto, qualquer tentativa de proposta de ANPP, seja com futura alteração legislativa, seja vislumbrando uma hipótese de crime hediondo praticado sem violência ou grave ameaça, será flagrantemente inconstitucional.

O mesmo se diga, por coerência, aos crimes contra o Estado de Direito e os crimes imprescritíveis, destacando-se o crime de

racismo em todas as suas acepções. Nesse sentido, mais uma vez o poder constituinte originário explicitou que não haverá prazo para o exercício do poder de punir estatal, sendo completamente paradoxal e desproporcional uma proposta de ANPP para esses casos.

(ALMEIDA, Alexandre Rocha; BECHARA, Fábio Ramazzini. Acordo de não persecução penal e restrição das hipóteses de cabimento a partir dos mandados constitucionais de criminalização. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (coords.). *Justiça consensual: acordos criminais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 419-449)

Penso, todavia, que algumas considerações devem ser feitas a esse respeito, de modo a demonstrar a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de tráfico de drogas, objeto destes autos.

A primeira delas diz respeito ao que me parece um **equívoco de premissa**: mecanismos de justiça penal consensual, embora ofereçam resposta estatal alternativa menos severa, **não descriminalizam** condutas, razão pela qual não representam, por si sós, desprezo a mandados constitucionais de criminalização abstratamente considerados e não são com eles incompatíveis.

E digo "**abstratamente** considerados" porque mandados constitucionais de criminalização não são todos idênticos nem sujeitos ao mesmo regime jurídico. Exemplo claro disso é o disposto no art. 227, § 4º, da CF, segundo o qual "A lei punirá **severamente** o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente", imperativo bastante diverso do existente em relação a outros delitos cuja criminalização a Constituição determinou.

Situação similar ocorre com os crimes de preconceito de raça e de cor, aos quais, de acordo com recente decisão tomada por maioria pela Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, não se aplicaria o ANPP mesmo se preenchidos os requisitos do art. 28-A do CPP:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. OBSEVÂNCIA. NECESSIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TESE DEFENSIVA. INOVAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIME RACIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

INAPLICABILIDADE. RECURSO ORDINÁRIO NÃO PROVIDO.

1. A construção e o efetivo alcance de uma sociedade fraternal, pluralista e sem preconceitos, tal como previsto no preâmbulo da Constituição Federal, perpassa, inequivocamente, pela ruptura com a práxis de uma sociedade calcada no constante exercício da dominação e desrespeito à dignidade da pessoa humana.
2. A promoção do bem de todos, aliás, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no art. 3º da Constituição Federal de 1988.
3. Assim, a delimitação do alcance material para a aplicação do acordo “despenalizador” e a inibição da *persecutio criminis* exige conformidade com o texto Constitucional e com os compromissos assumidos pelo Estado brasileiro internacionalmente, como limite necessário para a preservação do direito fundamental à não discriminação e à não submissão à tortura – seja ela psicológica ou física, ao tratamento desumano ou degradante, operada pelo conjunto de sentidos estereotipados que circula e que atribui tanto às mulheres quanto às pessoas negras posição inferior, numa perversa hierarquia de humanidades.
4. Considerada, pois, a teleologia da excepcionalidade imposta na norma e a natureza do bem jurídico a que se busca tutelar, tal como os casos previstos no inciso IV do art. 28 do CPP, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não abarca os crimes raciais, assim também compreendidos aqueles previstos no art. 140, § 3º, do Código Penal (HC 154248).
5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido.
(RHC n. 222.599/SC, Rel. Ministro Edson Fachin, 2ª T., DJe 23/3/2023)

Deveras, a despeito da discussão sobre o mérito da referida decisão, que versa sobre crime distinto do tratado nestes autos, é evidente a diferença de tratamento que o constituinte atribuiu aos crimes raciais, mesmo em comparação com os delitos hediondos e equiparados.

Basta notar, para isso, que a eliminação de todas as formas de preconceito e discriminação foi elevada à categoria de **objetivo fundamental da República Federativa do Brasil** (art. 3º, IV, da CF) e, ainda, especialmente no que concerne ao combate contra o racismo, também figura como **princípio reitor das relações internacionais do país** (art. 4º, VIII, da CF). Isso sem contar que há imposição expressa no texto constitucional de que, além de inafiançável e imprescritível, o crime de racismo esteja sujeito obrigatoriamente à pena de

reclusão (art. 5º, XLII, da CF).

Tais disposições constitucionais revelam, com clareza, que os mandados de criminalização estão disciplinados de maneiras díspares e não podem ser tratados indistintamente, sem atenção às peculiaridades da disciplina normativa que rege cada um deles.

Isso tem implicações relevantes sobretudo no crime de tráfico de drogas, em que o Ministério Público frequentemente se recusa a oferecer acordo de não persecução penal ao investigado sob os argumentos de que se trata de crime equiparado a hediondo e cuja pena mínima é superior a 4 anos de reclusão.

Quanto à natureza abstrata do delito, reitero, de início, que o regime jurídico constitucional que determina a criminalização do tráfico de drogas é consideravelmente diverso do que rege outros tipos penais e não impede a adoção de soluções consensuais. Faço lembrar, por oportuno, que a invocação da gravidade abstrata e da hediondez do crime de tráfico de drogas vem sendo rechaçada pelos tribunais superiores como fundamento para a adoção de diversas medidas prejudiciais ao acusado, tais como a vedação à liberdade provisória, a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a imposição de regime inicial obrigatoriamente fechado. Mesmo a impossibilidade de concessão de fiança não tem impedido que a liberdade seja concedida sem a imposição dessa cautela.

Vale destacar, ademais, que, conforme bem lembram Leonardo Schmitt de Bem e Viviane de Aquino de Bem, **a princípio constava no PL n. 10.372/2018 a proibição de cabimento de ANPP nos crimes hediondos e equiparados**, nos crimes praticados por funcionário público contra a administração pública e nos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores, **mas essas restrições foram intencionalmente retiradas durante a tramitação legislativa e restou apenas aquela relativa aos crimes que envolvam a Lei n. 11.340/2006** (DE BEM, Leonardo Schmitt; DE BEM, Viviane de Aquino. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. In: DE BEM, Leonardo

Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*. 3 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, p. 73-114, 2022).

Assim, não cabe ao Ministério Público nem ao Poder Judiciário, salvo excepcionalmente em caso de inconstitucionalidade – como, por exemplo, reconheceu a Segunda Turma do STF em relação aos crimes raciais –, deixar de aplicar mecanismos consensuais legalmente previstos em favor do averiguado com base, apenas, na natureza abstrata do delito ou em seu caráter hediondo. Isso significaria criar, em prejuízo do investigado, novas vedações não previstas pelo legislador, o qual já fez a escolha das infrações incompatíveis com a formalização de acordo.

O crime de tráfico de drogas guarda, ainda, outra peculiaridade que o distingue substancialmente dos demais crimes hediondos, equiparados ou sujeitos a mandados constitucionais de criminalização: **a modalidade privilegiada contida no art. 33, § 4º**, da Lei n. 11.343/2006 tem o potencial de **reduzir a pena mínima abaixo de 4 anos de reclusão**, o que permite a aplicação do ANPP, segundo o art. 28-A, § 1º, do CPP, e ainda **afasta a natureza hedionda do delito**, conforme previsão legal do art. 112, § 5º, da Lei de Execução Penal e entendimento pacífico dos tribunais superiores (ilustrativamente: **HC n. 118.533/MS**, Rel. Ministra **Carmen Lúcia**, Tribunal Pleno, DJe 19/9/2016; **Pet n. 11.796/DF**, Rel. Ministra **Maria Thereza de Assis Moura**, 3ª S., DJe 29/11/2016).

Por isso, mesmo para os que consideram ser incabível a oferta de ferramentas negociais em crimes hediondos ou equiparados, isso não se aplicaria ao tráfico privilegiado, **conforme já decidiu a própria Segunda Turma do STF**, ao afirmar haver “**plausibilidade jurídica na tese da defesa pelo cabimento do ANPP, se era potencialmente aplicável ao caso concreto a minorante de tráfico privilegiado**” (**HC n. 194.677/SP**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 13/8/2021, destaquei).

Nada impede, portanto, ao menos em abstrato, a aplicação de acordo de não persecução penal no crime de tráfico de drogas, o que não se altera pelo fato de



a referida causa de diminuição ter frações variáveis e só ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena, pois não retira do Ministério Público o dever de analisar o seu potencial cabimento já no momento de oferecer denúncia, a teor do art. 28-A, § 1º, do CPP: “Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, **serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto**” (destaquei). Por se tratar o ANPP de instituto balizado pela pena mínima cominada ao delito, **devem-se considerar as causas de diminuição aplicáveis na maior fração abstratamente possível** para verificar se o referido requisito legal é preenchido.

Em sentido análogo:

[...]

3. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.095/1995, requer que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 1 ano. O delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, prevê sanção que varia de 2 a 5 anos de reclusão. Em sua forma consumada, portanto, é inviável a concessão do benefício.

4. **Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano.**

[...]

(HC n. 505.156/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 21/10/2019, grifei)

Não se pode esquecer, por fim, que **o crime de tráfico de drogas é responsável pelo encarceramento de mais de 30% dos homens e mais de 50% das mulheres no Brasil, de modo que seria um contrassenso e uma frustração do seu potencial obstar – de antemão – a aplicação desse importante instituto despenalizador justamente para essa espécie delitiva** (dados disponíveis em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/2023/08/01/37percent-dos-homens-e-53percent-das-mulheres-presas-em-sp-respondem-por-traffic-stf-retoma-julgamento-que-pode-impactar-penas.ghtml>. Acesso em: set/2024).

À vista dessas considerações, a negativa de oferecimento de mecanismo

de justiça negocial, por não ser necessário e suficiente à reprovação e à prevenção do crime, deve sempre se fundar em elementos **concretos** do caso fático, os quais indiquem **exacerbada gravidade concreta** da conduta em tese praticada.

E tal exigência não se satisfaz, frise-se, com a simples menção a qualquer circunstância judicial desfavorável, porquanto a existência de alguma gravidade concreta pode ser inicialmente contornada com reforço e incremento das condições a serem fixadas para o acordo e não justifica, de forma automática, sob a perspectiva do princípio da intervenção mínima – que confere natureza subsidiária à ação penal –, a recusa à solução alternativa. E cabe ao Judiciário, diante de negativa injustificada ou ilegalmente motivada, efetuar o controle de idoneidade dos fundamentos apresentados pelo Ministério Público, nos termos a seguir expostos.

VI. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal

Coube ao trabalho pioneiro de Ada Pellegrini Grinover transplantar para o processo penal, com alguma adaptação, é claro, o estudo das **condições da ação**, categoria jurídica a princípio concebida por Enrico Tullio Liebman para o processo civil (GRINOVER, Ada Pellegrini. *As condições da ação penal* (uma tentativa de revisão). São Paulo: Jorge Bushatsky, 1977).

Dentre as condições da ação – possibilidade jurídica do pedido, legitimidade de partes e **interesse de agir** – importa aqui tratar do interesse de agir; e, dentro dele – subdividido em interesse-adequação, **interesse-necessidade e interesse-utilidade** –, cumpre examinar as duas últimas modalidades.

Se, no passado, a necessidade da ação penal condenatória foi por muito tempo considerada pressuposta, porque era só por meio dela que se podia impor alguma resposta estatal à prática de um delito, o advento dos mecanismos de justiça penal consensual fez com que surgisse uma via preferencial a ser esgotada antes de se passar à solução impositiva do caso penal.

É necessário lembrar, a propósito, que, sob a égide do princípio da intervenção mínima, a ação penal tem natureza sempre subsidiária e o direito penal é “a última dentre todas as medidas protetoras que devem ser consideradas, é dizer que somente pode intervir quando falhem outros meios de solução social do problema”, razão pela qual “se denomina a pena como a ‘*ultima ratio* da política social’ e se define a sua missão como proteção *subsidiária* de bens jurídicos” (ROXIN, Claus. *Derecho Penal* – parte general. Madrid: Civitas, 1997, p. 65-66, traduzi).

Para Roxin, a intervenção mínima decorre do **princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição do excesso**, o qual é violado se “o Estado lança mão da afiada espada do Direito penal quando outras medidas de política social possam proteger igualmente ou até com mais eficácia um determinado bem jurídico” (op. cit., p. 65-66).

Retoma-se, nesse ponto, a premissa firmada no item II deste voto, segundo a qual as ferramentas de barganha no processo penal têm um **aspecto bifronte** e se prestam tanto a otimizar o sistema de justiça criminal quanto a reduzir os custos emocionais e sociais, para o réu, do processo e da pena.

Não se pode, portanto, inaugurar a via conflitiva da ação penal condenatória sem nem sequer tentar, anteriormente, uma solução consensual mais branda (prevista em lei), o que “não implica dizer que os acordos devam ser sempre concretizados. **A obrigatoriedade é aqui afirmada em termos de rito de passagem com a exposição fundamentada das razões de sua não realização**” (ZILLI, Marcos. Justiça disputada e a justiça consensual. Os modos de solução do conflito penal. Enredos e intersecções. Proposta de tipologia. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro (coords.). *Justiça consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, p. 27-60, 2022, grifei).

Falta, nesse caso, interesse de agir, na modalidade necessidade, para a deflagração da ação penal, a qual, à vista do cabimento de um mecanismo

consensual, ainda não seria necessária, pois “o interesse processual para a ação penal condenatória da criminalidade de potencial ofensivo diminuto somente se perfaz quando superadas as vias alternativas” (ZILLI, Marcos. O povo contra...As condições da ação penal condenatória. Velhos problemas. Novas ideias. *Cadernos Jurídicos. Direito Processual Penal*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, n. 44, p.147-162, jul.-set. 2016).

É o que também defendem outros renomados processualistas penais. Maurício Zanoide de Moraes, por exemplo, afirma que “a ação carecerá de interesse de agir (interesse-necessidade) quando às partes controversistas não for proporcionada a oportunidade de buscarem o consenso pré-processual”, o qual consiste em “estágio anterior obrigatório pelo qual deverão os operadores do direito passar antes de se falar em propositura da ação penal” (MORAES, Maurício Zanoide de. *Interesse e Legitimação para recorrer no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: RT, 2000, p. 82-83).

Maria Lúcia Karam, em igual sentido, sustenta, em relação à transação penal, que “a **recusa infundada** do Ministério Público, autor da ação penal condenatória, em obedecer às regras do art. 76 nada mais é do que um **exercício ilegítimo do direito de ação**, a reclamar a solução legal e tradicionalmente prevista para uma tal hipótese” (KARAM, Maria Lúcia. *Juizados Especiais Criminais. A concretização antecipada do poder de punir*. São Paulo: RT, 2004, p. 93-94, grifei).

Essa posição é acompanhada por Gustavo Badaró, para quem, “se o autor do fato preenche os requisitos para a transação penal e, sem prévia tentativa de tal ato compositivo, o Ministério Público oferece a denúncia, não haverá necessidade da ação penal, posto que ainda é possível a solução consensual” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. As condições da ação penal. *In: ZUFELATO, Camilo; YARSHELL, Flávio Luiz (Org.). 40 anos da Teoria Geral do Processo no Brasil: passado, presente e futuro*. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 171-198). Para o professor da Universidade de São Paulo, “[s]ó é cabível a denúncia se, **previamente**, a proposta de acordo de não persecução penal for



rejeitada ou, justificadamente, conclua-se que não era o caso de sua formulação” (BADARÓ, Gustavo H. *Processo Penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022, p. 194, grifei).

Em pioneiro julgado de relatoria do Juiz e Professor da USP Marcos Zilli, a 16ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, integrada na época pelo eminente Ministro Otávio Toledo (Desembargador Convocado do TJSP), expressou compreensão similar à que ora se propõe:

Recurso em sentido estrito. Tráfico ilícito de drogas. Rejeição da denúncia por falta de interesse de agir. Recusa na oferta de proposta de acordo de não persecução.

1. A ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro segue o padrão verificado em outros ordenamentos. É um movimento crescente, consistente e irreversível. Privilegiou-se por estas bandas a construção de caminhos alternativos de solução do conflito penal que não passam pela afirmação oficial da culpa. Expressam uma distensão do aparato punitivo cujos campos de incidência, forma e efeitos são indicados pelo legislador. A dinâmica assim posta é compatível com um ambiente de controle oficial sobre as políticas criminais e os seus canais de expressão.

2. Os modos de Justiça disputada e de Justiça consensual não são mundos estanques e isolados. Ao contrário, guardam interrelações e intersecções. Em realidade, os mecanismos de solução consensual incidem nas diferentes etapas da persecução, guardando, em algumas hipóteses, contornos de prejudicialidade.

3. Transação penal, suspensão condicional do processo e o acordo de não persecução penal são acordos de solução do conflito penal sem a afirmação de culpa. Assim sendo, mais do que despenalizar, os institutos evitam a estigmatização que decorre não só do processo, mas também da afirmação da culpa penal. Os institutos não refletem uma política de processo, mas sim, uma política criminal.

4. O processo não é apenas um locus construído para o embate de posições antagônicas sob o olhar passivo do julgador. É, também, campo de realização das políticas criminais. Nesse cenário, o uso do modo de justiça consensual não é opção fundada no absoluto poder dispositivo das partes. Em realidade, é antecedente lógico e necessário do uso do modo disputado de justiça. É por isso que os requisitos são indicados em lei. Em casos que tais, a observância da etapa consensual é obrigatória. Mais do que isto, a recusa injustificada ao uso dos meios consensuais - despenalizadores e não estigmatizantes - deve ser alvo de controle judicial.

5. A lógica informadora do acordo de não persecução retoma a energia inspiradora da primeira onda consensual verificada no sistema processual brasileiro e que foi dada com a promulgação da Lei 9.099/95: despenalização e aprimoramento do aparato persecutório. A possibilidade de encerramento do conflito penal,

sem afirmação de culpa, indica um enfrentamento mais brando do ilícito penal.

6. Recusas infundadas ou desarrazoadas comportam correção não se podendo retirar do Judiciário o exame sobre a lesão ou ameaça de lesão, mormente quando esta envolver a liberdade. Não se concebe que o Ministério Público, como ator igualmente responsável pela concretização de políticas criminais, não apresente justificativa para a recusa do uso da via consensual ou que apresente justificativa não amparada pela própria lei.

7. Não haverá interesse de agir necessidade - no uso da via disputada, enquanto não esgotada a possibilidade do uso da via consensual. Logo, o interesse de agir do órgão acusador na promoção da ação penal vincula-se, igualmente, ao esgotamento do interesse primário do Estado no uso da justiça consensual. Nessa quadratura, o controle judicial posta-se como impedimento ao exercício da ação penal, seja pela via da rejeição liminar (art. 395 do CPP), seja pela via do trancamento da ação penal, reconhecendo-se, dessa forma, o constrangimento ilegal pela inobservância das políticas criminais de harmonização dos espaços de intersecção entre o modo consensual e o modo disputado de realização de justiça.

8. Hipótese em que o réu confessou, circunstancialmente, a prática delituosa. Réu que é primário e sem o registro de antecedentes criminais. Não indicação, na denúncia, de envolvimento do réu em atividades ilícitas ou em organizações criminosas. Quantidade de drogas pequena. Substância entorpecente de pequena nocividade. Elementos que apontam para o alto grau de probabilidade de incidência da figura privilegiada com o conseqüente afastamento do caráter hediondo.

9. Na delimitação da política de enfrentamento de drogas, o legislador distinguiu a figura do tráfico em sua forma fundamental e o tráfico privilegiado. Os regimes punitivos são sensivelmente diversos. Cabe a todos os agentes persecutórios sensibilidade para com os padrões estabelecidos em lei e sobre os quais não há margem de apreciação. Afinal, os elementos de configuração do tráfico privilegiado são objetivos (primariedade, ausência de antecedentes e não envolvimento em atividades ilícitas ou em organizações criminosas). Quando há falha no cumprimento da lei e sobretudo de cumprimento de políticas criminais explicitadas em lei, resta ao Judiciário assegurar a tutela da liberdade.

10. Recurso conhecido e improvido.

(RESE n. 0000781-42.2021.8.26.0695, Rel. Marcos Alexandre Coelho Zilli, 16ª Câmara de Direito Criminal, DJe 26/11/2021)

Deve-se lembrar, ademais, que o novo Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente em sua principiologia – quando compatível – ao processo penal, por força do art. 3º do CPP, instituiu verdadeira **política pública de solução consensual prioritária dos conflitos**, conforme se depreende do art.

3º, § 2º, do CPC, pelo qual “O Estado **promoverá, sempre que possível, a solução consensual** dos conflitos”, complementado pelo § 3º do mesmo artigo: “A conciliação, a mediação e outros métodos de **solução consensual** de conflitos **deverão ser estimulados** por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial” (destaquei).

Além da ausência de necessidade, o ajuizamento de denúncia sem justificativa concreta e idônea quanto ao não cabimento de ANPP pode esbarrar, ainda, na falta de **interesse-utilidade** para a ação penal.

Eventualmente, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, pode acabar incorrendo em **excesso de acusação**, ora em relação à gravidade da capitulação, ora em relação à quantidade de fatos imputados. Essa prática, nos Estados Unidos, é chamada de *overcharging* e frequentemente faz com que o investigado opte por um acordo de *plea bargain* como meio de evitar o risco de um processo penal mais severo. A propósito:

Se o único ato criminoso do denunciado se enquadra em várias categorias de crimes, o promotor acusá-lo-á do crime mais grave aplicável, sabendo que o crime pelo qual pode realisticamente esperar uma condenação é um "crime menor" aí incluído. Do mesmo modo, se a atividade criminosa do acusado for tecnicamente separável em uma série de crimes idênticos, o promotor acusá-lo-á de várias imputações do mesmo crime. Ao acusar o indivíduo no limite estatutário da sua responsabilidade, o promotor consegue gerar incentivos para o acordo de confissão. Esta técnica, frequentemente designada por "*overcharging*", permite que o procurador negocie várias imputações da sua acusação ou aceite uma confissão da infração menos grave imputada sem correr o risco de uma absolvição.

(Restructuring the Plea Bargain.” *The Yale Law Journal*, v. 82, n. 2, 1972, pp. 286-312, traduzi)

Considera-se “*overcharging horizontal*” a prática de “multiplicar ‘irrazoavelmente’ o número de acusações contra o réu”, isto é, o número crimes imputados a ele, ao passo que recebe o nome de “*overcharging vertical*” o expediente de “imputar um único crime em um nível mais grave do que as circunstâncias do caso parecem amparar” (ALSCHULER, Albert W. The Prosecutor’s Role in Plea Bargaining. *The University of Chicago Law Review*, v.

Como já identificou o Ministro **Gilmar Mendes** no julgamento do **HC n. 161.021/RJ**, “inúmeros casos demonstram o uso de táticas de *overcharging*, por meio da qual se busca agregar fatos, crimes e fundamentos claramente desvinculados do objeto do processo ou das provas dos autos para fins de obtenção de uma vantagem processual indevida (Sobre o *overcharging*, Cf.: FREEDMAN, Monroe H. The Professional Responsibility of the Prosecuting Attorney. *The Georgetown Law Journal*. V. 55. 1967. p. 1.035 e ss)” (**HC n. 161.021/RJ**, Rel. Ministro **Gilmar Mendes**, 2ª T., DJe 3/5/2022).

No Brasil, onde há limites legais – relativos à quantidade da reprimenda – para a incidência do instituto despenalizador, nota-se a ocorrência de fenômeno similar, mas por vezes invertido, que se poderia chamar de “*overcharging às avessas*”: a acusação excessiva não leva o imputado a aceitar um acordo, mas sim a deixar de fazer jus a um possível acordo.

Isso faz com que, frequentemente, na sentença, o julgador desclassifique a conduta para um tipo penal menos grave ou julgue apenas parcialmente procedente a pretensão punitiva. Nessas hipóteses, em razão da nova capitulação, passa a ser cabível o oferecimento de benefícios antes incompatíveis com os termos da denúncia, razão pela qual este Superior Tribunal editou o Enunciado n. 337 de sua Súmula: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

Embora nominalmente mencione apenas a suspensão condicional do processo, o referido enunciado também vem sendo aplicado, por analogia, à transação penal (por exemplo, **HC n. 163.228/SP**, Rel. Ministro **Jorge Mussi**, 5ª T., DJe 30/5/2011) e ao **acordo de não persecução penal (AgRg no REsp n. 2.016.905/SP**, Rel. Ministro **Messod Azulay Neto**, 5ª T., DJe 14/4/2023), **inclusive no tráfico de drogas:**

[...]

6. No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível



aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos.

7. A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena.

8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP, mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (*overcharging*) não deve prejudicar o acusado.

[...]

(HC n. 822.947/GO, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 30/6/2023, grifei)

Nesses casos, todo o aparato judicial é mobilizado, com dispêndio financeiro, temporal e emocional de diversos atores do sistema de justiça criminal – inclusive vítima e testemunhas –, para que, ao final, seja aplicada uma solução muitas vezes já cabível desde o início.

Isso representa não apenas um desprestígio ao princípio da eficiência processual (art. 37, *caput*, da CF e art. 8º do CPC) e a imposição de um sofrimento evitável ao acusado, mas também expõe a **falta de utilidade** da pretensão condenatória inicialmente veiculada na denúncia. É dizer, se era possível projetar desde o início, em um juízo de probabilidade, o cabimento de um mecanismo de justiça penal consensual, **a ação penal condenatória carecia de interesse-utilidade**, porque o provimento jurisdicional buscado pelo Ministério Público não tinha o condão de trazer a ele o proveito pretendido.

Não por outro motivo, este Superior Tribunal admite a **correção da capitulação** feita pelo Ministério Público na denúncia, quanto puder implicar alteração da competência absoluta, do procedimento **ou permitir a aplicação de institutos processuais favoráveis ao acusado**, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo e o **acordo de não persecução penal**. Ilustrativamente:

[...]

1. Como regra, a *emendatio libelli* deve ser realizada na sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal. **Entretanto, em casos específicos, nos quais a classificação do delito possa ensejar repercussões imediatas ao acusado, admite-se a antecipação desse juízo, a fim de que sejam observadas regras de competência absoluta e de procedimento, bem como para que possam ser aplicados institutos processuais favoráveis à defesa (v.g transação penal e o sursis processual). Precedentes.**

[...] 4. Ordem concedida.

(HC n. 541.994/RN, Rel. Ministro Antonio Saldanha Palheiro, 6ª T., DJe 12/5/2021, grifei)

Não se trata, como poderiam refutar alguns, de exercício de futurologia, mas apenas de realizar, **além de um diagnóstico retrospectivo** sobre os elementos de informações colhidos no inquérito, **um devido prognóstico** quanto à viabilidade de que os elementos probatórios elencados pelo Ministério Público na denúncia permitam que, ao final da instrução processual, seja possível a condenação nos termos da acusação.

Isso se justifica pelo fato de que, muitas vezes, conquanto a investigação haja angariado elementos informativos suficientes para demonstrar a probabilidade do cometimento de um delito – o que, a princípio, autorizaria o oferecimento da denúncia –, não se observa nenhuma prova a ser produzida em juízo – além da mera repetição dos referidos elementos de informação – que seja apta a robustecer o acervo probatório a ponto de permitir, ao final, um decreto condenatório integral. Nessas situações, **o exercício de uma ação penal nitidamente fadada ao insucesso só se presta a abarrotar, ainda mais, os escaninhos do sistema de justiça criminal, além de causar indevido e alongado constrangimento ao imputado.**

Gustavo Badaró, a respeito, ensina que:

Tradicionalmente, a justa causa é analisada apenas sob a ótica retrospectiva, voltada para o passado, com vista a quais elementos de informação foram obtidos na investigação preliminar já realizada. **Outro ponto de vista a partir do qual a justa causa também deve ser considerada sob uma ótica prospectiva. É preciso olhar para o futuro, com vista a instrução que irá ser realizada, e prognosticar se há viabilidade de algum incremento probatório que possa levar ao fortalecimento do estado de simples probabilidade em que o julgador se encontra quando do recebimento da denúncia. Isso porque, se os elementos do inquérito policial ou de outra forma de investigação preliminar demonstrarem apenas a probabilidade de que o réu seja o seu autor – ou mesmo a probabilidade do crime, para os quais se contentam com esse nível de prova para a admissibilidade da acusação – mas o exame das fontes de provas disponíveis colhidas na investigação já está esgotado e, não há nada a indicar que poderá haver o incremento do material cognitivo ao longo da instrução, não há sentido receber a denúncia com o posterior desenvolvimento da instrução para, ao final, com base no *in dubio pro reo*, absolver o acusado.**

(BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021, p. 215)

Luís Henrique Machado, com suporte no direito alemão, igualmente conclui quanto à necessidade de que o *Parquet* faça um juízo de **diagnose** e um de **prognose** ao analisar os autos do inquérito no momento de oferecer a denúncia. *In verbis*:

Socorrendo-se novamente ao direito comparado, em particular ao da Alemanha, que neste ponto do processo se assemelha de certa forma ao brasileiro, a promotoria, ao avaliar o cabimento da denúncia, segundo o § 170 do Código de Processo Penal (StPO), **deve considerar, a partir do momento em que o “Processo de Investigação” (*Ermittlungsverfahren*) estiver concluído, a realização da “prognose” (Prognose) investigativa, isto é, se e em que medida a culpa do acusado pode ser reconhecida no decurso do processo e, em caso afirmativo, se uma condenação é mais provável do que uma absolvição após a audiência de instrução.**

A avaliação neutra do fato e das provas produzidas – verificando com isenção o grau de culpabilidade do acusado, mesmo que em sede de juízo de probabilidade – **é o exercício prognóstico a ser realizado, sem perder de vista que o processo deve ser marcado pela efetividade, devendo buscar, ao fim, um resultado útil.**

Nesse ponto, **observa-se, na prática, a existência de processos que já exauririam todas as possibilidades investigativas, em que as provas, nitidamente frágeis, tão somente seriam repetidas em juízo, de modo que é possível projetar de antemão que a condenação – dentro de um futuro juízo de certeza em sede de sentença – seria remota ou praticamente inexistente.**

[...]

Portanto, ainda que a jurisprudência pátria estabeleça tão somente como requisito de admissibilidade da denúncia indícios mínimos de autoria e de materialidade, mister se faz a realização de um juízo de prognose calculado e, sobretudo, responsável. Algo que, em essência, **não está adstrito somente ao órgão persecutório, mas também ao magistrado no momento em que se analisa o recebimento da denúncia.** Nesse passo, **não se deve tolerar a admissão de iniciais que se sabe *ex ante* que o deslinde natural do processo será a absolvição. Denúncias sem a real potencialidade de condenação, quando recebidas, só têm o condão de constranger (ilegalmente) o acusado, de sorte que um juízo cognitivo e prospectivo criterioso pode evitar, inquestionavelmente, a propositura de ações penais estéreis.**

(MACHADO, Luís Henrique. A fase de recebimento da denúncia – críticas e perspectivas. *In*: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Org.). *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. v. 2. São Paulo: Thomson Reuters, 2021, p. 403-421, destaquei)

Transportando o raciocínio ao problema que ora se examina, situação similar se constata nos casos que envolvem o crime de tráfico de drogas, em que o Ministério Público deixa de oferecer acordo de não persecução penal sob o argumento simplório de que se trata de crime hediondo com pena mínima superior a 4 anos, sem analisar o potencial cabimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas.

Ora, como pontua Ademar Borges Filho – com base em pesquisa realizada pelo Ipea em parceria com o Ministério da Justiça entre 2011 e 2013 –, a atividade policial brasileira se baseia fundamentalmente na **gestão burocrática da prisão em flagrante** (BORGES DE SOUSA FILHO, Ademar. *O controle de constitucionalidade de leis penais no Brasil*. Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 47), razão pela qual normalmente **o que se produz na instrução é mera repetição** (muitas vezes até literal) **do que se produziu no inquérito**, o qual, por sua vez, em geral se resume ao depoimento idêntico de dois policiais militares.

Na expressiva maioria dos casos, portanto, não há razão para afirmar que é somente na instrução que se poderá analisar o cabimento da minorante do tráfico privilegiado, pois **nada de novo costuma ser produzido nessa etapa processual** (a propósito, pesquisa de 2011 apontou que cerca de 74% das prisões por tráfico de drogas em São Paulo baseavam-se apenas na palavra dos policiais que a efetuaram – JESUS, Maria Gorete Marques *et al.* *Prisão Provisória e Lei de Drogas* – Um estudo sobre os flagrantes de tráfico de drogas na cidade de São Paulo. São Paulo: Núcleo de Estudos da Violência, 2011).

Assim, **para oferecer denúncia, o Ministério Público deve justificar de maneira concreta e idônea o não cabimento do acordo de não persecução penal**; isso, no caso do tráfico de drogas, significa demonstrar, em juízo de probabilidade, com base nos elementos do inquérito e naquilo que se projeta para produzir na instrução, que o investigado não merecerá a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 ou, pelo menos, que, mesmo se a merecer, a gravidade concreta do delito é tamanha que o acordo não é “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Caso contrário, a recusa injustificada ou ilegalmente motivada do *Parquet* em oferecer o acordo deve levar à **rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal, nas modalidades necessidade e utilidade (art. 395, II, do CPP)**. Deveras, conforme já assentou esta Corte em outra oportunidade, “o **não oferecimento** tempestivo do ANPP **desacompanhado de motivação idônea** constitui nulidade absoluta”, de modo que, “Presentes os requisitos para a propositura do ANPP, bem como ausentes as razões pelas quais essa não ocorreu, a denúncia não poderia ter sido ofertada e muito menos recebida” (AgRg no HC n. 762.049/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, 6ª T., DJe 17/3/2023, destaquei).

Não altera essa conclusão o fato de o art. 28, § 14, do CPP estabelecer 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 art. 28 deste Código”. Com efeito, **se o acusado faz jus a**

uma manifestação idoneamente fundamentada do *Parquet*, não há como afastar o controle judicial de legalidade dessa manifestação (art. 5º, XXXV, CF), ainda que também submetida a revisão *interna corporis* do Ministério Público.

Ora, "se o magistrado pode controlar até mesmo o conteúdo do acordo, rechaçando a proposta do Ministério Público quando abusivas as condições (art. 28-A, § 5º, CPP) – a revelar que a autonomia da vontade das partes não é absoluta –, seria incoerente que não pudesse atuar na hipótese em que a abusividade consistisse na própria recusa em propor o acordo" (HALAH, Leonardo Issa. *op. cit.* ., 2023). **Não se trata de substituir a atuação do Ministério Público nem de obrigá-lo a formular a proposta**, mas apenas de rejeitar a denúncia pela ausência de interesse de agir – condição da ação penal –, nos termos do art. 395, II, do CPP, postura que se insere na esfera de atuação do Poder Judiciário.

É diferente a hipótese prevista no art. 28, *caput*, do CPP, em que cabe ao Ministério Público a última palavra sobre o não oferecimento da denúncia. Quando a denúncia deixa de ser oferecida, não há prejuízo ao investigado e não cabe ao magistrado, em violação do sistema acusatório, determinar o ajuizamento da ação penal contra a manifestação de seu titular. Já na hipótese de recusa em propor o ANPP, porém, ocorre justamente o oposto: a denúncia é ajuizada e passa a repercutir negativamente sobre o acusado, de modo que é dever do magistrado garantir que isso não se dê de forma ilegal.

VII. O caso dos autos

O réu foi denunciado pela prática do crime previsto no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, nos seguintes termos (fls. 112-113, destaquei):

Consta dos autos do incluso inquérito policial que, no dia 17 de maio de 2021, por volta das 07h05min, durante a pandemia do COVID-19, na Rua Carlo Maderna, altura do número 250, Cidade Líder, nesta cidade e Comarca, ISAQUE ISAIAS RODRIGUES, qualificado a fl. 18, trazia consigo, para fins de tráfico e entrega a consumo de terceiros, 40 (quarenta) porções de tetrahidrocannabinol, popularmente conhecido como **maconha, com peso líquido de 98,6g** (noventa e oito gramas e seis decigramas), e 34 (trinta e quatro) porções de **cocaína, com peso**

líquido de 16,8g (dezesseis gramas e oito decigramas), substâncias consideradas drogas, que causam dependência física e psíquica, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar (auto de exibição e apreensão a fls. 22/23 e laudo de constatação a fls. 25/28).

Conforme se apurou, no dia dos fatos, o denunciado encontrava-se no local acima apontado, em poder de drogas para fins de tráfico e entrega a consumo de terceiros.

Apurou-se também que policiais militares em patrulhamento avistaram o denunciado em atitude suspeita, sendo que ele, ao notar a presença da guarnição, passou a correr.

Ato contínuo, os policiais lograram êxito em apreender o denunciado e localizaram, em um bolsa de sua propriedade, 40 porções de maconha e 34 porções de cocaína, além da quantia de R\$ 161,00 (cento e sessenta e um reais) no bolso da sua calça.

Aos policiais, o denunciado confessou a prática da traficância e foi conduzido ao distrito policial.

Formalmente ouvido, o denunciado optou por permanecer silente (fl.18).

Pelas circunstâncias da prisão, da quantidade e variedade da droga, sua forma de acondicionamento e da confissão do denunciado aos policiais, evidencia-se que os entorpecentes se destinavam ao consumo por terceiros.

Na ocasião, o Ministério Público **recusou-se** a oferecer acordo de não persecução penal (ANPP) ao acusado, sob o fundamento de que: “Deixa-se de oferecer acordo de não persecução penal (ANPP, art. 28-A, CPP), **por conta da enorme gravidade envolvida no crime hediondo de tráfico de drogas** (arts. 33, *caput*, Lei 11.343/2006 e 2º, Lei 8.072/1990)” (fl. 111, destaquei).

O Juízo singular, em vez de notificar o réu para apresentar defesa prévia, nos termos do art. 55 da Lei n. 11.343/2006, **recebeu prontamente a denúncia, determinou a sua citação** para apresentar resposta à acusação em 10 dias e, **no mesmo ato, já designou audiência de instrução** (fls. 119-120).

Na **primeira oportunidade** que teve para se manifestar nos autos, a qual coincidiu com a audiência, **a defesa impugnou a inidoneidade da fundamentação do Ministério Público e requereu a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça**, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP, para reanálise da negativa ministerial em oferecer o ANPP (fl. 156, grifei):

Protesto pela inocência do réu. Defesa ao final. Arrolo as mesmas testemunhas da acusação, sem prejuízo de eventual substituição.

Outrossim, diante da manifestação ministerial de fls. 111, item 4, tendo em vista que o único motivo para o não oferecimento de ANPP foi a gravidade abstrata do delito e sua equiparação aos crimes hediondos, tendo em vista que as circunstâncias do caso deixam antever que se trata de tráfico privilegiado, requer-se que V. Exa. determine a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, nos termos do artigo 28-A do CPP, parágrafo 14, do CPP.

O Magistrado de primeiro grau, porém, **recusou a remessa**, com os fundamentos a seguir (fl. 157):

Afasto o envio dos autos ao Excelentíssimo Procurador-Geral de Justiça, uma vez que o delito em tese praticado envolveu a apreensão de dois tipos de drogas (variedade, dezenas de porções) e de dinheiro (dano concreto à saúde pública), sendo conduta que deixa em polvorosa a nossa comunidade. O acordo de não persecução penal não se destina a esse tipo de ilicitude, causadora de maléfico impacto social.

Em alegações finais, **o próprio Ministério Público pediu a aplicação da minorante** prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (fl. 158), o que **foi acolhido pelo Juiz de direito na sentença**, da seguinte forma: “Sendo o réu primário (páginas 42 e 44) e, pelo que consta, não integrante de organização criminosa, **incide a causa de diminuição do artigo 33, parágrafo quarto da Lei Federal 11.343/06 no piso legal máximo de dois terços (2/3)**. Total da pena corporal: um ano e oito meses de reclusão” (fl. 164, grifei).

Na apelação, a Corte estadual assim afastou a preliminar aventada pela defesa (fls. 220-223, destaquei):

Quanto à preliminar para que os autos fossem enviados à douta Procuradoria Geral de Justiça, nos termos do artigo 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, a fim de que fossem apreciados os requisitos e possibilidade de proposta de acordo de não persecução penal, fica afastada.

Cumprir destacar que o oferecimento de acordo de não persecução penal não consiste em direito subjetivo do investigado, mas sim de ato discricionário do Ministério Público, titular da ação penal pública. A revisão sobre o cabimento ou não de acordo de não persecução penal cabe exclusivamente ao Ministério Público. Trata-se de prerrogativa institucional, que não deve ser obliterada pelo Poder Judiciário.

[...]

O artigo 28-A, do Código Penal, com a redação dada pela citada Lei Federal 11964/2019, prevê a possibilidade de, não sendo caso de arquivamento (do inquérito policial), o Ministério Público oferecer acordo de não persecução penal ao investigado que tenha confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a quatro anos.

O crime de tráfico de drogas, pelo qual o réu foi denunciado, tem pena mínima de cinco anos de reclusão. A figura do “tráfico privilegiado”, decorrente da causa especial de redução de penas prevista no artigo 33, § quarto, da Lei Federal 11343/2006, não autoriza o acordo de não persecução penal.

Primeiro, porque não é crime autônomo. Segundo, porque não tem pena mínima preestabelecida. Terceiro, porque não é possível saber, antes do oferecimento da denúncia, se será ou não aplicada a redução pelo julgador. E quarto, não é possível saber, antes do oferecimento da denúncia, se a redução resultará em pena final menor que quatro anos. Percebe-se, então, que o “tráfico privilegiado” não parte de uma pena mínima, mas sim de uma pena final, o que também obsta o critério objetivo do acordo de não persecução penal.

Além disso, o artigo 28-A do Código Penal estabelece que o momento adequado para sua oferta é antes do oferecimento da denúncia.

O acordo de não persecução penal tem por fim obstar o oferecimento de denúncia e a potencial futura aplicação da pena, caso estejam presentes os pressupostos contidos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei Federal 13.964/19, mediante as condições ajustadas, cumulativa e alternativamente, previstas nos incisos do referido dispositivo.

[...]

Note-se que, no caso dos autos, recebida a denúncia, em primeiro de junho de 2021, e proferida a sentença condenatória, em 26 de julho de 2021, inviável, em tese, a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, nos termos do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

[...]

No caso dos autos, à luz da fundamentação desenvolvida nos itens anteriores, uma **miríade de ilegalidades** pode ser constatada.

De início, cumpre esclarecer que a defesa não pretende a aplicação retroativa do ANPP a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019.

A lei entrou em vigor em janeiro de 2020, mas o crime só veio a ser praticado em maio de 2021, e a denúncia foi recebida em junho de 2021.

O recebimento da denúncia, na verdade, só ocorreu por manifesta ilegalidade da recusa do Ministério Público em oferecer o acordo e da decisão judicial que aceitou a acusação sem nem sequer analisar a omissão do Ministério Público e, muito menos, notificar o réu para apresentar defesa prévia, a qual tem por objetivo justamente evitar o indevido recebimento da inicial acusatória (art. 55 da Lei de Drogas).

Por isso, a defesa – que, se houvesse sido seguido o rito adequado, poderia haver se manifestado quanto ao não oferecimento do ANPP antes do recebimento da denúncia –, só teve a oportunidade de fazê-lo na audiência de instrução e julgamento, quando então se insurgiu tão logo instalado o ato.

Soma-se a essa a nulidade a flagrante inidoneidade do fundamento usado pelo Ministério Público para deixar de oferecer o acordo, baseado tão somente na gravidade abstrata do delito de tráfico de drogas, conforme exaustivamente analisado nos tópicos anteriores deste voto.

Agrava a situação, ainda, o fato de que o Magistrado indeferiu até mesmo a remessa dos autos à instância revisora do Ministério Público, conforme obrigatoriamente determina o art. 28-A, § 14, do CPP, ressalvada apenas a hipótese ser evidente a ausência de requisito objetivo, o que não era o caso (ilustrativamente: **HC n. 668.520/SP**, Rel. Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**, 5ª T., DJe 16/8/2021).

E, a confirmar a patente ilegalidade em privar o acusado do ANPP, constata-se que a instrução – como sói acontecer – limitou-se a repetir as oitivas dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e, **em alegações finais, o próprio Ministério Público requereu a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, o que foi acolhido pelo Magistrado em sua fração máxima, sem recurso ministerial.**

Assim, diante de todas as ilegalidades mencionadas, mostra-se configurada a violação do art. 28-A, *caput* e § 14, do CPP, tanto pela inidoneidade da fundamentação usada pelo membro do Ministério Público para se recusar a



oferecer o acordo quanto pela ausência de remessa dos autos pelo Magistrado à instância revisora do *Parquet*.

VIII. Dispositivo

À vista do exposto, **dou provimento ao recurso especial** para anular o recebimento da denúncia e determinar a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, a fim de que reanalise a recusa em oferecer o acordo de não persecução ao recorrente.

