

# A CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL)

Jeferson Ferreira de Deus<sup>1</sup>

Paola Hakenhaar<sup>2</sup>

## Resumo

Após a entrada em vigor da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, o acordo de não persecução penal passou a fazer parte do ordenamento jurídico como lei ordinária, porém, a constitucionalidade do instituto permanece em questionamento. A partir de uma pesquisa bibliográfica e com método de abordagem, predominantemente, dialético, se analisará os pontos constitucionais controvertidos do referido instituto.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal; Constitucionalidade; Processo penal; Pacote anticrime.

## Introdução

Em 1995, com a advento da Lei 9.099, que acrescentou a Transação Penal ao ordenamento jurídico brasileiro, iniciaram-se discussões acerca da sua constitucionalidade. Com o passar do tempo se pacificou a tese que a Transação Penal não afronta a Constituição da República, uma vez que por ela o instituto é admitido.

Com o advento do art. 28-A da Lei 13.964 de 2019, que eleva o Acordo de Não Persecução Penal a status de lei ordinária, surge novamente essa celeuma jurídica, incorreria o novel artigo em inconstitucionalidade?

O Poder Legislativo aderiu como justificativa à inclusão do ANPP o desafogamento da justiça criminal, a reserva das sanções penais privativas de liberdade aos crimes graves, violentos e organizados e a rapidez que serão resolvidos

---

<sup>1</sup> Graduando em Direito pela Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina, Campus Joinville. E-mail: jefersonferreradedeus@outlook.com

<sup>2</sup> Orientadora. Professora de Direito na Universidade Sociedade Educacional de Santa Catarina, Campus Joinville. E-mail: paola.hakenhaar@gmail.com.

os casos, além de pautar que a justiça negociável é tendência no âmbito penal, não havendo mais espaço para o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

A adoção do instituto afeta diretamente o andamento de inúmeros inquéritos e processos em tramite, ou seja, optar pelo acordo repercute inúmeros investigados. A depender das cláusulas impostas pelo Ministério Público o acordo pode se tornar mais gravoso que a própria sanção penal ou o contrário, gerar uma grande sensação de impunidade.

Objetiva-se, portanto, analisar pormenorizadamente o instituto e verificar sua compatibilidade com o sistema constitucional vigente, ante a sua grande abrangência e relevância. Para tanto, buscar-se-á entender o acordo com todas suas especificidades e relevâncias para, então, analisar a sua consonância com a Constituição da República de 1988.

O estudo se baseará em bibliografias já publicadas sobre os temas abordados, com escopo de expor as divergências e convergências do tema abordado, para isso se fracionará o ensaio em três momentos. O primeiro com vistas a apontar o nascedouro do Instituto, o segundo abrangerá uma explicação do que ele é e em que consiste, para só então abrir a discussão, ponto-a-ponto, das questões controversas.

### **Inserção do ANPP no direito brasileiro: da Resolução 181 à Lei 13.964/2019**

Há muito se discutiu acerca da possibilidade de o Ministério Público promover, por autoridade própria, investigações de natureza penal. Duas correntes digladiavam nesta arena, os contrários e os favoráveis. Aqueles, em suma, defendem ser a investigação exclusiva da polícia judiciária. Estes, por sua vez, entendem, baseado na teoria dos poderes implícitos e pela própria disposição expressa no Código de Processo Penal (art. 4º, parágrafo único), pela possibilidade de o Ministério Público, autonomamente, promover investigação de natureza criminal.

Após o julgamento pelo Plenário do STF do Recurso Extraordinário 593727, em 2015, no qual se discutia a constitucionalidade da realização de procedimentos investigatórios pelo Ministério Público, definiu-se, para fins de repercussão geral (Tema 184), a seguinte tese:

O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que

respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa Instituição. (STF. Plenário. RE 593727/MG, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/5/2015)

Amparado pela decisão supra o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução 181 de 07 de agosto de 2017, para dispor sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público.

Como um presente de greco surge o Acordo de Não Persecução Penal (art. 18 da referida Resolução), cujo objetivo refletia na possibilidade de a acusação e defesa (respeitados alguns requisitos trazidos na Resolução), antes do oferecimento da denúncia, formalizarem um acordo extrajudicial para a imediata aplicação de algumas condições não privativas de liberdade, que se assemelham a penas restritivas de direito e, assim, evitar o enfrentamento da persecução criminal (resultando, ao final, no arquivamento).

Inúmeras foram as críticas à Resolução, dentre elas acerca da sua (in)constitucionalidade. Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 202-203), colaciona o seguinte argumento:

de acordo com a Constituição Federal (art. 22, I) compete à União, legislar sobre direito processual. É evidente que o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP versa sobre matéria processual, porquanto introduz no ordenamento verdadeira exceção ao princípio da obrigatoriedade. Se se trata de matéria atinente à ação penal, tal matéria jamais poderia ser objeto de criação por uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, órgão de natureza administrativa.

Essa crítica caducou com a entrada em vigor da Lei 13.964, de 24 de dezembro de 2019, que introduziu o art. 28-A ao Código de Processo Penal, que trata justamente sobre o instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

O direito, por ser um fenômeno social, reflete os sentimentos da comunidade. Motivado por uma onda reformadora, o Congresso Nacional aprovou uma relevante alteração na legislação penal no final do ano de 2019.

De acordo com as discussões levantadas no seio dos Projetos de Lei nº 10.372/2018 e nº 882/2019, extrai-se como argumentos principais para a conveniência do novo Acordo: i) reservar as sanções penais privativas de liberdade aos crimes graves, violentos e organizados; ii) rapidez que serão resolvidos os casos, ficando os

juízes, promotores e defensores livres para se dedicar a crimes violentos, graves e cometidos por organizações criminosas; iii) desafogamento da Justiça Criminal; e, por fim, iv) a via do acordo é a tendência no âmbito penal, não havendo mais espaço para o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

O acordo, pela nova redação que lhe foi atribuída, abrange inúmeros delitos, ou seja, muitos investigados poderão fazer *jus* a ele. Por isso sua grande relevância. No entanto, fomentando a discussão, a aplicação do novel instituto, aparentemente, encontra alguns entraves constitucionais, que serão objeto da presente análise.

### **O acordo de não persecução penal**

Como visto, o acordo de não persecução penal, ou simplesmente ANPP, não é uma novidade trazida pela Lei 13.964/19. A redação da Lei, parcamente, alterou o acordo da Resolução do CNMP, tentando sistematizar melhor sua formulação e aplicação. Para Vladimir Aras (2020, p. 179), “o ANPP é um acordo de natureza processual penal que se presta a evitar a persecução criminal contra autor de crime com pena mínima inferior a 4 anos, desde que praticado sem violência ou grave ameaça contra a pessoa.”

O ANPP é outro instituto penal negocial, agora trazido pela lei, assim como a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/95), a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.095/95) e a colaboração premiada (art. 3º-A a 7º da Lei 12.850/13), por exemplo.

O novo acordo reflete na possibilidade da acusação e defesa (respeitados alguns requisitos explícitos na Lei), antes do oferecimento da denúncia, ou seja, antes de iniciado propriamente a ação penal, formalizarem um acordo para a imediata aplicação de algumas condições não privativas de liberdade, que se assemelham a penas restritivas de direito e, assim, evitar o enfrentamento da persecução criminal. Contudo, para surtir seus efeitos o acordo depende de homologação judicial.

Para ser possível ao Ministério Público oferecer ao investigado o pacto de não persecução penal alguns requisitos subjetivos e objetivos, positivos e negativos, descritos no caput e no §2º do art. 28-A do Código de Processo Penal que devem ser preenchidos. São eles:

- I. não ser caso de arquivamento;

- II. ter o investigado confessado, formal e circunstancialmente, a prática de infração penal;
- III. infração penal essa sem violência ou grave ameaça à pessoa;
- IV. com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos;
- V. ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime;
- VI. não ser cabível transação penal
- VII. não ser o investigado reincidente, criminoso habitual ou profissional;
- VIII. não ter sido o investigado beneficiado nos últimos 5 (cinco) anos com o ANPP, transação penal ou *sursis* processual;
- IX. infração não cometida no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.

Não ser caso de arquivamento é o primeiro requisito a ser preenchido. Representa-se pela presença de indícios suficientes capazes de embasar uma denúncia. Ou seja, as condições da ação devem estar presentes como se o caso estivesse pronto para o oferecimento de denúncia (RODRIGO LEITE FERREIRA CABRAL, 2020, p. 106).

Não constatada a presença das condições da ação a saída será, impreterivelmente, o arquivamento (ou baixa à delegacia de polícia, a depender do caso concreto). Para Aras (2020, p. 193) “o arquivamento prefere aos acordos penais de não persecução. Se o Ministério Público tiver elementos para denunciar, pode, antes, optar pelo ANPP.”

O *caput* do art. 76 da Lei 9.099/95, artigo que trata da transação penal, apresenta certa semelhança ao seu novo companheiro, ambos somente poderão ser propostos em casos que não dão azo ao arquivamento ou fatos que realmente constituam crime (fato típico, antijurídico e culpável). Eugênio Pacelli (2020, p. 586) leciona:

Uma vez proposta a transação penal pelo Ministério Público, nada impede, evidentemente, que o juiz, desde logo e de plano, rejeite-a, quando, por exemplo, entender que o fato não constitui crime. A transação, antes de qualquer outra consideração, deve ter em vista a infração punível.

Como dito, o ANPP depende de homologação judicial (§ § 4º, 5º e 8º do art. 28-A do Código de Processo Penal), na mesma linha dos ensinamentos supra, o juiz detém competência para rejeitá-lo acaso entender pela não existência de crime, pelos

elementos já carreados nos autos. Ou seja, não é oportuno a proposição do acordo quando há indícios da não existência de crime, de alguma situação que isente o agente de pena ou, mesmo, de casos que excluam a ilicitude do fato.

Distancia-se o ANPP da transação penal no tocante à confissão, segundo requisito a ser observado. Exige-se do investigado, nesse novo pacto, a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal.

Brasileiro (2019, p. 711) ensina ser a confissão um meio de prova pelo qual o acusado admite a imputação penal que lhe é feita, perante uma autoridade judiciária ou policial.

A confissão deve ser simples. Não obstante simples, deve ser detalhada quanto ao fato criminoso e suas circunstâncias. Não se admite confissão qualificada, aquela que o acusado confessa o delito, porém aduz alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

A formalidade advém da razão pelo qual o ato deve ser realizado perante o *parquet*, não sendo suficiente a confissão em fase administrativa policial, porque desprovida de contraditório (para o acordo é obrigatório a assistência de defesa técnica). Dita a Resolução 181/2017 (art. 18, §2º), que a confissão (detalhada dos fatos) e as tratativas do acordo devam ser registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações.

Grande atenção para as condições da ação e para a justa causa, visto que elas devem estar presentes para a propositura do acordo. Não deve o acordo servir de caminho àquelas. Cabral (2020, p. 106/107) professa que a justa causa deve estar evidenciada desde logo, não se prestando o acordo a obtenção dela para a investigação.

Para a averiguação da veracidade da confissão, deve-se, como dita o art. 197 do Código de Processo Penal, confrontá-la com as demais provas do processo, verificando-se a existência de compatibilidade ou concordância entre as mesmas.

Também é exigido para a pactuação do acordo a ausência de violência ou grave ameaça no delito cometido. Sem muitas digressões, havendo violência, seja ela real, presumida ou imprópria, contra pessoa será o suficiente para frustrar a propositura do pacto.

Quanto a violência resultante de crimes culposos, a lei silenciou. Há quem entenda ser incabível o acordo (CABRAL, 2020, p. 91) porque o legislador não fez uma delimitação da imputação subjetiva, como faz em outras passadas da Lei. Noutro

sentido, “a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado” (ROGÉRIO SANCHES CUNHA, 2020, p. 129), no mesmo sentido Vladimir Aras (2020, p. 193), para quem, em razão da ausência de intenção, o ANPP só não seria formalizado se o acordo for insuficiente para a prevenção e repressão do delito.

O crime cometido, para ser passível de pactuação do ANPP, deve ter pena mínima abstrata inferior a 4 (quatro) anos, ou seja, três anos, onze meses e trinta dias. Quanto a este requisito a Lei não inovou, pois a resolução que previa o ANPP abarcava essa mesma dimensão. Para aferição desse *quantum*, conforme o §1º do dispositivo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

No mais, o acordo deve ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Ponto de maior subjetividade na aplicação do instituto, visto que para se analisar a suficiência e necessidade do acordo o *parquet* deverá fazer, ainda que hipoteticamente, uma prévia e simplificada “dosimetria” (art. 59 do Código Penal).

Caberia ao órgão do Ministério Público, atentando-se à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, averiguar se o acordo se mostra suficiente à reprovação e prevenção da infração. Caso inviável, deve o *parquet* dar início à ação penal oferecendo denúncia.

Será irrealizável o acordo quando cabível transação penal, de competência dos Juizados Especiais Criminais. A transação penal tem vez quanto aos crimes de menor potencial ofensivo<sup>3</sup>, portando, sendo crime elegível a transação penal estará excluída da esfera de possibilidade do ANPP.

Acaso o investigado for reincidente o disposto no art. 28-A do CPP não se aplica. Segundo o art. 63 do Código Penal, verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior e, desde que, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a nova infração não tenha corrido período de tempo inferior a 5 (cinco) anos.

A análise é simples, vejamos. O agente foi condenado a um crime, no Brasil ou no estrangeiro, com sentença passada em julgado, não passado tempo superior a

---

<sup>3</sup> De acordo com o art. 61 da Lei 9.099/1995 se consideram crimes de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

cinco anos após o cumprimento da pena ou extinção da punibilidade e o agente comete novo crime, caso esse novo delito fosse aplicável o ANPP não terá direito a ele o infrator, visto constar a reincidência na sua relação de antecedentes. A Lei não diferencia reincidência específica ou não, portanto não deve o interprete fazê-lo.

Segue o dispositivo que trata do acordo, é inviável o acordo se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Pois bem, criminoso habitual, segundo Cabral (2020, p. 109) se verifica quando há “prática constante e costumeira de ilícitos, não bastando um único crime anterior, devendo, portanto, essa prática criminosa fazer parte da forma de vida do agente”. Ainda, conduta criminal profissional deve ser entendida aquela que o agente pratica organizadamente e esquematizada como se fosse uma profissão, objetivando, por óbvio, o lucro.

Segundo José Henrique Karster Franco (2019, WEB), as definições de criminoso habitual ou profissional, provêm do direito penal italiano, porém lá “para que o juiz possa tomar o agente como criminoso habitual ou como criminoso profissional”, exige-se múltiplas condenações excessivas.

Adverte, ainda, o jurista que “a importação capenga de conceitos vagos poderá funcionar para que se crie uma subespécie de reincidência: a reincidência sem condenação”. Entende-se, portanto, que tais acréscimos legislativos tendem a se tornar violação às garantias consagradas na Constituição da República, haja vista que “elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional” não têm o condão de afastar o princípio da presunção da inocência.

A parte final do inc. II, §2º, Art. 28-A, ressalva: se insignificantes as infrações penais pretéritas haverá possibilidade de aplicação do novo instituto. Legalmente não há explicação acerca do que se encaixa em infração penal insignificante, coube à doutrina e à jurisprudência desenhar esse conceito. Reconhece-se, portanto, como causa que exclui o crime, ou, nas palavras do Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal, descaracterização material da tipicidade penal, desde que certos requisitos sejam preenchidos.

Segundo o Ministro, em voto proferido no HC 84687, os requisitos (vetores) para a aferição da insignificância se resumem em: i) mínima ofensividade da conduta do agente; ii) ausência de periculosidade social da ação; iii) reduzido grau de reprovabilidade da conduta; e iv) inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Reconhecendo-se insignificantes as infrações anteriores, haverá possibilidade de aplicação do ANPP. Se o novo delito se encaixar nos vetores acima, também não deverá ser acordado o disposto no *caput* do art. 28-A, isso porque, é causa de afastamento da própria tipicidade penal, ou seja, ausência de crime, devendo ser objeto de arquivamento.

Está vedada a concessão do benefício ao acusado que nos últimos 5 (cinco) anos já tenha se beneficiado com o acordo ou com transações penais (art. 76 da Lei 9.099/95) ou, ainda, com suspensões condicionais do processo (art. 89 da Lei 9.099/95).

Para eventual propositura do ANPP, tem-se que as infrações não podem ter sido praticadas: (i) no âmbito de violência doméstica<sup>4</sup> ou familiar<sup>5</sup>; ou (ii) praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Na primeira hipótese, quaisquer que sejam os envolvidos, desde que seja a violência cometida dentro do ambiente doméstico ou no âmbito familiar, poderá incidir a vedação ora em análise. No segundo aspecto, não importa se o crime é praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, se for cometida infração contra mulher por razões do sexo feminino, o agente incidirá nesta vedação.

Acaso os requisitos positivos estejam presentes e os negativos não, será possível ao Ministério Público propor ao investigado (acompanhado de defensor) o acordo de não persecução penal mediante a estipulação de algumas condições ajustadas cumulativa e alternativamente. São elas:

- 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 Código Penal;

---

<sup>4</sup> Segundo o art. 5º, inc. I, da Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, entende-se por âmbito da unidade doméstica o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas.

<sup>5</sup> De acordo com a Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006, art. 5º, inc. II, compreende-se por âmbito familiar a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa.

- IV. pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do 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;
- V. cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

As condições devem ser ajustadas cumulativa e alternativamente, à luz do caso concreto. Segundo Aras (2020, p. 205):

A estipulação de uma ou mais condições dependerá da gravidade da infração penal, de suas consequências e da exigência de alcançar uma resposta 'necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime'. [...] Deve-se ter em conta as condições cominadas nos cinco incisos do art. 28-A do CPP, para que selecione uma, algumas ou todas ela.

Quis o legislador autorizar que em um mesmo acordo para o mesmo acusado possam ser estipuladas mais de uma condição concomitantemente (uma e outra/umas e outras) ou autonomamente (uma não pressupõe a outra), a depender do que o caso concreto.

Aquele que violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito e tem o dever de reparar (art. 186 do Código Civil). O infrator, ao praticar uma conduta tipificada como crime, comete ato ilícito (penal e civil), nascendo o dever de reparar os danos causados pela infração.

As sentenças condenatórias geram certos efeitos, um deles é o de indenizar o dano causado pelo crime (art. 91 do Código Penal). A sentença pode valorar ainda um valor mínimo indenizável a título de reparação pelos danos causado (art. 387, in. IV, do Código de Processo Penal). No mais, a sentença penal condenatória com trânsito em julgado é um título executivo judicial, isto é, de executividade imediata (art. 515, inc. VI, do Código de Processo Civil).

Nessa linha, a Lei (e anteriormente a Resolução do CNMP), condiciona o benefício à reparação do dano causado ou restituição da coisa. A obrigação se mostra relevante ao passo que em eventual condenação teria o sentenciado o dever de reparar o dano que causou, atendendo, assim, ao interesse da vítima. No pacto o interesse da vítima ainda assim é prestigiado.

Somente estará desobrigado do encargo em caso de impossibilidade de reparar ou restituir. Leciona Rogério Sanches da Cunha (2020, p.130) que “nesses casos o Ministério Público poderá fixar condições outras, desde que proporcional e compatível com a infração imputada (inc. V)”.

Renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime é uma outra condição típica que pode ser estabelecida no seio do ANPP. Essa obrigação é autoexplicativa, vale, contudo, distinguir instrumentos, produtos e proveitos do crime, apesar de frequentemente confundidos, têm relevantes diferenças.

Instrumentos do crime pode ser definido como aqueles bens utilizados na prática do ilícito. Produto do crime seria o objeto adquirido diretamente com a prática delitiva (por exemplo, em um furto de veículo, ele é o produto do crime). Por sua vez, o proveito do crime seriam os benefícios indiretos alcançados com o crime (um bem comprado com o dinheiro adquirido através de um furto, por exemplo).

O *status quo ante* deve ser alcançado. O objetivo deste tópico é evitar o enriquecimento ilícito, fazendo *jus* ao brocardo popular “o crime não compensa”.

Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas é outra condição que pode ser ajustada com o investigado em sede de ANPP. Consoante disposto no inciso, o período de prestação deverá ser correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços.

Recorda-se, ainda, que para a aferição da pena mínima serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto (§1º do art. 28-A do CPP).

Também consiste em condição do acordo o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social.

Interpretando-se em conjunto com o art. 45 do Código Penal e seus parágrafos, a prestação pecuniária pode ser entendida como o pagamento em dinheiro a entidade pública ou de interesse social de importância ajustada, no caso do ANPP, pelo Ministério Público, defesa e investigado não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

Na apuração do *quantum* da prestação pecuniária, deve-se levar em conta, as reais condições socioeconômicas do investigado, a fim que não se torne uma obrigação “demasiadamente pesada ou leve para o agente, guardando, portanto, proporção com as suas condições de fazer frente a essa prestação, conforme

preceitua, inclusive, o art. 60 do Código Penal, que pode servir de horizonte interpretativo” (CABRAL, 2020, p.140).

Como última condição temos uma verdadeira cláusula aberta. Dispõe o inciso V (art. 28-A do CPP) que o Ministério Público poderá propor ANPP ao agente sob a condição de que este cumpra, por prazo determinado, qualquer outra condição indicada por ele, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Segundo Rogério Sanches. (2020.p. 132), esse inciso esclarece a exemplificatividade do rol de condições. Ainda de acordo com o autor:

A liberdade de negociar implica em relativa liberdade de conteúdo do acordo que não pode ser igualado a um contrato de adesão [...]. Nem tampouco são permitidas condições que produzam violações a direitos fundamentais ou desproteção do bem jurídico tutelado pela norma penal aparentemente violada no caso

Pois bem, é dado ao *parquet* a possibilidade de ajustar outras condições, contudo, deve guardar compatibilidade e proporcionalidade com o caso concreto. Ainda cabe destacar que a condição *plus* não deve se tornar mais gravosa que a própria sanção penal, ao revés, o ANPP perderia o seu sentido.

Até a formalização do acordo há um caminho a ser percorrido. Recebido o inquérito, quaisquer outras peças informativas, ou mesmo, pronto o Procedimento Investigatório Criminal, ao Ministério Público cabe a formação da *opinio delict*, no prazo estabelecido pela lei processual.

Convencido da existência de crime, conforme visão tradicional do processo penal, pautado pelo princípio da obrigatoriedade, cabe ao *parquet*, oferecer a denúncia ou, aos crimes de menor potencial ofensivo oferecer proposta de transação penal (desde que preenchidos os requisitos do art. 76 da Lei 9.099/95).

O ANPP abre uma nova janela ao Órgão do Ministério Público. Verificada as condições de admissibilidade, tanto as positivas quanto as negativas, no lugar da denúncia, será possível propor ao investigado o acordo de não persecução penal.

O acordo deverá ser firmado entre o membro do Ministério Público e o investigado acompanhado, obrigatoriamente, de seu defensor.

Deverá ser formalizado por escrito, nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições. Nos termos do §2º, do art. 18 da Resolução 181/17 do CNPM, as tratativas do acordo serão registradas pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações. Isso porque o art. 18 da Resolução não foi revogada pelo novel art. 28-

A do CPP, “além do que trata de matéria relativa à organização e controle institucional do Ministério Público, temas esses que se inserem no âmbito normativo atribuído constitucionalmente ao CNMP” (CABRAL, 2020, p. 172).

Formalizado o acordo entre o Ministério Público e indiciado (acompanhado de seu defensor), para início do seu cumprimento deve-se observar uma condição que, sem ela, não há eficácia o pactuado: a homologação judicial.

A homologação, segundo Aury Lopes Júnior (2020, p. 224), se presta para o juiz “avaliar a voluntariedade do acordo e sua legalidade”. Para tanto, o juiz designará audiência onde, na presença do defensor, será ouvido o investigado acerca da voluntariedade do acordo.

Nesta audiência compete, também, ao juiz verificar a legalidade da proposta. Insto é, “deverá observar a presença dos requisitos legais para a celebração do acordo, a não ocorrência de causa impeditiva, a legalidade do conteúdo do acordo e das condições ajustadas pelas partes” (ARAS, 2020, p.219).

Com a concordância da defesa, é possibilitado ao juiz devolver a proposta de acordo ao Ministério Público para que seja reformulada alguma condição considerada inadequada, insuficiente ou abusiva (art. 28-A, §5º, do CPP).

Também ao juiz compete, caso a proposta não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação supra, recusar a homologação do acordo. Em casos tais, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia (art. 28-A, §8º, do CPP).

A redação do § 8º apresenta poderes inquisitórios ao juiz, bem descreve Aras (2020, p. 221) “o juiz não pode preordenar a atuação do Ministério Público para a propositura da ação penal [...] Cabe ao juiz rejeitar a homologação e devolver os autos ao Ministério Público para que proceda como entender de direito”.

Desta feita, rejeitada a homologação e se acreditar ser indevida, o *parquet* poderá, nos termos do inc. XXV, do art. 581, do CPP (também acrescido pela Lei 13.964/19), interpor recurso em sentido estrito visando reverter a decisão proferida pelo magistrado.

Mantida a recusa na homologação, não resta outra alternativa senão a propositura da ação penal, que tem início com a denúncia. Isso porque não deve ser caso de arquivamento, pressuposto do ANPP. Falhando a trilha do acordo, a estrada principal deve ser retomada.

Em havendo homologação o pacto estará pronto para início do cumprimento perante o juízo da execução, como determina o §6º do art. 28- A do CPP. Portanto, homologado o acordo cabe ao Ministério Público pedir que os autos sejam remetidos ao juízo da execução para se iniciar o cumprimento (CABRAL, 2020, p. 175).

A homologação do acordo gera, também, a suspensão do prazo prescricional (art. 116, inc. IV, do Código Penal). Assim, enquanto o acordo está pendente de cumprimento a prescrição fica estanca, voltando a correr apenas com a rescisão do acordo.

Quando a recusa em propor o acordo por parte do Ministério Público, garante-se ao investigado requer a remessa dos autos ao órgão superior do *parquet*. Caso o órgão superior concorde com o requerimento do investigado deverá indicar um novo membro para ajustar as condições do acordo ou, em caso de concordância com o *parquet* natural, retornam os autos para oferecimento da peça acusatória (ARAS, 2020, p. 216).

O cumprimento do acordo, antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19 gerava o arquivamento do inquérito, agora, acarreta, nos termos do §13, do art. 28-A do CPP, a extinção da punibilidade do investigado. Por oportuno, consoante redação do §12, a celebração do acordo não constará na certidão de antecedentes do agente, senão para obstar uma nova proposta dentro dos cinco anos subsequentes.

Se, eventualmente, alguma das condições seja descumprida, poderá haver a rescisão do acordo e posterior prosseguimento da persecução penal. O texto de lei usa o verbo deverá, indicando, implicitamente, uma obrigação em rescindir. Contudo, conforme ensinamentos de Aury Lopes (2020, p. 225), “considerando ainda que estamos diante de um negócio jurídico processual, é aplicável, por exemplo, as teorias civilistas da boa-fé e também do adimplemento substancial, para fins de manutenção do acordo ou extinção da punibilidade por cumprimento das condições”, sempre respeitado o princípio do contraditório.

O contraditório garante que, se o inadimplemento de alguma condição ocorreu por motivos de força maior ou caso fortuito, em sendo ela demonstrada, possa ser prorrogado o acordo ou, até mesmo, repactuada determinada cláusula.

O oferecimento da denúncia ou complementação das investigações será a saída após a rescisão do acordo. Na mesma decisão que reconhece a rescisão do acordo será o marco de retomada da contagem do prazo prescricional.

Alguns crimes permissivos de ANPP o são também para suspensão condicional do processo. Havendo a rescisão do primeiro por inadimplemento de alguma das condições ajustadas poderá ser usado pelo Ministério Público como justificativa para não oferecimento do segundo.

Seguindo os preceitos trazidos pela nova legislação, a participação da vítima no acordo se mostra razoável visto que uma das condições é a própria reparação do dano a ela causada. Por isso da celebração do acordo e do seu eventual descumprimento ela deverá ser intimada.

Como a vítima tem o dever de ver ressarcido o seu prejuízo, a cláusula de ressarcimento dos prejuízos não tem o condão de fechar a porta no âmbito cível para buscar a respectiva indenização, no entanto, o valor abarcado no ANPP pode ser abatido daquele fixado no juízo cível.

Em resumo, sendo o caso de acordo, oferecido (com todas as suas peculiaridades), devidamente homologado e cumprido perante o juízo da execução, parte-se para a extinção da punibilidade. Mesmo tendo esse sintético esquema, o acordo ainda encontra entraves constitucionais. Segue o próximo tópico para melhor esquematizar os conceitos, as incompatibilidades e as incertezas que estão envoltas ao novo acordo de não persecução penal.

### **Quanto à sua constitucionalidade**

Com o advento da Lei 13.964 de 2019, que transformou o acordo de não persecução penal em lei ordinária, resolveu-se o “calcanhar de Aquiles” da Resolução 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP.

A constitucionalidade do acordo (à época da Resolução) era constantemente questionada, seja porque carece ao CNMP competência para legislar sobre direito processual penal ou porque a atuação do Conselho se restringe ao “controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros, estabelecendo constitucionalmente suas atribuições.” (ALEXANDRE DE MORAES, 2018, p. 824).

Houve quem militou em favor da constitucionalidade da referida resolução, contudo, com a vigência da Lei 13.964 a discussão perde o seu objeto. Mas não por isso que o novel art. 28-A do CPP, recém introduzido, desmerece ter sua constitucionalidade também questionada. Aliás, é o que se propõe doravante.

Inicialmente, ante a primazia da *ultima ratio* do direito penal, tem-se que o direito penal, por ser demasiado invasivo, deve ser medida excepcional. Contudo, ainda assim, inúmeras situações dão azo a sua aplicação.

A aplicação do direito penal demanda previsibilidade, ou seja, um processo com normas claras e abstratas. Muito além de apenas um legitimador da punição imposta pelo Estado, o processo penal é um meio de garantir ao acusado a observância de seus direitos fundamentais (AURY LOPES JÚNIOR, 2020, p. 39).

É por isso que a aplicação de uma pena não pode ser desassociada de um processo penal. Como leciona Lopes Jr. (2019, p. 49), “fica estabelecido o caráter instrumental do processo penal com relação ao direito penal e à pena, pois **o processo penal é o caminho necessário para a pena.**” (grifos originais).

Assim também dispõe a Constituição da República no seu inc. LIV, do art. 5º, ao dispor que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Trata-se de uma garantia fundamental que remonta à Magna Carta de 1215 e que, em linhas gerais, segundo Alexandre de Moraes (2018, p. 153), “configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa”.

Nesse diapasão, tendo o investigado preenchidos os requisitos para a formalização do acordo, as condições a que se sujeitará não possuem natureza jurídica de pena, vez que não houve um processo propriamente dito.

Consectário lógico do que fora explicitado forçoso concluir que as condições do acordo não são penas apesar da similitude com elas, nesse sentido leciona Vladimir Aras (2020, p. 206).

Noutro sentido Cláudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise (2019, p. 126), segundo eles as contrapartidas (discurso ainda sobre a Resolução 18/2017 do CNMP):

são similares às penas restritivas de direito previstas no art. 44 do Código Penal brasileiro, como exemplo, menciona-se a prestação de serviço à comunidade e a prestação pecuniária prevista em ambos os institutos, inclusive com o mesmo *nomen juris*, o que revela certo contrassenso da sua classificação como condição de um acordo negociado (pré-processual) se ambas são classificadas como pena, a ser cumprida após o transcorrer do inteiro devido processo legal.

Por isso, para eles o momento de oferta do acordo deveria ser após o recebimento da peça acusatória pelo juiz a fim de “garantir um mínimo de processo

possível”, até porque é somente após o recebimento dela que se delimita os recortes e limites da acusação (quais fatos estão sendo imputados e, conseqüentemente, deverão ser rebatidos pela defesa).

O Ministério Público tem a função institucional de promover, privativamente a ação penal pública. Equivale dizer que àquela instituição é dado poder de findar com a inércia do Poder Judiciário e fazê-lo apreciar as causas que estão sujeitas a ação penal pública, de forma privativa.

Ao promover a ação penal e direcioná-la ao juiz competente a ação penal terá início, iniciando-se a persecução penal.

A concessão da titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público eliminou o procedimento de ofício. Não é óbice a ela a referência feita ao final do inciso I do art. 129 da Constituição: *na forma da lei*. Isso significa que a legitimidade ativa do Ministério Público para a ação penal lhe é privativa; o que será feito *na forma da lei* é o *como* promover a ação (grifos originais) (Hugo Nigro Mazzilli, 2015, p. 134).

Pois bem, a ação penal será promovida pelo Ministério Público, ele detém esse mister privativamente (não exclusivamente haja vista a exceção da ação penal privada subsidiária da pública) e a estrutura do processo penal denota isso.

Essa estrutura pode ser inquisitorial ou acusatória, a depender do princípio unificador reitor adotado. Há ainda quem defenda a existência de um sistema misto, mas como leciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2009, p. 103) “todos os sistemas processuais penais conhecidos muno afora são mistos. Isso significa que não há mais sistemas puros, ou seja, da forma como foram concebidos”.

Continua o jurista (2009, p.109): “o princípio unificador será inquisitivo se se o sistema for inquisitório; e será dispositivo se o sistema for acusatório. Como ideia única, não comporta divisão e deste modo não se pode ter um princípio misto e, de consequência, um sistema misto”.

Pelo sistema inquisitorial não há uma distinção entre as figuras acusatória e judicante, por vezes maculando o resultado do julgamento, haja vista se a parte está convincente em acusar certamente o estará para condenar.

No sistema acusatório a gestão da prova está nas mãos das partes, por isso se adota o princípio dispositivo. Há uma distinção entre as figuras que operam no processo, realçando que cada uma possui um papel determinado (MIRANDA COUTINHO, 2009).

Há forte discussão acerca do sistema adotado no Brasil, uma vez que o Código de Processo Penal vigente tem aspirações no sistema fascista italiano, de estrutura inquisitorial, mas a Constituição da República, por sua vez abarca o sistema acusatório (AURY LOPES JÚNIOR, 2020, p. 53). Ainda:

Até o advento da reforma trazida pela Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, sempre afirmamos que o processo penal brasileiro era inquisitório (ou neoinquisitório), e que não concordávamos com grande parte da doutrina que classificava nosso sistema como “misto”, ou seja, inquisitório na primeira fase (inquérito) e acusatório na fase processual. E não concordávamos (e seguimos divergindo se insistirem) com tal afirmação porque dizer que um sistema é “misto” é não dizer quase nada sobre ele, pois misto todos são. O ponto crucial é verificar o núcleo, o princípio fundante, e aqui está o problema. Outros preferiam afirmar que o processo penal brasileiro é “acusatório formal”, incorrendo no mesmo erro dos defensores do sistema misto. BINDER, corretamente, afirma que “o acusatório formal é o novo nome do sistema inquisitivo que chega até nossos dias”. Nesse cenário (e até 2020) sempre dissemos categoricamente: O processo penal brasileiro é essencialmente inquisitório, ou neoinquisitório se preferirem, para descolar do modelo histórico medieval. Ainda que se diga que o sistema brasileiro é misto, a fase processual não é acusatória, mas inquisitória ou neoinquisitória, na medida em que o princípio informador era inquisitivo, pois a gestão da prova estava nas mãos do juiz.

Diante do exposto, e por clara disposição legal trazida pela reforma citada, art. 3º-A (apesar de permanecer suspenso por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal nas ADI’s 6.298, 6.299, 6,300 e 6.305), adotar-se-á o sistema penal acusatório, em detrimento do “neoinquisitório”, estando revogado tacitamente tudo aquilo que for contrário a ele.

No cenário acusatório, a função de acusar está, em regra, nas mãos do Ministério Público (art. 129, inc. I, da CR), ao passo que a ele cabe a promoção da ação penal pública, não devendo o órgão judicante intervir na sua de atuação sob pena de violação ao sistema acusatório, de índole Constitucional.

No exercício profissional, o órgão Ministerial deve respeitar certos princípios que regem sua atuação no mister acusatório. A ação penal pública, por exemplo, deve regênciã ao princípio da obrigatoriedade, pelo menos é o que tradicionalmente se ensina. À luz constitucional o referido princípio não se encontra expresso. Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc (2019, p. 79) lecionam que o Texto Maior não

traz previsão expressa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que temos como previsão expressa é o princípio da independência funcional dos membros do Ministério Público, não havendo a mínima possibilidade jurídica do parquet ser obrigado a mover a persecução penal judicial, há uma conveniência justificada pela livre valoração do interesse público.

De outro lado, há quem entenda, como é o caso de Afrânio Silva Jardim (1988, p. 85), que o princípio da obrigatoriedade vem destacado no art. 24 do Código de Processo Penal quando menciona que nos crimes de ação pública, a ação penal pública será promovida por denúncia do Ministério Público.

Segundo o princípio da obrigatoriedade da ação penal o Ministério Público, titular da ação penal pública incondicionada, “não pode transigir ou perdoar o autor do crime de ação pública” (ALEXANDRE REIS E VICTOR GONÇALVES, 2019, p. 93). Ou seja, “presentes os requisitos mínimos para o regular exercício da ação penal pública” (Jardim, 1988, p. 85) deverá o *parquet* promover a ação penal (oferecer denúncia). Acrescenta Jardim:

Os art. 42 e 576 consagram o princípio da indisponibilidade da ação exercitada e do recurso interposto. Como se sabe, o princípio da indisponibilidade é um consectário lógico, embora não absolutamente necessário. Não se teria sentido a lei exigir a propositura da ação pública e permitir, logo depois, pudesse o ministério público dela desistir.

Diante disso, tem-se que a obrigatoriedade é regra no ordenamento jurídico brasileiro, contudo, como toda boa regra, comporta exceções. Neste patamar temos a transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), segundo ela em não sendo caso de arquivamento o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

Após muitas discussões pacificou-se entendimento acerca da constitucionalidade da transação penal vez que tem como fundamento o art. 98, inc. I, e art. 129, I, ambos da Constituição da República, tratando-se realmente de uma mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Assim leciona Renato Brasileiro de Lima (2020, p.1566):

O fundamento constitucional da transação está em dois dispositivos da Carta Magna: art. 98, inciso I, que a autoriza, nas hipóteses previstas em lei; e, ainda, no art. 129, inciso I, que diz que são funções institucionais do Ministério Público promover a ação penal, na forma da lei. O exercício da ação penal pública deve, portanto, ser feito de acordo com os contornos da lei. E é exatamente a Lei nº 9.099/95 que traz o delineamento do cabimento da transação penal.

Em sendo o caso de inexistência do art. 76 da Lei 9.099/95 não haveria que se falar em princípio da oportunidade vez que não haveria mitigação à obrigatoriedade, ficando hígida a regra geral.

Seguindo os ensinamentos de Jardim (1988, p. 84):

O princípio da oficialidade da ação penal pública, conjugado com o princípio da legalidade dos atos do poder público, postulado básico do estado de direito, com que tenhamos de conceber a obrigatoriedade do exercício da ação pública como regra geral. Vale dizer, tendo em vista o caráter cogente das normas penais incriminadoras, sendo o estado a parte legitimada para instaurar o processo, que se apresenta sempre necessário para a aplicação da sanção, somente havendo dispositivo legal expresso é que poderíamos aceitar que o membro do Ministério Público tenha o poder discricionário para, neste ou naquele caso, decidir se oferece a denúncia ou não. A regra não precisa ser afirmada, mas a exceção é que necessita de previsão expressa. É intuitivo.

Pois bem, o Constituinte Originário ao dispor, *in fine*, no inciso I, do art. 129 – na Constituição por óbvio – que a ação penal pública será promovida pelo Ministério Público “na forma da lei”, atribuiu ao legislador ordinário a faculdade de regular como se dará a sua promoção.

O legislador, por ocasião da reforma “Anticrime” elevou o ANPP a status de lei ordinária, criando assim mais uma forma de mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Tendo por base os ensinamentos de Silva Jardim, sendo a obrigatoriedade da ação penal a regra geral as exceções devem ser trazidas pela Lei, assim ocorre com a transação penal (conforme supra), parcelamento do crédito tributário e colaboração premiada (BRASILEIRO, 2020) e agora com o ANPP.

Outro ponto a ser discutido é a necessidade de confissão, formal e circunstanciada, do crime como requisito para que a benesse seja aproveitada pelo investigado. Ora, segundo o princípio *nemo tenetur se detegere* “o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório” (LOPES JÚNIOR, 2020, p. 119).

Tal princípio encontra morada no inc. LXIII, do art. 5º da Constituição da República, art. 8º, 2, “g”, e 3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e artigo 14, 3, “g” do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Um desdobramento deste princípio é o direito de não ser o investigado constrangido a confessar a prática do delito praticado. Esse constrangimento é observado, mesmo na ausência de tortura ou outro meio insidioso ou gravoso que o força a produzir prova contra si. O condicionando a fins de obtenção de um benefício é, em primeira vista, uma afronta ao princípio em tela.

Nesse interim, ressalta-se o retrocesso acerca da confissão, que outrora, em tempos inquisitoriais, era considerada a rainha das provas (LOPES JÚNIOR, 2020, p.

500). Para Cláudio José Langroiva Pereira e Bruno Girade Parise a confissão não deve ser moeda de troca visando o início de negociações sob pena de violação à evolução histórica (2019, p. 127).

A confissão, segundo Renato Brasileiro de Lima (2019, p. 711), é um meio de prova pelo qual o acusado admite a imputação penal que lhe é feita perante a autoridade judiciária ou policial. Ela deve ser simples, não obstante simples, deve ser detalhada quanto ao fato criminoso e suas circunstâncias. Isto é, não se admite confissão qualificada, aquela em que o acusado confessa o delito, porém, aduz alguma causa excludente de ilicitude ou culpabilidade.

A confissão é retratável, ou seja, “o acusado poderá arrepender-se dela, se ainda e tempo” (EUGÊNIO PACELLI, 2020, p. 315).

Em caso de rescisão do acordo pelo descumprimento, qual a função dessa confissão, servir de base para eventual condenação? Ser desentranhada dos autos? Enfim, parece mais complicar do que ajudar.

O acordo para ser formalizado deve não ser caso de arquivamento, ou seja, não pode ele (o acordo) servir de meio para obtenção da justa causa através da confissão do acusado, Cabral, 2020, p. 106/1017. Ainda (p. 183), caso haja descumprimento do acordo e ele seja rescindido, o Ministério Público poderá se utilizar da confissão outrora formalizada para embasar a acusação e servir de elemento de informação.

Noutro sentido Rogério Sanches da Cunha (2020, p. 138),

apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica, a culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda devido processo legal.

No mais, esclarece-se que a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais (§12, do art. 28-A do CPP).

Rafael Junior Soares, Luiz Antônio Borri e Lucas Andrey Battinni (2020, p. 219) discutem acerca da confissão:

No tocante a situação de descumprimento do acordo, verifica-se que a matéria necessariamente precisa ser conjugada com a aprovação completa da lei, visto que, de acordo com o juiz das garantias e suas regulamentações (art. 3º-B a 3º- F, CPP), o inquérito policial não mais acompanharia o processo-crime, de modo que a confissão ficaria naturalmente excluída da fase de instrução, não se podendo utilizar da declaração do acusado para proferimento de sentença (art. 3º-C, §3º, CPP).

Assim, ante a suspensão da dos dispositivos que tratam do juiz de garantias pelo Supremo Tribunal Federal, em liminar nas ADI's 6.298, 6.299, 6,300 e 6.305, a íntegra vontade legislativa não consegue ser praticada. Diante disso, o razoável é a não utilização da confissão em eventual fase judicial na remota hipótese de haver rescisão do acordo, por expressa vontade legislativa, ainda que suspenso parte dos dispositivos.

Há quem argumenta no sentido de o acordo ser de livre pactuação, ou seja, o acusado confessa se quiser se beneficiar com ele, caso não apresente interesse em confessar não aceita o ANPP (VLADIMIR ARAS, 2020, p. 197).

Segundo o princípio da presunção da inocência (art. 5º, inc. LVII, da CR, art. 283 do Código de Processo Penal), no seu prisma probatório, é da acusação o ônus de provar a prática do delito. Assim, deve-se provar a culpa e não a falta dela. Se à acusação cabe provar a prática do delito, o condicionamento de um benefício processual ao cumprimento de uma obrigação processual da parte contrária certamente está em descompasso com esse prisma do princípio da presunção da inocência e, em consequência, do princípio do *nemo tenetur se detegere* caso o a disposição do art. 3-C do CPP não for observada.

Ou seja, o acordo não consta nas certidões de antecedente criminais e a confissão em sede de ANPP não importa em reconhecimento de culpa, para a qual demandaria um devido processo legal (ROGÉRIO SANCHES, 2020, p.138). No mais, a confissão é retratável e, por disposição do art. 3-C do CPP, a íntegra do inquérito não é juntada em eventual ação penal, não há descompasso com o princípio de não produzir prova contra si, expresso na Carta Maior.

Após formalizado e delineado seus contornos o acordo deve ser cumprido. Para tanto a lei determina que ele seja remetido ao juízo da execução penal (art. 28-A, §6º, do CPP).

Pois bem, cabe ao juízo da execução penal conduzir e fiscalizar o correto cumprimento da pena (GUILHERME DE SOUZA NUCCI, 2020, p. 165). Segundo o Autor (p. 26) a execução penal é a “fase processual em que o Estado faz valer a pretensão executória da pena, tornando efetiva a punição do agente e buscando a concretude das finalidades da sanção penal.”

Viu-se anteriormente que as condições estipuladas para cumprimento não têm natureza jurídica de pena (sanção), de certo que o cumprimento delas não deve ser realizada em juízo especial para o cumprimento da reprimenda penal.

A Lei de Execuções Penais, em seu art. 66, delimita a competência do juiz da execução. Os incisos demonstram o intuito em limitar a atuação do juiz da execução penal ao bojo do cumprimento da sentença penal condenatória.

Rogério Sanches Cunha (2020, p. 132) critica essa sistemática, “equivoco do legislador ao determinar que a concretização do acordo dê no juízo das execuções penais. Erro crasso. Na VEC executa-se sanção penal. No ANPP não temos sanção penal imposta. Segue o jurista (2020, 138):

Essa arquitetura pensada pelo legislador merece críticas. O ANPP não deveria ser executado na VEC, pois não tem como objeto sanção imposta pelo Estado, mas condições voluntariamente pactuadas pelas partes. Deveria ser executado fora da VEC.

Na resolução 181/17 do CNMP caberia ao próprio Ministério Público a execução da avença, deveria a Lei ter aderido a essa sistemática e ter mantido com ele as providencias para o cumprimento do acordo (CUNHA, 2020, p. 132).

Diante disso, a se prestigiar ainda o princípio acusatório, regido pelo princípio unificador dispositivo pelo qual a gestão da prova se encontra nas mãos das partes e não do órgão julgador, tem-se que a melhor formula é promover o cumprimento do pacto fora do juízo da execução (exclusivo para a execução de sanções penais), pelo próprio Ministério Público como era previsto na Resolução 181 de 2017 do CNMP.

### **Considerações finais**

As inovações legislativas apresentadas pelo “Pacote Anticrime” são muito recentes e demasiadamente polêmicas, tanto são que, apesar da vigência já ter se operado, a suspensão de alguns dispositivos foi determinada pelo Supremo Tribunal Federal. A discussão aqui proposta é apenas uma fatia do bolo.

O acordo de não persecução penal desde seu nascedouro, com a Resolução 181/2017 do CNMP, teve sua constitucionalidade questionada. Após sua elevação à lei ordinária não haveria de ser diferente, inúmeros meandros do dispositivo merecem reflexão.

Não seria a primeira vez que uma questão constitucional é levantada frente a instituto despenalizador. Com a vigência da Lei 9.099/95 a transação penal, instituto por ela trazido, foi duramente criticada. No entanto, ao cabo, como visto, entendeu-se pela sua completa consonância com a Constituição da República. O mesmo não se pode dizer acerca do ANPP.

No mais, como se propôs em sede de objetivos específicos, esmiuçou-se o art. 28-A do Código de Processo Penal, a fim de conhecer as disposições legais acerca do novel instituto. Ato contínuo, buscou-se confrontá-lo com as normas constitucionais vigentes.

Buscou-se abordar a discussão constitucional do ANPP tendo por base os conceitos tradicionais, já pacificados, sobre o tema. Considera-se que o art. 28-A apresenta mais compatibilidades constitucionais do que o adverso. Em primeiro lugar, homenagens ao princípio acusatório defendido pela Constituição da República e se faz presente nos dispositivos acerca do pacto, como é exemplo o parágrafo 8º segundo o qual em havendo recusa à homologação do pacto o juiz deverá volver os autos ao Ministério Público para que ele analise o que entender de direito, necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

Ainda nessa seara, ao Ministério Público é atribuído o dever institucional de promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Isto é, a Constituição atribuiu ao Órgão Ministerial o dever de promover a ação penal, contudo para isso ele deverá seguir os ditames pronunciados pelo legislador infraconstitucional através da "lei". É por isso que o ANPP não viola o princípio da obrigatoriedade da ação penal, pois constitui uma exceção a ela.

Também não viola o Texto Maior a exigência de confissão do crime por parte do beneficiário do acordo. A confissão é meramente para fins de verificação das circunstâncias do crime, uma vez inocente confessando será possível, através dos indícios já encartados, perceber a sua fraca versão. No mais, verificação de culpa difere de confissão, aquela prescinde de um devido processo legal, justifica-se, portanto, a permanência dos elementos pré-processuais na secretária do juízo não sendo apensados aos autos (art. 3º-C, §3º, do CPP).

As condições a serem acordadas para cumprimento se assemelham a penas restritivas de direito, contudo com elas não podem ser confundidas, haja vista ser imprescindível a estas o devido processo legal. Chega-se, portanto, ao ponto de maior questionabilidade do acordo nos termos em que se encontra.

Após a sua formalização ele deverá ser cumprido perante o juízo da execução penal. Ora, o juízo da execução penal, como o próprio nome indica, é competente para presidir o cumprimento da sanção penal, para a qual pressupõe um processo penal e um trânsito em julgado (salvo exceções).

O acordo de não persecução penal é pré-processual, ou seja, antes de oferecida a denúncia. Uma saída abordada seria alterar o momento de propositura do acordo, para após o oferecimento da denúncia. Tal medida conferiria maior segurança ao investigado, haja vista a acusação já estaria delimitada, e também ao seu cumprimento haja vista a existência de um início processual.

Ante o exposto, constata-se que o ANPP tem potencial de ser uma ferramenta constitucional capaz de ser usada em favor dos jurisdicionados, fazendo com que inúmeros casos de menor complexidade sejam rápida e eficazmente resolvidos. Contudo, a matéria é nova, muito ainda há de se esclarecer sobre o novel instituto, não será aqui o seu termo final. A prática forense e a científica ainda terão de discutir o tema a fim de pacificá-lo.

## Referências

ARAS, V. *et al.* **Lei anticrime comentada**. Leme: JH Mizuno. 2020.

BRASIL, **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília/DE, 27 de setembro de 1995. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm)>. Acesso em: abril. 2021.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181 de 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>>. Acesso em: abril de 2021

\_\_\_\_\_. Constituição. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)> Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos**. Brasília/DF, 7 de julho de 1992. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: maio de 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969**. Brasília/DF, 9 de novembro de 1992. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d0678.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm)>. Acesso em: maio de 2021.

\_\_\_\_\_. **Decreto-Lei n. 3.689 de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal**. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro/RJ, 13 de outubro de 1941. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm) > Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei 13964 de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3)>. Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. **Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Lei Maria da Penha**. Diário oficial da União, Brasília/DF, 08 de agosto de 2006. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm)>. Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Portal da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 10832 de 06 de junho de 2018. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal**. Disponível em: <

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>>. Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Portal da Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei nº 882 de 19 de fevereiro de 2019. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.** Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>>. Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas-corpus nº 846487**, da Segunda Turma. Brasília, 26 de outubro de 2004. DJ 27.10.2004 Disponível em <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=388736>>. Acesso em: abril de 2021.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Tema 0184**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/listarProcesso.asp?PesquisaEm=tema&PesquisaEm=controversia&PesquisaEm=ambos&situacaoRG=TODAS&situacaoAtual=S&txtTituloTema=&numeroTemalInicial=184&numeroTemaFinal=184&acao=pesquisarProcesso&dataInicialJulgPV=&dataFinalJulgPV=&classeProcesso=&numeroProcesso=&ministro=&txtRamoDireito=&ordenacao=asc&botao=>>>. Acesso em: abril 2021.

CABRAL. R. L. F. **Manual do acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2020.

COUTINHO. Jacinto N. M. **Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado**. Revista de informação legislativa, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194935/000871254.pdf?sequence=3&isAllowed=y>>. Acesso em: maio de 2021.

CUNHA. R. S. **Pacote anticrime: Lei 13.964/2019 – comentários às alterações no CP, CPP e LEP**. Salvador: JusPodivm, 2020.

\_\_\_\_\_. *et al.* **Acordo de não persecução penal: resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela res.183/2018**. 2ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

FRANCO. José Henrique Kaster. **“A quimera de Moro e o delinquente habitual no projeto anticrime”**. Revista Consultor Jurídico, 16 de setembro de 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-set-16/opinioao-quimera-delinquente-habitual-projeto-anticrime>>. Acesso em: abril de 2021.

JARDIM. Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

JUNIOR. Aury Lopes. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. 5. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

\_\_\_\_\_. **Direito processual penal**. 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, R. B. **Manual de processo penal**. 7ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

\_\_\_\_\_. **Manual de processo penal**. 8ª ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

MAZZILI, Hugo Nigro. **Introdução ao ministério público**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 34. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

NUCCI. Guilherme. **Curso de execução penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense. 2020.

PACELLI. E. **Curso de processo penal**. 24ª ed. São Paulo: Atlas. 2020.

PEREIRA. Cláudio J. L.; PARISE, Bruno G. (2019, p. 126), **Segurança e justiça: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório**. Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Segurança e Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 14 de setembro de 2019. Disponível em <<http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v19n38/1692-2530-ojum-19-38-115.pdf>>. Acesso em: maio de 2021.

REIS. A. C. A.; GONÇALVES. V. E. R. **Direito processual penal esquematizado**. 8ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

SOARES R. J; BORRI. L. A.; BATTINNI. L. A. **A necessidade de confissão para formalizar o acordo de não persecução penal**. Revista Consultor Jurídico, 2 de setembro de 2020. Disponível em < <https://www.conjur.com.br/2020-set-02/soares-daguer-necessidade-confissao-anpp>>. Acesso em: julho de 2021