

Rejeição da denúncia pela eventual ausência de proposta de ANPP ou discordância do Poder Judiciário: a incongruência da jurisprudência

Douglas Fischer ¹

Introdução. 1. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade regrada do Ministério Público. 2. A tese da rejeição da denúncia pela ausência de proposta de acordo. 3. O acordo de não persecução penal não é condição da ação penal. 4. A rejeição da denúncia como “coerção indireta” ao Ministério Público. 5. A incongruência central: o acordo no curso da ação penal, até o trânsito em julgado (com “meia retroatividade”). 6. A irretroatividade do acordo, a superação jurisprudencial e a porta aberta até o trânsito em julgado. 7. Consequências práticas e alternativas compatíveis com o sistema. **Conclusões.**

Introdução

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (Pacote Anticrime), introduziu no Código de Processo Penal o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A, consolidando, no ordenamento brasileiro, um espaço de justiça penal consensual que já se anunciava na transação penal e na suspensão condicional do processo da Lei nº 9.099/1995 e na colaboração premiada da Lei nº 12.850/2013. Trata-se de negócio jurídico processual penal pelo qual o Ministério Público, titular da ação penal pública, renuncia, mediante condições ajustadas com o investigado ou acusado, ao exercício da pretensão punitiva em relação a determinado fato.

Antes prevista apenas em resolução do CNMP (com muitas críticas à época), a introdução do instituto no bojo da legislação processual penal foi recebida, regra geral, com interesse pela doutrina (salvo os críticos de plantão contrários genericamente a acordos penais), que via nele um instrumento de celeridade, de descongestionamento do Poder Judiciário e de racionalização da política criminal. Ao mesmo tempo, porém, o texto legal tem gerado controvérsias interpretativas de grande envergadura. Uma das mais delicadas, e que constitui o objeto deste estudo, é a seguinte: o que deve fazer o Poder Judiciário quando, em seu entendimento em tese cabível o ANPP, o Ministério Público não propõe o acordo.

Há muitos julgados sobre o tema. Em decisão de relevo (REsp 2.038.947-SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19.09.2024), o STJ assentou que a recusa injustificada ou ilegalmente motivada (embora a discussão do que seja “ilegalmente imotivada” é bastante ampla) do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza a rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação

¹ Procurador Regional da República na 4ª Região, Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS, Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal. [Http://lattes.cnpq.br/5240252425788419](http://lattes.cnpq.br/5240252425788419)

penal. A tese, que vem sendo aplicada em alguns casos, converte a ausência de proposta de acordo em vício da própria peça acusatória.

Com respeito a posicionamentos em contrário (inclusive do nosso grande mestre e parceiro Eugênio Pacelli), este breve texto sustenta que a tese não é a “melhor juridicamente”, por três razões encadeadas. Em primeiro lugar, porque o acordo de não persecução penal não é condição da ação penal: a lei não o previu como tal, e a sua ausência não afeta nem os pressupostos processuais, nem as condições da ação, nem a justa causa para o exercício da ação penal. Em segundo lugar, porque a rejeição da denúncia opera, na prática, como coerção indireta do Ministério Público, alcançando o mesmo resultado que a jurisprudência consolidada veda de forma direta, qual seja, a imposição judicial da celebração do acordo. Em terceiro lugar, e de modo decisivo, porque o STF e o STJ assentaram – com a ressalva de nosso entendimento - que o acordo é cabível no curso da ação penal, até o trânsito em julgado da sentença condenatória (STF, HC 185.913/DF; STJ, Tema 1.098). Ora, se o acordo permanece possível durante toda a ação penal, revela-se totalmente incongruente dizer que a sua não propositura no momento da denúncia autorizaria a rejeição da peça acusatória ou o trancamento da ação penal.

Para desenvolver essas premissas, o trabalho está organizado em sete seções. A primeira examina o regime legal do acordo e a discricionariedade regulada do Ministério Público. A segunda apresenta a tese da rejeição da denúncia e os seus fundamentos. A terceira demonstra que o acordo não é condição da ação penal. A quarta evidencia o caráter de coerção indireta da tese da rejeição. A quinta desenvolve o argumento central da incongruência, a partir da possibilidade de celebração do acordo no curso da ação penal. A sexta retoma a controvérsia sobre a retroatividade do acordo, para mostrar que a própria jurisprudência que admitiu a sua aplicação até o trânsito em julgado desmentiu a premissa da rejeição. A sétima, por fim, indica as consequências práticas e as alternativas compatíveis com o sistema. Seguem-se as conclusões.

1. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade regradada do Ministério Público

Evidente que discricionariedade não é – e não pode ser – arbitrariedade. Não é disso que falaremos aqui. O art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe, em seu *caput*: “*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".

Três elementos do texto legal merecem destaque.

O primeiro é o verbo "poderá". O legislador não impôs ao Ministério Público o dever de propor o acordo: conferiu-lhe uma faculdade, mas condicionada à “devida fundamentação”. Portanto esse “poderá propor” não se converterá jamais em arbitrariedade. A fundamentação para eventual negativa deverá sempre ser passível de “sindicabilidade”.

O segundo é o juízo de "necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime", que qualifica a proposta: trata-se de juízo essencialmente discricionário (também “sindicável”, mas não pelo Poder Judiciário), de política criminal, confiado pela Constituição e pela lei ao órgão da acusação, e não ao juiz (salvo quando se tratar de *manifesta ilegalidade, e não de “mera divergência interpretativa”*).

O terceiro é o conjunto de requisitos objetivos (confissão formal e circunstancial, infração sem violência ou grave ameaça, pena mínima inferior a quatro anos), que delimitam o campo material de incidência do instituto, sem converter a sua verificação em dever de propositura.

O parágrafo primeiro esclarece que, para a aferição da pena mínima, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. O parágrafo segundo, por sua vez, elenca as hipóteses em que não se admite a proposta: quando cabível transação penal; quando o investigado ou acusado for reincidente ou existirem elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; quando tiver sido ofertado ou celebrado acordo nos últimos cinco anos; e nos casos de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

A estrutura normativa revela, com clareza, que se está diante de uma discricionariedade regrada (ou regulada, como se queira), e não de um “*poder absoluto*”.

Como dissemos, a eventual recusa ministerial não pode ser arbitrária: deve ser motivada e está sujeita a controles.

O § 14º do art. 28-A estabelece: "*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*". A remissão ao art. 28 é eloquente:

o legislador desenhou para a recusa ministerial um controle hierárquico, *interno à instituição*, e não um controle judicial (*tanto que, no julgamento conjunto das ADIs 6298, 6299, 6300 e 6305, o STF fez interpretação conforme ao art. 28 do CPP, para garantir a possibilidade de revisão interna no caso de arquivamentos*). Assim, o investigado que se considera injustamente privado do acordo tem à sua disposição a instância de revisão do próprio Ministério Público, na forma do procedimento previsto para o arquivamento.

A simetria do sistema confirma a leitura. Quando o juiz recusa a homologação da proposta, a lei assegura recurso do Ministério Público ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28-A, §§ 5º e 6º) ou para as Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF (*conforme o caso, art. 62, IV, LC 75/93, regra geral na 2º CCR*). Quando o Ministério Público recusa propor o acordo, a lei assegura ao investigado a remessa ao órgão superior (art. 28-A, § 14). Em nenhum dos polos o legislador confiou ao juiz o *controle do mérito* da decisão ministerial: o juiz homologa (ou não) a proposta que lhe é apresentada (em caso de *não homologar*, aí cabe o RSE, art. 581, XXV, CPP); não propõe, não impõe e não substitui a decisão de não propor.

Essa arquitetura é coerente com o quadro constitucional. A ação penal pública é atribuição privativa do Ministério Público (CF, art. 129, I), instituição permanente dotada de independência funcional (CF, art. 127, § 1º). A jurisprudência dos tribunais superiores é assente em que o oferecimento do acordo de não persecução penal é decisão de *competência exclusiva* do Ministério Público, *não se constituindo em direito subjetivo* do investigado, como, por exemplo reafirmou a 5ª Turma do STJ, seguindo posição do STF, e em que a possibilidade de oferecimento é *conferida exclusivamente* ao órgão da acusação, que o proporá conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado *necessário e suficiente* para a reprovação e a prevenção da infração penal.

A doutrina tem caracterizado o fenômeno como discricionariedade regrada ou juridicamente vinculada: o Ministério Público decide, mas decide *com motivação*, dentro de limites legais e sob controles institucionais. É o que registramos em nossos Comentários ao Código de Processo Penal, embora o dissídio, nessa parte específica de possibilidade de rejeição, com o coautor e maestro Eugênio Pacelli. Individualmente defendemos que não pode ser tratado como ilicitude processual sancionável com a rejeição da denúncia, sob pena de se transferir ao Poder Judiciário o controle que a lei reservou à hierarquia ministerial.

Por fim, cumpre registrar a natureza do instituto. No Tema 1.098, o STJ fixou que o acordo de não persecução penal constitui *negócio jurídico processual* penal instituído por norma que possui, de um lado, natureza processual, no que diz respeito à possibilidade de

composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal e, de outro, natureza material, em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13). O acordo, portanto, não é pressuposto nem pressupõe: é alternativa. A sua celebração evita a ação penal; a sua ausência não a invalida.

2. A tese da rejeição da denúncia pela ausência de proposta de acordo

A tese que se pretende enfrentar foi formulada pelo STJ no REsp 2.038.947-SP (6ª Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 19.09.2024). No caso, tratava-se de denúncia por tráfico de drogas (impressiona como nesse tipo de crime, de regra, as “teses são as mais expansivas possíveis”) em que, embora presentes os requisitos objetivos do art. 28-A, o Ministério Público não propôs o acordo de não persecução penal, limitando-se a recusá-lo com fundamentação *reputada* inidônea. O julgado consagrou, dentre outras orientações (reconhecimento de excesso de acusação e cabimento da minorante), a seguinte: a recusa *injustificada ou ilegalmente motivada* (conceitos bastante amplos) do Ministério Público em oferecer o acordo de não persecução penal autoriza a rejeição da denúncia, por falta de interesse de agir para o exercício da ação penal. Veja-se: “falta de interesse de agir” ! Sem que haja qualquer previsão legal para tanto, senão decorrente de “pura interpretação” jurisdicional por *discordância* da fundamentação (*e não se está dizendo que a recusa, no caso concreto, estava correta, mas dos efeitos conferidos à recusa na interpretação da normal e consequências jurídicas proclamadas*).

A lógica subjacente é a de que o acordo de não persecução penal configuraria um dever-poder do Ministério Público, de modo que a recusa desacompanhada de motivação idônea (e o que seria *idônea, aquela que o Poder Judiciário considerasse assim?*) esvaziaria o interesse de agir para o exercício da ação penal: quem pode evitar a ação penal e não o faz não teria interesse em exercê-la. A ação penal pública teria, nessa perspectiva, natureza subsidiária em relação ao acordo: esgotada a via consensual (ou frustrada ela por recusa ilegítima), abrir-se-ia o caminho da ação; recusada ilegitimamente a via consensual, a ação não poderia sequer ser iniciada. Voltaremos a esse tema e à – para nós – incongruência sistêmica do argumento do STJ (que aderiu à posição do STF sobre a possibilidade do ANPP no curso da ação penal, até o trânsito em julgado).

A tese não permaneceu isolada. Decisões posteriores da própria Corte e de tribunais de origem a aplicaram, inclusive para rejeitar denúncias nas quais se alegava a ausência de confissão formal e circunstancial como obstáculo à propositura do acordo. Na primeira

instância, a orientação ganhou tração considerável, e não são raros os despachos/decisões que devolveram os autos ao Ministério Público, “*sob pena de rejeição da denúncia*”, para que se manifestasse sobre o cabimento do acordo.

Não se pode negar às decisões o mérito de levantar um problema real. A recusa genérica, desmotivada, do Ministério Público em propor o acordo, em caso que objetivamente preencheria os requisitos legais, é incompatível com o dever de motivação e com a racionalidade do sistema de justiça penal consensual. O acordo foi concebido, dentre outros fins, para conferir resposta penal mais célere ao comportamento criminoso, por meio da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, com redução das demandas judiciais criminais. A recusa sistemática e desmotivada esvazia o instituto.

O problema está na “solução” emprestada pelo e. STJ, *data venia*. A rejeição da denúncia por falta de interesse de agir pressupõe que a propositura do acordo seja elemento da relação processual, cuja ausência torna a peça acusatória juridicamente inviável. Note-se que o próprio enquadramento escolhido pelo STJ (falta de interesse de agir) revela que a tese trata a proposta de acordo como *condição da ação penal, ainda que sob a roupagem do interesse processual*. Essa premissa, como se verá, não se sustenta nem à luz do texto legal, nem à luz da jurisprudência consolidada sobre a autonomia do Ministério Público, nem, sobretudo, à luz da própria jurisprudência que reconhece a possibilidade de celebração do acordo no curso da ação penal, até o trânsito em julgado. Pelo menos queremos *coerência sistêmica*.

3. O acordo de não persecução penal não é condição da ação penal

A primeira objeção à tese da rejeição é dogmática: o acordo de não persecução penal não é condição da ação penal, e a sua ausência não pode ser tratada como falta de interesse de agir.

Na clássica sistematização, as condições da ação são os elementos externos ao mérito cuja presença é necessária para que o Poder Judiciário possa examinar o pedido: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade das partes. No processo penal brasileiro, o legislador acrescentou as chamadas condições de procedibilidade, expressamente previstas em lei, como a representação do ofendido e a requisição do Ministro da Justiça nos crimes de ação pública condicionada (CPP, art. 24). O rol é taxativo: condição da ação é a que a lei declara. ***Nenhuma norma condiciona o exercício da ação penal pública à prévia proposta ou celebração de acordo de não persecução penal.***

O art. 395 do Código de Processo Penal, que regula a rejeição da denúncia ou da queixa, é claro nesse ponto. A peça acusatória será rejeitada quando: I) for manifestamente inepta; II) faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; III) faltar justa causa para o exercício da ação penal.

Nenhuma dessas hipóteses alcança a ausência de proposta de acordo.

A denúncia que descreve fato típico, com indícios de autoria e materialidade, é apta e justa, ainda que o Ministério Público não tenha proposto o acordo. A justa causa para o exercício da ação penal não se confunde com a possibilidade de solução consensual do conflito: a existência de indícios suficientes de autoria e materialidade subsiste íntegra, tenha ou não havido proposta de acordo.

Por sua vez, no processo penal, o interesse de agir diz respeito à necessidade e à utilidade do exercício da ação penal em face do caso concreto. A possibilidade de composição consensual não elimina essa necessidade: enquanto não celebrado e homologado o acordo, e cumpridas as suas condições, a pretensão punitiva permanece intacta, e a sua tutela jurisdicional continua necessária e útil. O acordo é uma porta de saída que permanece aberta; a sua não utilização em determinado momento não converte o exercício da ação em ato inútil.

O próprio texto do art. 28-A do CPP desautoriza a leitura que converte o acordo em *condição*. O *caput* diz que o Ministério Público "poderá" propor, não que "deverá" propor. O parágrafo décimo quarto admite expressamente a recusa, exigindo apenas que o investigado possa requerer a remessa dos autos a órgão superior em caso de discordância da proposta (*e isso no tempo oportuno, ressalte-se, pois a porta não ficará indefinidamente "aberta" para vários momentos de rediscussão do tema*). Se o acordo fosse condição da ação, a recusa seria sempre ilegítima, e o § 14 seria letra morta: não haveria sentido em prever um procedimento de revisão hierárquica para uma decisão que, por hipótese, jamais poderia ser mantida. A existência do § 14º do art. 28 do CPP é a prova de que o legislador concebeu a recusa como decisão juridicamente possível, sujeita a controle interno, e não como omissão geradora de inépcia da denúncia.

A comparação com os demais institutos de justiça consensual confirma o ponto. Na transação penal e na suspensão condicional do processo (Lei nº 9.099/1995), a proposta é faculdade do Ministério Público, e a sua ausência jamais conduziu à rejeição da denúncia: o processo simplesmente seguia (e segue) o seu curso. Ninguém jamais sustentou que a

ausência de proposta de suspensão condicional do processo, em caso que a admitiria, gera falta de interesse de agir (embora no caso da suspensão, possa o juiz deferir *de ofício* a suspensão, pois *já há processo, mas até a “sentença”, o que é diverso do ANPP*). A razão é evidente: ***os institutos despenalizadores são alternativas à pena, não pressupostos da ação***. O mesmo se diga do acordo de não persecução penal, que é alternativa à própria ação penal.

Há, ainda, um argumento de natureza sistemática. Quando cumprido, o acordo de não persecução penal produz a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13). A extinção da punibilidade é causa de impedimento ao exercício da ação ou de extinção do processo, não condição da ação. A lógica do instituto é a de que a composição consensual, homologada e cumprida, extingue a pretensão punitiva (*aliás, esse foi o “motivo central” para conferir efeitos retroativos ao ANPP*); não a de que a possibilidade de composição seja pressuposto do exercício da pretensão. Inverter a ordem é transformar causa de extinção da punibilidade em condição de procedibilidade, operação que o texto legal não autoriza.

Por fim, a tese da rejeição produz um resultado prático paradoxal. Rejeitada a denúncia por falta de interesse de agir, o Ministério Público não fica impedido de apresentar nova denúncia, tampouco de propor, então, o acordo. A rejeição não resolve nada: apenas retarda a solução do caso, multiplica atos processuais e recursos (a decisão que rejeita a denúncia é impugnável mediante recurso em sentido estrito, art. 581, I, do CPP) e impõe ao sistema um custo que não se justifica. Se a consequência da rejeição é a possibilidade de nova denúncia nas mesmas condições, é porque a suposta falta de interesse de agir nunca existiu.

4. A rejeição da denúncia como “coerção indireta” ao Ministério Público

A segunda objeção à tese da rejeição é institucional. A jurisprudência dos tribunais superiores é unânime em que o Poder Judiciário *não pode impor* ao Ministério Público a celebração do acordo de não persecução penal: o oferecimento é decisão de competência exclusiva da instituição, não constituindo *direito subjetivo do investigado*. O juiz não pode propor o acordo, não pode fixar as suas condições e não pode substituir a vontade do órgão da acusação.

Ora, se o juiz não pode impor diretamente a celebração do acordo, tampouco pode gerar situação que signifique impô-la indiretamente. E é exatamente isso que faz a rejeição da denúncia. Diante da *ameaça de rejeição*, o Ministério Público fica diante de um dilema: propõe o acordo contra a sua convicção de que ele não é necessário e suficiente para a

reprovação e a prevenção do crime, ou vê a sua denúncia rejeitada. Em ambos os cenários, a discricionariedade que a lei lhe assegurou foi anulada. A rejeição da denúncia é, nesse sentido, uma imposição velada: alcança por via oblíqua o resultado que a jurisprudência veda de forma direta.

É verdade que a decisão no bojo do REsp 2.038.947-SP se refere à recusa "injustificada ou ilegalmente motivada", e não à recusa motivada em sentido próprio. Mas a distinção não resolve o problema, por duas razões. A primeira: o juízo de que a motivação é inidônea é, na prática, um juízo sobre o mérito da decisão ministerial, isto é, sobre se o caso seria ou não "necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". Esse juízo, como visto, é discricionário e confiado (apenas) ao Ministério Público. Quando o juiz considera inidônea a motivação da recusa e rejeita a denúncia (*ao invés de submeter à revisão interna, ou aceitar quando mantida a recusa*), ele está, na verdade, decidindo que o acordo caberia, e *punindo* o Ministério Público por não ter decidido como ele decidiria. É dizer: a "coerção indireta" funciona como verdade imposição, ou é assim como eu quero, ou rejeitada estará a denúncia. A segunda razão: o efeito da tese é pedagógico e generalizado. Sabendo que a recusa pode custar a rejeição da denúncia, o membro do Ministério Público tenderá a propor o acordo sempre que os requisitos objetivos estiverem presentes, independentemente da sua avaliação de *necessidade e suficiência*. A discricionariedade "regrada" se converte, na prática, em *obrigatoriedade disfarçada*.

O sistema de freios e contrapeses desenhado pelo legislador reforça a conclusão. A recusa ministerial tem controle próprio: a motivação e a revisão hierárquica (art. 28-A, § 14). A recusa judicial de homologação tem controle próprio: o recurso ao Procurador-Geral de Justiça (art. 28-A, §§ 5º e 6º) ou então para as Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, conforme o caso (basicamente, o disposto no art. 62, IV, LC n. 75/93) e o recurso em sentido estrito (art. 581, XXV). O legislador equilibrou as posições com controles internos e recursos específicos (apenas no caso de *não homologação*), e não conferiu ao juiz o poder de *sancionar* a recusa ministerial com a *rejeição da denúncia*. Preencher essa lacuna por via interpretativa é inverter a distribuição de competências que a lei estabeleceu.

Registre-se, por fim, que a coerção indireta não é apenas um problema de separação de funções: é também um problema de efetividade. A recusa *motivada* do Ministério Público (*mesmo que se discorde dela*) pode decorrer de razões legítimas de política criminal (a necessidade de resposta estatal mais severa, a prevenção geral, a existência de outras ações penais em curso, a habitualidade delitiva), que o juiz não está em condições – e nem lhe

competete. O controle dessas razões é interno à instituição, que possui os instrumentos (revisão hierárquica, diretrizes, coordenação) para exercê-lo.

5. A incongruência central: o acordo no curso da ação penal, até o trânsito em julgado (com “meia retroatividade”)

O argumento decisivo contra a tese da rejeição, contudo, é outro, e decorre da própria “*evolução jurisprudencial*” sobre o momento de celebração do acordo. O STF (depois com aderência pelo STJ, que tinha entendimento contrário originariamente) assentaram que o acordo de não persecução penal é cabível no curso da ação penal, até o trânsito em julgado da sentença condenatória. Ora, *se o acordo permanece possível durante toda a ação penal*, a ausência de proposta no momento da denúncia não pode ser vício que autorize a rejeição da peça acusatória ou o trancamento da ação penal. A tese da rejeição se torna logicamente incongruente.

No âmbito do STF, o marco é o julgamento pelo Plenário do HC 185.913/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.09.2024, publicado no DJ de 19.11.2024). O Supremo fixou, dentre outras, as seguintes teses: compete ao membro do Ministério Público com atribuição avaliar os requisitos para a negociação do acordo; é cabível a celebração de acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento quando da entrada em vigência da Lei nº 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado; e, nos processos penais em andamento na data da proclamação do resultado do julgamento, nos quais, em tese, seja cabível a negociação de acordo, se este ainda não foi oferecido ou não houve motivação idônea para o seu não oferecimento, o Ministério Público, agindo de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá, *na primeira oportunidade em que falar nos autos*, manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo no caso concreto.

No Tema 1.098 (REsp 1.890.344-RS, Terceira Seção, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em novembro de 2024), como dito, o STJ alinhou-se ao entendimento do Supremo e fixou quatro teses, das quais se destacam a segunda e a quarta: diante da natureza híbrida da norma, aplica-se o princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CF, art. 5º, XL), pelo que é cabível a celebração do acordo nos processos em andamento quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, desde que o pedido tenha sido feito antes do trânsito em julgado; e, nas

investigações ou ações penais iniciadas a partir de 18.09.2024, será admissível a celebração de acordo antes do recebimento da denúncia, ressalvada a possibilidade de propositura do acordo no curso da ação penal, se for o caso.

A quarta tese do Tema 1.098 merece ser lida com atenção: ao fixar o regime temporal do acordo, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça expressamente ressaltou "a possibilidade de propositura do acordo *no curso da ação penal, se for o caso*". A ressalva não é acessória: é a admissão de que o acordo não se esgota na fase pré-processual, e de que a ação penal em curso continua sendo espaço próprio para a sua celebração.

A jurisprudência anterior já apontava nessa direção. O STJ decidiu que a ausência de confissão na fase investigativa não impede a celebração do acordo, que pode ser formalizado posteriormente (HC 657.165-RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, julgado em 9.8.2022). Em decisão da lavra do Min. Ricardo Lewandowski (AgRg no HC 203.440, julgado em 03.10.2022), o STF chegou a admitir o acordo mesmo depois da condenação, desde que não houvesse trânsito em julgado. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou, ainda, que o acordo não pode ser celebrado após o trânsito em julgado da condenação, o que, por contraposição, confirma que tudo o que vem antes do trânsito em julgado é espaço temporal possível para a sua celebração. E o Tribunal já reconheceu o cabimento do acordo mesmo em ação penal privada após o recebimento da queixa (REsp 2.083.823, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, julgado em 14.03.2025).

Dessas premissas decorre, com simplicidade, a incongruência da tese da rejeição. A rejeição da denúncia por falta de interesse de agir pressupõe que o momento próprio para o acordo tenha se perdido, de modo que a ação penal, iniciada sem o acordo, seria juridicamente defeituosa. Mas a jurisprudência diz exatamente o contrário: o momento próprio para o acordo não se perde com o oferecimento da denúncia, nem com o seu recebimento, nem com a sentença; ele se prolonga até o trânsito em julgado. Se o acordo pode ser proposto depois do recebimento da denúncia, então a denúncia oferecida sem proposta de acordo não é defeituosa: é uma denúncia como qualquer outra, à qual o acordo poderá, a qualquer tempo, ser agregado.

A consequência prática evidencia, *venia concessa*, o absurdo da tese de possível rejeição da denúncia. Rejeitada a peça acusatória porque o Ministério Público não propôs o acordo, e salvo melhor juízo, o próprio Ministério Público poderá apresentar *nova denúncia*, nas mesmas condições, e o acordo poderá, então, ser proposto no curso da nova ação penal. A rejeição não terá servido a nenhum fim: nem ao acordo (que permanece possível), nem à

acusação (que pode ser renovada), nem à defesa (que foi retardada), nem à vítima (que aguardou por nada). Trata-se de formalismo estéril, que apenas consome atos processuais e prazos recursais.

O mesmo se diga, com maior razão, do trancamento da ação penal. Se o acordo é cabível no curso da ação penal, o trancamento elimina justamente o espaço processual em que o acordo poderia ser celebrado: fecha a porta no momento em que ela está aberta. Trancar a ação penal porque o acordo não foi proposto é destruir a condição de possibilidade do próprio acordo.

Há, ainda, uma incoerência interna na própria linha jurisprudencial que acolhe a tese da rejeição. No HC nº 185.913/DF, o STF determinou que, *nos processos em andamento em que o acordo não foi oferecido ou não houve motivação idônea*, o Ministério Público se manifeste motivadamente na primeira oportunidade, de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa. A consequência prevista é a manifestação motivada, não a rejeição da denúncia. O sistema, portanto, já tem resposta para a omissão ministerial: a provocação da manifestação. A rejeição da denúncia é uma resposta que o sistema não previu, e que se choca com a que ele previu. Criá-la como *condição da ação* (ou como qualquer condição que se queira) é impor requisito não previsto em lei para, indiretamente, fazer prevalecer a compreensão do Poder Judiciário.

Cumprе registrar, por fim, que nos nossos comentários ao Código de Processo Penal, particularmente qualificamos a solução do REsp nº 2.038.947-SP como uma verdadeira "penalidade" ao Ministério Público: a rejeição da denúncia funciona como sanção processual à conduta ministerial, sem previsão legal, transferindo ao Poder Judiciário o controle que a lei reservou à instituição, internamente. A crítica se aprofunda quando se considera a incongruência temporal aqui desenvolvida: não se pune a ausência de um ato (a proposta) que o próprio sistema admite possa ser praticado a qualquer momento, até o trânsito em julgado.

Acrescente-se, ainda, uma observação sobre o juízo de que o caso "caberia em tese" no acordo. A avaliação de cabimento envolve a verificação da confissão formal e circunstancial, da ausência de violência ou grave ameaça, da pena mínima (com as causas de aumento e diminuição do § 1º), das hipóteses de vedação do § 2º e, sobretudo, do juízo de *necessidade e suficiência* para a reprovação e a prevenção do crime. Trata-se de avaliação complexa, que envolve elementos fáticos e juízos de política criminal, e que o magistrado, no momento do recebimento da denúncia, realiza de forma necessariamente especulativa (*mas*

que, de fato, jamais lhe caberia realizar, pois há a garantia do interessado em apresentar irresignação à instância interna administrativa do MP). Rejeitar a denúncia com base em um juízo especulativo sobre o cabimento do acordo é, portanto, duplamente problemático: além de incongruente, é precário.

6. A irretroatividade do acordo, a superação jurisprudencial e a porta aberta até o trânsito em julgado

A controvérsia sobre o momento de celebração do acordo não nasceu com a tese da rejeição: ela é anterior e diz respeito à aplicação do art. 28-A do CPP aos processos em curso quando da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019. E é justamente o percurso dessa controvérsia que fornece o argumento mais contundente contra a *tese de rejeição da denúncia*.

A primeira reação doutrinária e jurisprudencial foi no sentido da irretroatividade. Nos comentários ao Código de Processo Penal, defendeu-se que o acordo de não persecução penal, embora instituído por norma de natureza híbrida, teria a sua aplicação limitada aos casos em que a denúncia ainda não tivesse sido recebida: o aspecto processual do instituto (a possibilidade de composição para evitar a instauração da ação penal) submeter-se-ia ao princípio do *tempus regit actum*, e o aspecto material (a extinção da punibilidade) não justificaria a retroatividade para além desse marco, porque o acordo é, por definição, negócio pré-processual, destinado a evitar a ação penal, e não a extingui-la depois de instaurada (não se olvide que, no projeto de lei, havia a possibilidade de *acordo de não continuidade da ação penal, que se daria após o recebimento da denúncia até o início da produção probatória, mas não foi aprovada pelo legislador*). Essa era, também, a orientação inicial dos tribunais: o STJ, em ambas as Turmas criminais, e a 1ª Turma do STF fixaram a tese de que o acordo se aplica a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia (AgRg no HC 191.464-SC, Primeira Turma, Rel. Min. Roberto Barroso, julgado em 26.11.2020).

Respeitosamente os argumentos da tese da irretroatividade eram sólidos (*vide nossas considerações a respeito do tema em <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>*). O acordo foi concebido como instrumento de composição pré-processual: a sua finalidade é evitar a instauração da ação penal, e não extingui-la depois de instaurada. A confissão formal e circunstancial, pressuposto da negociação, supõe um momento anterior à acusação, em que a cooperação do investigado

ainda pode ser trocada pela renúncia à persecução. A comparação com a suspensão condicional do processo, que a lei admite até a sentença, não é decisiva, porque se trata de instituto com natureza e finalidade distintas (um tinha como pressuposto haver processo, mas não sentença – que era o que se pretendia “evitar” com a suspensão do *processo*. Já no ANPP, o que se pretendia evitar era a existência do próprio processo, razão pela qual não teria sentido, para nós, aplicar após o recebimento da denúncia). E a segurança jurídica recomendava não estender a negócios ainda não celebrados um regime que o legislador pensou para a fase pré-processual.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, contudo, decidiu de forma diversa. No HC 185.913/DF (Rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 18.09.2024), assentou que o acordo é cabível nos processos em andamento quando da entrada em vigor da lei, mesmo sem confissão prévia, desde que o pedido seja feito antes do trânsito em julgado e (depois noutros julgados mais explicitamente) desde que feito na primeira oportunidade em que a defesa falou nos autos após essa novel decisão do plenário. No Tema 1.098, o STJ alinhou-se ao STF: diante da natureza híbrida da norma, aplica-se o princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CF, art. 5º, XL – *paradoxalmente uma “meia retroatividade”, pois vai até o trânsito em julgado*), e a celebração é cabível nos processos em andamento, com pedido antes do trânsito em julgado, ressalvada expressamente a possibilidade de propositura do acordo no curso da ação penal, se for o caso.

A consequência lógica desse percurso é decisiva para o objeto deste estudo. Enquanto prevalecia a tese da irretroatividade, ou da retroatividade limitada ao recebimento da denúncia, podia-se sustentar, ao menos com coerência interna, que o momento próprio para o acordo se encerrava com a denúncia: passado esse momento, o acordo não seria mais possível, e a ação penal seguiria o seu curso normal. A rejeição da denúncia continuava questionável, mas a premissa de que o momento oportuno poderia se perder tinha algum lastro. Com a fixação da *retroatividade até o trânsito em julgado*, essa premissa foi desmentida pela própria jurisprudência: o momento próprio para o acordo não se perde com o oferecimento da denúncia, nem com o seu recebimento, nem com a sentença; ele se prolonga até o último instante antes do trânsito em julgado.

Se a porta do acordo permanece aberta durante toda a ação penal, a denúncia oferecida sem proposta de acordo não é peça defeituosa: é peça à qual o acordo pode, a qualquer tempo, ser agregado. Rejeitar a denúncia porque o acordo não foi proposto no momento inicial é ignorar que o próprio sistema, por decisão jurisprudencial, estendeu o

momento próprio para o acordo até o fim do processo. A tese da rejeição pressupõe a perda do momento oportuno; a jurisprudência que a acolhe é a mesma que declarou que o momento oportuno não se perde. Não há como conciliar as duas coisas.

Registre-se, ainda, a ironia do percurso. A tese da irretroatividade, hoje superada, era a posição que melhor se compatibilizava, ao menos em abstrato, com a ideia de que o acordo pertence à fase pré-processual. Superada essa tese, e admitida a celebração do acordo no curso da ação penal, qualquer construção que trate a ausência de proposta como vício da denúncia se torna sistemicamente insustentável: ela pressupõe um sistema que a jurisprudência já não adota. O argumento da rejeição nasceu de uma leitura restritiva do momento de celebração; a jurisprudência evoluiu no sentido oposto, e o argumento não acompanhou a evolução.

7. Consequências práticas e alternativas compatíveis com o sistema.

Superada a tese da rejeição, resta identificar o que, afinal, o Poder Judiciário pode fazer diante da ausência de proposta ou da recusa ministerial de propor o acordo de não persecução penal. A resposta está no próprio sistema com a conformidade jurisprudencial.

Primeiro: o magistrado pode provocar a manifestação motivada do Ministério Público. É o que decorre expressamente das teses fixadas no HC 185.913/DF e no Tema 1.098 do STJ: nos processos em que, em tese, seja cabível a negociação, e o acordo não tenha sido oferecido ou não haja motivação idônea para o seu não oferecimento, o Ministério Público, agindo de ofício, a pedido da defesa ou mediante provocação do magistrado da causa, deverá manifestar-se motivadamente acerca do cabimento ou não do acordo. A provocação judicial da manifestação é o instrumento adequado: ela assegura o exame da questão consensual sem substituir a vontade da instituição.

Segundo: o investigado ou acusado (dependendo da *fase processual*) pode requerer a remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal (ou ainda conforme o art. 62, IV, LC 75/93). Não há suspensão da ação penal. O controle da recusa é hierárquico, e o Poder Judiciário deve assegurar o acesso a esse controle, não substituí-lo.

Terceiro: mantida a recusa motivada, o processo segue o seu curso. A recusa não impede a condenação, nem a correção do (eventual) excesso de acusação na dosimetria da pena, nem o reconhecimento de causas de diminuição, como o próprio REsp 2.038.947-SP

ilustrou ao reconhecer o cabimento da minorante. O mérito da recusa ministerial não é matéria de rejeição da denúncia; é matéria de julgamento, mérito.

Os custos da tese da rejeição, por sua vez, são evidentes. A rejeição da denúncia é impugnável mediante recurso em sentido estrito (art. 581, I, do CPP), com a consequente multiplicação de atos processuais e de prazos. O investigado que deseja o acordo, e não a rejeição da denúncia, vê a sua situação retardada. A vítima aguarda. O sistema consensual, concebido para a celeridade, é transformado em fonte de litigiosidade. E tudo isso para alcançar um resultado (a nova denúncia, com ou sem acordo) que estava disponível desde o início. Mas cujos entraves foram *criados* ao arrepio da lei pela *jurisprudência irrefletida e, quando não, inconsequente e assistemática*.

Há, por fim, um argumento de política institucional. O acordo de não persecução penal é instrumento de cooperação entre Ministério Público e o Poder Judiciário na gestão da política criminal. A tese da rejeição converte a cooperação em conflito: faz do juiz o fiscal do mérito da recusa ministerial e da denúncia o instrumento de *punição institucional*. O caminho adequado é o diálogo institucional: a provocação da manifestação motivada, a remessa ao órgão superior, a comunicação às corregedorias e às Procuradorias-Gerais quando a recusa for sistemática e desmotivada. O Poder Judiciário tem meios de pressionar pela efetividade do sistema consensual que não passam pela rejeição da peça acusatória.

Conclusões

Respeitosamente a posicionamentos em sentido contrário, a tese de que a ausência de proposta de acordo de não persecução penal autoriza a rejeição da denúncia não se sustenta.

Em primeiro lugar, porque o acordo de não persecução penal não é condição da ação penal. A lei não o previu como tal; o art. 395 do Código de Processo Penal não o alcança; a justa causa para o exercício da ação penal não é afetada pela possibilidade de solução consensual; e o próprio art. 28-A, ao dizer que o Ministério Público "poderá" propor e ao prever, no § 14, o procedimento de revisão hierárquica da recusa, trata a não propositura como decisão juridicamente possível, e não como omissão geradora de inépcia da peça acusatória.

Em segundo lugar, porque a rejeição da denúncia opera como coerção indireta do Ministério Público. A jurisprudência consolidada veda a imposição judicial da celebração do acordo; a tese da rejeição alcança o mesmo resultado por via oblíqua, anulando, na prática, a

discrecionalidade regulada que a lei assegurou à instituição e fazendo do juiz uma parte na negociação que deveria apenas homologar.

Em terceiro lugar, e de modo decisivo, porque a tese é logicamente incongruente com a jurisprudência que ela própria integra. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça assentaram que o acordo de não persecução penal é cabível no curso da ação penal, até o trânsito em julgado da sentença condenatória: é o que decorre do HC 185.913/DF e do Tema 1.098, que expressamente ressalvaram "a possibilidade de propositura do acordo no curso da ação penal, se for o caso".

Se o acordo permanece possível durante toda a ação penal, a ausência de proposta no momento da denúncia não pode ser vício da peça acusatória, tampouco fundamento de trancamento: o momento próprio para o acordo não se perdeu, e a resposta do sistema para a omissão ministerial é a provocação da manifestação motivada, não a rejeição da denúncia.

Registre-se, ainda, que a incongruência se torna mais evidente quando se reconstitui o percurso da controvérsia sobre a retroatividade.

A tese da irretroatividade, defendida pela doutrina e acolhida inicialmente pelos tribunais, era a única que permitia sustentar, com alguma coerência, que o momento próprio para o acordo se encerrava com a denúncia. Ao fixar a retroatividade até o trânsito em julgado, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça desmentiram essa premissa: o momento próprio para o acordo passou a se prolongar por toda a ação penal. A tese da rejeição da denúncia, que pressupõe a perda do momento oportuno, ficou órfã da premissa que a sustentava.

O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, controlada pela motivação e pela hierarquia interna da instituição. Ao Poder Judiciário cabe, se assim entender, provocar a manifestação, assegurar o acesso à revisão hierárquica e julgar o caso concreto, aplicando a lei. Não cabe rejeitar a denúncia porque o acordo não foi proposto, nem trancar a ação penal que ainda pode receber o acordo. A coerência do sistema de justiça penal consensual exige que a porta de saída permaneça aberta durante toda a ação penal, até o trânsito em julgado; rejeitar a denúncia porque o acordo não foi proposto é fechar, no primeiro momento, a porta que o próprio sistema manteve aberta até o último.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 185.913-DF. Plenário. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em 18.09.2024. DJ de 19.11.2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 203.440. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em 03.10.2022. DJ de 05.10.2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Habeas Corpus nº 191.464-SC. Primeira Turma. Rel. Min. Roberto Barroso. Julgado em 26.11.2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.038.947-SP. Sexta Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 19.09.2024. Informativo de Jurisprudência nº 710.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.890.344-RS (Tema 1.098). Terceira Seção. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Julgado em novembro de 2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº 657.165-RJ. Sexta Turma. Rel. Min. Rogério Schietti Cruz. Julgado em 09.08.2022. DJe de 18.08.2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 2.083.823. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik. Julgado em 14.03.2025.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de; FISCHER, Douglas. Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência. 18. ed. São Paulo: JusPodivm, 2026.