

JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: IMPORTÂNCIA DA PUBLICIDADE DAS DECISÕES INTERNAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA ANÁLISE DOS RISCOS E NA PREVENÇÃO DE ILÍCITOS

*CONSENSUAL CRIMINAL JUSTICE: THE
IMPORTANCE OF ADVERTISING OF THE
INTERNAL DECISIONS OF THE PUBLIC
PROSECUTOR'S OFFICE IN THE RISK AND
PREVENTION OF ILLEGAL ACTS ANALYSIS*

Teilor Santana da Silva¹

RESUMO: Com a entrada em vigor da chamada “Lei Anticrime” (Lei 13.964/2019), o Código de Processo Penal (CPP) passou a regulamentar a celebração de acordos de não persecução penal entre o Ministério Público e os investigados. Em caso de recusa, inclusive, a parte interessada tem a possibilidade de requerer a remessa do feito ao órgão superior do Parquet, a fim de que revise eventual incorreção da providência adotada. Nesse contexto, o objetivo deste trabalho consiste em demonstrar a necessidade e a importância de serem aprimorados e expandidos os mecanismos de publicação, seja por meio de enunciados, seja por meio de informativos, das decisões proferidas pelo órgão superior do Ministério Público, ao referendar (ou não) a conclusão do órgão de execução em primeiro grau. Para tanto, será utilizado o método de pesquisa dedutivo, mediante pesquisa bibliográfica em meio escrito e eletrônico, tais como livros, artigos científicos, páginas de websites, com o fim de angariar informações e conhecimentos preliminares acerca do problema. Ao fim, verifica-se que a publicidade interna e externa dos indigitados pronunciamentos, ao mesmo tempo em que garante transparência, auxilia na construção da política criminal institucional, bem como na análise de riscos pelas partes e na prevenção de novos ilícitos.

¹ Promotor de Justiça, membro do Ministério Público do Estado do Paraná (MPPR), atualmente em exercício na Promotoria de Justiça de Guaraniaçu. Mestrando em Direito – linha de pesquisa Compliance e Instituições (Univel), com estada de investigação no Instituto Jurídico da Universidade de Coimbra (IJ/UCILeR-Portugal). Pós-Graduado em Direito Processual Penal. Ex-servidor do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul (MPRS, Oficial do Ministério Público). Professor de Direito Penal, Prática Penal e Execução Penal na Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), na Escola da Magistratura do Estado do Paraná (EMAP), na Escola Superior do Ministério Público do Estado do Paraná (ESMPPR) e no Curso CEI. Coautor da obra “Mapeando o Edital – Ministério Público” (Editora Juspodivm, 2021). Autor de artigos publicados em periódicos especializados.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal. Ministério Público. Publicidade.

ABSTRACT: *As “Anticrime Law” (Law nº 13.964/2019) went into force, the Brazilian Code of Criminal Procedure started regulating the conclusion of agreements of non-criminal prosecution between the Public Prosecutor’s Office and the ones being investigated. In case of refusal, the interested party has the possibility of requiring referral of the case files to the Parquet superior legal body, aiming to revise possible inaccuracies in the measures taken. In this respect, the objective of this work consists of demonstrating the necessity and importance of improving and expanding the publication mechanisms of the decisions delivered by the highest office of the Public Prosecution Service through statements or newsletters whether by submitting the conclusion to referendum or not to first degree office. For this purpose, the deductive research method will be used, through bibliographic research in written and electronic means, such as books, scientific articles, webpages, aiming to collect information and preliminary knowledge regarding the problem. Finally, the internal and external publicity of the nominated statements, while guaranteeing transparency, as well as risk analysis by the parties and preventing new illegal acts.*

KEYWORDS: *Non criminal prosecution arrangement. Public Prosecutor’s Office. Publicity.*

1. INTRODUÇÃO

Por intermédio da Lei nº 13.964/2019, com o objetivo de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal, promoveram-se inúmeras alterações no Código Penal (CP), no Código de Processo Penal (CPP) e na legislação extravagante. E nesse cenário, portanto, que se encontra inserida a atual regulamentação do acordo de não persecução penal.

Diante de tais informações, o presente estudo abordará, inicialmente, a concepção tradicional de justiça e a justiça penal negociada, apresentando seus conceitos e diferenciação. Após isso, serão analisados os padrões de publicidade e a sua importância na análise dos riscos.

Por fim, depois de analisar todos os temas correlatos, discutir-se-á a importância (ou não) da publicidade de tais decisões, bem como os seus reflexos práticos na conduta das partes envolvidas no caso penal (Ministério Público, investigado, defesa técnica), sobretudo para análise dos riscos e proveitos, bem como na prevenção de novos ilícitos.

2. CONCEPÇÃO TRADICIONAL DE JUSTIÇA X JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

A concepção tradicional de justiça penal consiste na possibilidade de ser aplicada pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa, após o devido processo legal, que se inicia com a peça acusatória (denúncia ou queixa-crime), passando por uma sequência preordenada de atos processuais, até a decisão judicial de mérito. Consubstancia o exercício da jurisdição, qual seja, a “capacidade que o Estado tem de decidir imperativamente e impor decisões”.²

É também conhecido como “sistema penal clássico”, o qual se “[...] funda na pena de prisão dissuasória e tem como fonte inspiradora o modelo político-criminal punitivista (paleorrepressivo)”.³ No mesmo sentido, “a aplicação do Direito Penal sempre foi tomada como *ultima ratio*, pelo rigor das sanções e pelo efeito deletério da prisão, o principal modo de execução das penas”.⁴

Nas últimas décadas, no entanto, passou-se a dividir o cenário com os espaços de consenso. Ao contrário do que ocorre na concepção tradicional, em que o Estado substitui a vontade das partes e que não cabe a nenhuma delas “dizer definitivamente se a razão está com ela própria ou com a outra”⁵, no modelo de justiça penal negociada admite-se a postura proativa das partes para a justa composição do conflito.⁶

No Brasil, solidifica-se, principalmente, por meio de quatro importantes institutos: i) transação penal e ii) suspensão condicional do processo (artigos 76 e 89, ambos da Lei nº 9.099/1995); iii) acordo de colaboração premiada (cujo destaque de regência é a Lei nº 12.850/2013); e iv) acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Pe-

² CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 30.

³ GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal**: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 675.

⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos)**. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda et al. (org.). Estudos constitucionais. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 139.

⁵ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**, 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 149.

⁶ Nesse sentido, Alexandre Sikinowski Saltz destaca que “A promoção da justiça pressupõe eficiência da atuação institucional, e esta se liga diretamente com a ampliação da atuação extrajudicial como forma de pacificação de conflitos, a atuação como forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva e a celeridade procedimental” (**De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional**). In: BRASIL, Luciano de Faria; SILVA, Cláudio Barros (org.). Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 223).

nal, com redação conferida pela Lei nº 13.964/2019). Aliás, a evolução histórica é assim descrita pela doutrina:

Este modelo de justiça consensual não é novo em nosso sistema. Desde 1995 vem paulatinamente ganhando espaço no sistema processual penal. Naquele ano a Lei 9.099/95 foi inovadora criando institutos como a composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Posteriormente avançou-se com mecanismos como a colaboração premiada e agora chegamos ao instituto do acordo de não persecução penal.⁷

Por meio deles, o titular da ação penal tem a possibilidade de definir diretrizes e estabelecer prioridades, otimizando-se os recursos escassos, se comparados à quantidade de casos penais a apurar. Utilizam-se práticas colaborativas e autocompositivas, com o fim de descongestionar o Poder Judiciário, decorrendo como função institucional dos membros do Ministério Público na condição de fiscal da ordem jurídica.⁸ Convive-se também com o “[...] reconhecimento inegável de que sua atuação (do Direito Penal) se dá de modo seletivo e que esse sistema convive com o fenômeno da subnotificação”.⁹

Desse modo, na concretização do Direito Penal abre-se a possibilidade de considerar os critérios de política criminal, com nítidos predicados funcionalistas, havendo “[...] a redução do espaço persecutório e sua concentração em causas que efetivamente constituem o que se qualifica de controle social do intolerável”.¹⁰ Tanto isso é verdade que a doutrina arremata:

Assim, e esse é um aspecto muito importante, é fundado precisamente no seu poder de realizar política-criminal de persecução penal, que pode o Ministério Público buscar alternativas para dar respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade, por meio de acordos penais.¹¹

⁷ DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 177.

⁸ SALTZ, Alexandre Sikinowski. **De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional**. In: BRASIL, Luciano de Faria; SILVA, Cláudio Barros (orgs.). Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 221.

⁹ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional**. In: BARRROS, Francisco Dirceu et al. (org.). **Acordo De Não Persecução Penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela res. 183/2018**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 111.

¹⁰ BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017. p. 944.

¹¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2021.

Não custa rememorar que a doutrina, na análise do panorama atual do pensamento penal, ao lado da “despenalização” e “da descriminalização”, situa aquilo que denomina como “diversificação”, na qual é suspensa a atuação do processo penal em determinado momento, com o fim de buscar a resolução do conflito de forma não punitiva. Exemplo disso é o “[...] sistema de prova anglo-saxão [...] No Brasil, a Lei 9.099, de 26.09.1995, retrata esta tendência”.¹² O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), atualmente, também pode ser citado como exemplo. Nesse ponto, considerando que se trata de assunto pouco abordado na doutrina nacional, colaciona-se o escólio de Claus Roxin:

Nas hipóteses em que a descriminalização não é possível – como no furto –, poder-se-á evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas à condenação formal por um juiz. Tais métodos de diversificação são utilizados em quantidade considerável na Alemanha, pois o juiz e também o Ministério Público podem arquivar o processo quando se tratar de delitos de bagatela em cuja persecução não subsista interesse público; tal arquivamento pode ocorrer inclusive no âmbito da criminalidade média, se o acusado prestar serviços úteis à comunidade (como pagamentos à Cruz Vermelha ou a reparação do dano).¹³

Nessas hipóteses, o titular da ação penal e o suposto autor do fato, acompanhados por advogado, poderão entabular condições alternativas à pena privativa de liberdade, as quais, cumpridas, resultam na extinção da punibilidade. Nesse rol, faculta-se a inclusão de medidas de conteúdo patrimonial, tais como restituições, perda de bens, multas, prestação pecuniária, repatriações oriundas de acordos celebrados no Brasil ou no exterior, entre outros.

Nesse contexto, ocorre uma onda de valorização da vontade das partes, as quais possuem liberdade, dentro dos limites legais, para pactuarem a solução que parecer mais adequada ao caso penal. Quanto a esse ponto, confira-se o disposto nos incisos do art. 28-A do CPP, que elenca medidas que podem ser aplicadas mediante a coincidência volitiva das partes do caso penal:

CPP, Art. 28-A: Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com

p. 89.

¹² ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 324.

¹³ ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008. p. 14.

pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Com base nisso, o Ministério Público, na qualidade de titular da ação penal e em reforço ao sistema acusatório, poderá negociar com o investigado – assistido por advogado – a solução que parecer mais adequada àquele caso concreto, desde que, presentes os requisitos legais, seja necessário e suficiente, mediante o ajuste de condições. Deve-se deixar assentado que esse juízo de “necessidade e suficiência” não pode ser realizado em abstrato, de modo a desconsiderar as particularidades do agente (condições pessoais) e do caso concreto.

Proscvem-se, com isso, as soluções (ou, melhor dizendo, vedações apriorísticas, sem análise do caso concreto). Tal negativa reclama manifestação fundamentada do presentante ministerial, o qual será lavrado, na prática forense, na cota contemporânea ao oferecimento da denúncia. Tais pronunciamentos devem ser objeto de homologação judicial, tendo em vista que “em matéria criminal não há a possibilidade de conciliação fora do processo; (...) impõe-se a

necessidade do controle jurisdicional”¹⁴

Ante tais fundamentos é que se discute a importância da publicidade e da consolidação dos precedentes ministeriais em casos análogos, a fim de que se possa fixar um padrão de conduta para casos semelhantes, bem como se possibilite a análise de riscos entre “responder ao processo-crime” e, desde logo, “ocorrer a solução consensual antes de promovidas todas as etapas do devido processo legal”.

3. PADRÕES DE PUBLICIDADES DAS DECISÕES E ANÁLISE DE RISCOS

A formalização dos acordos em sede processual penal, sobretudo dos acordos de não persecução penal, exige a atuação negociada das partes – Ministério Público e investigado, na presença de seu defensor – e, após isso, a homologação pelo juízo. Caso essa decisão seja positiva, a publicidade ocorre por intermédio dos mecanismos oficiais do Poder Judiciário, mediante publicação na imprensa oficial e intimação das partes envolvidas.

O que se precisa aquilatar, sobretudo após a vigência do Pacote Anticrime, é como se dará a publicidade e a divulgação massiva – para o público em geral – das decisões proferidas em sede de controle superior pelas instâncias revisoras do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. Tal providência possui grande relevância pública, seja para a formação de precedentes no âmbito do Ministério Público, seja para a análise de riscos pelas partes, bem como na prevenção de novos delitos.

Nesse ínterim, faz-se necessário investigar tanto os efeitos individuais do ato de comunicação – ou seja, para a parte que formalizou ou busca formalizar acordo de não persecução com o Ministério Público – quanto os efeitos coletivos ou sociais da decisão proferida em sede de instância revisora.¹⁵

No que se refere aos efeitos individuais do ato de comunicação, não parece haver a necessidade de inovar ou de criar sistemática de atuação, visto que o Ministério Público já possuía essa atribuição revisora nos processos de natureza cível – leia-se: procedimentos de natureza não criminal. Porém, no aspecto social, para a coletividade de pessoas que não faz parte do caso penal em concreto, mas que está nos limites da atuação ministerial, o *Parquet* passa a ter uma nova função: delimitar suas teses e estratégias de atuação no âmbito da

¹⁴ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pelegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 34.

¹⁵ Sobre o ponto, a doutrina destaca que “[a] publicidade dos atos processuais é corolário do princípio da proteção judicial efetiva” (...) “Assim, ao lado da motivação, a publicidade é fonte de legitimidade e garantia de controle, pelas partes e pela sociedade, das decisões judiciais” (BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 407).

justiça penal negociada, o que precisa ser do conhecimento coletivo.

Vale dizer: antes da existência do acordo de não persecução penal, a solução dos casos penais restringia-se a atuação do juízo, após ser acionado pelo titular da ação penal. Todavia, a decisão sobre o mérito da causa era sempre do Poder Judiciário. E isso era publicado (bem como continua a ser) por meio da imprensa oficial, chegando ao conhecimento do público.

E com o “novo contexto de justiça penal negociada”? O que fazer para que essa “política criminal ministerial” chegue ao conhecimento social? Daí exsurge a necessidade de perquirimos as formas de cientificar não só as partes, mas a sociedade como um todo¹⁶, da postura ministerial em sede de justiça negocial na seara criminal, considerando que foi significativamente ampliada a atuação do *Parquet*, como reforço ao sistema acusatório.¹⁷

Decorre disso a importância de se discutir ao menos duas formas de concretização dos posicionamentos ministeriais: (a) fixação de teses/enunciados sobre determinados assuntos; (b) elaboração de informativos periódicos com as decisões do órgão de revisão.

No que se refere à fixação de teses/enunciados, cita-se como exemplo a postura que foi adotada pelo Ministério Público do Estado do Paraná, o qual consolidou, por meio da Subprocuradoria-Geral para Assuntos Jurídicos, as principais decisões proferidas desde a entrada em vigor do Pacote Anticrime, na condição de órgão revisor.¹⁸

Citam-se, como exemplo, alguns enunciados que podem ser usados para nortear a conduta das partes desde a fase policial. O Enunciado 3 refere que “a ausência de confissão na fase investigatória não constitui óbice ao acordo de não persecução penal (ANPP), desde que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática delitiva quando da sua celebração junto ao órgão ministerial”. Em face disso, tanto investigados quanto advogados, têm consciência que não há necessidade de confessar desde a fase do flagrante ou do inquérito policial a prática de crime, o que não constitui óbice à celebração de ANPP.

¹⁶ Isso, porque “anotam Mauro Cappelletti e Bryant Garth que a expressão ‘acesso à justiça’ serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico” (...) “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individuais e socialmente justos” (TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 723).

¹⁷ Nesse sentido: “(...) Hassemer destaca que as reformas trazidas pela globalização permeiam não somente o Direito Penal material, mas também o processo penal, por meio do recrudescimento dos instrumentos de controle e pelo fortalecimento dos acordos entre as partes (deals)” (...) pretende-se explicar a utilização desses acordos pelo Estado como uma política criminal voltada à eficiência, destacando como a lógica de mercado vem influenciando os órgão de enforcement” (PINTO, Nathália Regina; SOUZA, Luciano Anderson. **Criminal Compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 32).

¹⁸ PARANÁ. Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <https://juridica.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=187>. Acesso em: 24 jan. 2023.

Assim, a parte investigada poderá, exemplificativamente, fazer uso do direito ao silêncio em sede policial e, no momento posterior, ao negociar com o Ministério Público, ciente das condições do acordo, verificar, acompanhada de seu advogado, se é mais ou menos vantajoso confessar e celebrar o acordo, ou responder ao caso penal, sob o crivo do devido processo legal. Ou seja, a fixação de tese, mediante enunciado ministerial, ajuda a nortear desde a fase policial a postura do investigado e do seu defensor, viabilizando a análise dos riscos de responder ao processo.

Igualmente, para o cidadão que não figura como investigado naquele caso concreto, há o reconhecimento prévio por parte do titular da ação penal que eventual ausência do ato de confissão em sede policial não o prejudicará diante do Ministério Público, tolhendo um direito reconhecido pelo ordenamento jurídico, consistente na “solução antecipada” da demanda e sem que gere reincidência criminal.

Outro exemplo é o Enunciado 4, assim escrito: “É possível negar o acordo de não persecução penal (ANPP), caso o investigado não seja encontrado no endereço por ele declinado quando da investigação”. Neste caso, deixa-se claro a necessidade de uma postura colaborativa por parte do investigado, o qual possui o dever de não falsear o seu endereço na fase policial, como um desdobramento do princípio da boa-fé aplicado ao processo penal na avaliação da conduta das partes.

Sobre a aplicação do princípio da boa-fé no âmbito processual, a doutrina destaca que o processo se assemelha a um jogo e, por isso, regras devem ser estabelecidas, como ocorre em qualquer atividade humana em que há partes frente a frente. Arremata que “os deveres de proceder com lealdade e com boa-fé prestam-se a evitar os exageros no exercício da ampla defesa, prevendo condutas que violam a boa-fé e a lealdade processual”, bem como que, ainda que “por vezes não se mostre fácil no caso concreto, deve existir uma linha de equilíbrio entre os deveres éticos e a ampla atuação na defesa de interesses”.¹⁹

De igual maneira, o Enunciado 10 refere que “a falta de fundamentação na negativa de concessão do acordo de não persecução penal (ANPP) reivindica a devolução dos autos à origem para a necessária justificação, previamente à apreciação do pedido de revisão pela Procuradoria-Geral de Justiça”. Esse posicionamento destaca a necessidade do órgão de execução, em primeiro grau, ao negar o ANPP, apresentar pronunciamento fundamentado, o que viabiliza tanto a atuação da defesa, quanto do órgão revisor.

Isso, porque segundo a doutrina, “na linha de pensamento tradicional a motivação das decisões judiciais era vista como garantia das partes, com vistas à

¹⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012. p. 82.

possibilidade de sua impugnação para efeito de reforma”, entretanto, “mais modernamente, foi sendo salientada a função política da motivação das decisões judiciais, cujos destinatários não são apenas as partes e o juiz competente para julgar eventual recurso, mas *quis-quis de populo*, com a finalidade de se aferir em concreto a imparcialidade do juiz e a legalidade e justiça das decisões”.²⁰

Essa necessidade de fundamentação dos pronunciamentos judiciais, que emana do texto constitucional (art. 93, IX), também se aplica aos membros do Ministério Público, o que não pode ser desconsiderado nas manifestações em que há negativa de oferecimento do ANPP. Por meio disso, consegue-se aferir – no caso concreto – quais foram as razões efetivas da negativa, servindo não só como parâmetro para a situação em análise, mas também para futuros e eventuais casos análogos.

Outro fator importante é a função política que emana da fundamentação, de modo que não se considera apenas as partes envolvidas no processo, abrangendo a possibilidade de se aferir a imparcialidade do membro do Ministério Público, bem como a legalidade e a justiça da sua atuação.

Dentro desse contexto, observa-se que o acordo de não persecução penal não é um direito subjetivo do acusado, mas, sim, um poder-dever do agente ministerial. Ou seja, a negativa deve ser fundamentada, com base nas particularidades do caso concreto, possibilitando-se a revisão do pronunciamento, em caráter dialético. Afinal, *mutatis mutandis*, “do ponto de vista teórico, o que não está no processo – como conhecimento – não pode fundar as decisões que nele são tomadas e, principalmente, aquela de mérito”.²¹ Nesse mesmo sentido, confira-se precedente do Supremo Tribunal Federal:

AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM RELAÇÃO AO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI 11.343/2006). INVIABILIDADE.

1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da

²⁰ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 74.

²¹ COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Contraditório no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Temas de processo penal** – por prefácios selecionados: São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022. p. 72.

estratégia de política criminal adotada pela Instituição.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/19, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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”.

3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 191.464-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020).

4. Agravo Regimental a que nega provimento.

(HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021).

Por outro lado, é importante que se discuta, no âmbito do Ministério Público nacional (abrangido, é claro, a individualidade de cada unidade do órgão) a necessidade/possibilidade de serem construídos mecanismos semelhantes aos desenvolvidos pelos tribunais de justiça e pelos tribunais superiores na publicação de suas decisões, por meio da disponibilização de informativos periódicos. Isso se dá em razão de que os casos concretos apreciados pela instância revisora não se esgotam nas teses até então fixadas, sempre havendo novas discussões jurídicas, dada a dinamicidade do mundo fenomênico.

Com essa postura, ao mesmo tempo em que se fortalece a aplicação da teoria dos precedentes no âmbito do Ministério Público, possibilita-se a análise de riscos pelas partes nos casos concretos semelhantes apreciados e na prevenção de novos delitos. A respeito do primeiro ponto, o escólio doutrinário assevera que “torna-se indisputável o reconhecimento de que as relações jurídicas, mormente as estabelecidas entre Poder Público e particulares, devem estar assentadas em determinados parâmetros de previsibilidade”.²²

E, de acordo com Canotilho, “a previsibilidade ou eficácia *ex ante* do princípio da segurança jurídica exige certeza e calculabilidade por parte dos cidadãos em relação aos efeitos jurídicos dos atos normativos”.²³ Assim, garante-se e resguarda-se a aplicação coerente da norma jurídica, inclusive por parte dos membros do Ministério Público, no exercício de importante mister, que é um

²² CAMBI, Eduardo et al. **Curso de Direito Processual Civil Completo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 1815.

²³ CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998. p. 264.

verdadeiro desdobramento do exercício da titularidade da ação penal. Concluindo: se a norma é resultado da interpretação, não se pode negligenciar que, ao passo em que resolve o caso concreto, também servirá para os demais casos semelhantes.²⁴

De igual modo, possibilita-se a análise de riscos²⁵ pelas partes nos casos concretos semelhantes apreciados e na prevenção de novos delitos. Sobre esse ponto, também valem ser aprofundadas as considerações.

Assim, não se pode descuidar que o crime pode ser tratado, dentro da lógica da análise econômica do direito, como uma escolha deliberada, nas quais inevitavelmente há análise dos riscos e proveitos²⁶, tendo em conta que “um crime é basicamente uma conduta indesejável, tipificada na lei, e a que esta faz corresponder a aplicação de uma pena”.²⁷ Elencam-se três determinantes da decisão de cometer um crime²⁸: i) o acréscimo de rendimento proporcionado pelo crime face a melhor aplicação alternativa do tempo; ii) o custo em que o indivíduo incorrerá em caso de ser penalizado; e iii) a probabilidade subjetiva de ser penalizado.

No que se refere ao acréscimo de rendimento proporcionado pelo crime em face da melhor aplicação alternativa do tempo, o autor refere que não se avalia somente o rendimento monetário, mas também a realização pessoal que o ato criminoso em si representa. Quanto ao custo em que o indivíduo incorrerá no caso de ser penalizado, pode-se aferir parte monetária (multas, indenizações etc.) e, igualmente, parte chamada de “psíquica” (como a insatisfação, inutilidade decorrente da pena). Sobre o tema, Silva Sánchez²⁹ arremata dizendo que o sistema deve assumir compromisso de mercado, fazendo-se cumprir todas as normas previamente estabelecidas.

Em face disso, “devem ser atribuídos custos adicionais à prática do delito, a

²⁴ ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2016. p. 547.

²⁵ Os autores trabalham com a diferenciação entre riscos e incertezas, que é relevante para o Direito Penal. Confira-se: “Enquanto o primeiro trabalha com variáveis passíveis de identificação, permitindo, por isso mesmo, calcular sua ocorrência, o segundo é composto por variáveis totalmente desconhecidas, impossibilitando mensurar seus efeitos. Para a gestão de negócios, saber lidar com o grupo dos riscos já é um grande passo para a perpetuação da atividade empresarial, na medida em que a competição no mercado constitui por si só uma variável exógena de risco a ser considerada”. (FERNANDES, Nelson Ricardo; FIGUEROA, Caio Cesar; NEVES, Edmo Colnaghi. Gestão de risco. In: CARVALHO, André Castro et al. (org.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021. p. 21).

²⁶ Segundo bem destacado pela doutrina, ao tratar da “regulação moderna”, ramo no qual se incluem todos os programas de *compliance* – do geral ao criminal –, “[...] a regulação da criminalidade moderna vai ter como foco muito mais os riscos do que os danos – os quais podem, inclusive, nem chegar a ser produzidos” (PINTO, Nathália Regina; SOUZA, Luciano Anderson. **Criminal Compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 23).

²⁷ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 205.

²⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004. p. 27.

²⁹ *Ibid.*, p. 209.

fim de que os custos superem as vantagens que o agente espera obter com o ato e, em última análise, que a prática do crime não compensa". Trabalha-se, como visto, com a lógica de que o crime não poderá compensar, o que abrange a reprimenda a ser imposta pelo Estado, inclusive por meio dos mecanismos de solução consensual.

Ainda dentro desse contexto, verifica-se, mais uma vez, o estudo da necessidade e da suficiência das cláusulas do ANPP. Essas devem estar sempre atentas à recomposição do dano causado pela infração penal, bem como aos efeitos práticos que acarretará, inclusive como forma de agir preventivamente, na realização de novos ilícitos pelos cidadãos congêneres.

No que toca à *probabilidade* subjetiva de ser penalizado, aquilata-se a *probabilidade* que o indivíduo atribui à possibilidade de ser *penalizado*, e não a *probabilidade* que isso realmente aconteça. Com isso, sugerem-se dois instrumentos que o Estado pode se utilizar para reprimir ou não incentivar o crime.

Em primeiro lugar, diz Vasco Rodrigues que quanto maior a perda da utilidade, mais difícil que a utilidade resultante do crime seja positiva. Cita-se como exemplo a pena de multa (a perda da utilidade será maior conforme o seu montante) e a pena de prisão (duração e consequências advindas da prisão). Também se considera a forma como a sociedade encara os cidadãos que cometeram crimes (quanto mais negativa, maior o incentivo para não cometerem infrações penais).³⁰ Complementa Silva Sánchez³¹ aduzindo que "na base da teoria econômica há dois mecanismos possíveis para reduzir a prática de delitos: atribuir custos adicionais sobre sua prática ou atribuir vantagens adicionais à realização opcional de atividades lícitas (desestimulando a prática do delito) – reduzindo, por exemplos, as taxas de desemprego". Aqui é importante que se trabalhe, no dia a dia, com os mais variados mecanismos, desde a efetiva recomposição do dano, o desenvolvimento de prestações sociais alternativas, até as formas mais sofisticadas de combate à criminalidade, como o desenvolvimento de programas de *compliance* nas hipóteses de criminalidade empresarial.

Em segundo lugar, trabalha-se com a probabilidade de penalização: quanto mais provável a punição, menor o incentivo para cometer crimes. Porém isso demanda eficácia policial na detecção e captura dos infratores, o que, por seu turno, é resultado do número de polícias existentes, do treinamento, dos meios que possuem para desempenhar seu mister, entre outros. Não se pode olvidar do funcionamento do sistema judicial (impunidade, prescrição, padrões de produção de prova).³²

³⁰ RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 210.

³¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. *Eficiência e Direito Penal*. Barueri: Manole, 2004, p. 27.

³² RODRIGUES, op. cit., p. 211.

Cabe destacar que a utilização destes instrumentos – pena e probabilidade – tem os seus custos: o aumento da probabilidade de penalização dos criminosos demanda que policiais sejam contratados, treinados e que possuam meios adequados de trabalho; o aumento das penas de prisão exige a criação de novas vagas no sistema penitenciário e a contratação de novos guardas. Por isso que a combinação de pena e probabilidade pode ser encarada não apenas como um problema social, mas também como um problema econômico.³³

Feitas essas considerações, revela-se a importância de haver publicidade massiva do padrão de atuação do Ministério Público em sede de justiça penal negociada, justamente para que sirva como um dos mecanismos de análise da pena e da probabilidade, da utilidade, enfim, como forma de análise dos riscos e prevenção de ilícitos.

No viés da prevenção de ilícitos, reforçando-se a previsibilidade da postura do agente ministerial, há evidente destaque à prevenção geral positiva, seja por meio da aplicação em concreto da lei, demonstrando a sua incidência e validade aos casos concretos, como também demonstrando a atuação proativa e resolutiva do Ministério Público no espaço de consenso penal.

4. CONCLUSÃO

O presente ensaio objetivava avaliar a importância da publicidade interna e externa das decisões proferidas pelo Ministério Público em sede de justiça penal negociada, sobretudo dos órgãos revisores, por fixarem as teses institucionais.

Inicialmente, foram tecidas considerações sobre a justiça penal clássica, diferenciando-a da justiça penal consensual ou justiça penal negociada, na qual há um reforço do papel ativo e proativo das partes. Após isso, discorreu-se sobre os padrões de publicidade, abrangendo tanto a comunicação entre as partes originárias do caso penal, como a comunicação social massiva, a fim de servir, futuramente, como padrão de conduta. Também se tratou da análise de riscos dentro do direito criminal.

Por fim, depois de analisar todos os temas correlatos, fixou-se a compreensão acerca da importância da publicidade de tais decisões, sobretudo mediante os seguintes instrumentos: (a) fixação de teses/enunciados sobre determinados assuntos; (b) elaboração de informativos periódicos com as decisões do órgão de revisão. Essas providências têm o condão de possibilitar a uniformidade de posicionamento institucional do Ministério Público (aplicação da teoria dos precedentes no âmbito do MP), bem como assegurar maior previsibilidade de atuação (tanto ao membro do MP quanto às partes), favorecendo na análise dos riscos e na prevenção de ilícitos.

³³ RODRIGUES, op. cit., p. 212.

REFERÊNCIAS

ARENHART, Sérgio Cruz; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel Mitidiero. **O novo processo civil**. São Paulo: RT, 2016.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 19.set. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9099.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 19 set. 2022.

BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2017.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2021.

CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1998.

CAMBI, Eduardo et al. **Curso de Direito Processual Civil Completo**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Teoria Geral do Processo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. Contraditório no processo penal. *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. **Temas de processo penal** – por prefácios selecionados: São Paulo: Tirant lo Blanch, 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda. O gozo pela punição (em face de um estado sem recursos). *In*: COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda et al. (org.). **Estudos constitucionais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DEZEM, Guilherme Madeira. **Curso de processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FERNANDES, Nelson Ricardo; FIGUEROA, Caio Cesar; NEVES, Edmo Colnaghi. Gestão de risco. *In*: CARVALHO, André Castro et al. (org.). **Manual de Compliance**. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Curso de direito penal**: parte geral. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. 4. ed. São Paulo: Método, 2012.

PINTO, Nathália Regina; SOUZA, Luciano Anderson. **Criminal Compliance**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021

RODRIGUES, Vasco. **Análise Econômica do Direito**. Coimbra: Almedina, 2007.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SALTZ, Alexandre Sikinowski. De fiscal da lei à fiscal da ordem jurídica. A solução consensual dos conflitos como novo espaço de atuação institucional. *In*: BRASIL, Luciano de Faria; SILVA, Cláudio Barros (org.). **Reflexões sobre o Novo Código de Processo Civil**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Eficiência e Direito Penal**. Barueri: Manole, 2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. *In*: BARROS, Francisco Dirceu et al. (org.). **Acordo De Não Persecução Penal**: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela res. 183/2018. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.