UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

DAYANE CRISTINA FERNANDES

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
Uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da justiça consensual a luz do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Ouro Preto
2022

DAYANE CRISTINA FERNANDES

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
Uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da justiça consensual a luz do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Monografia do curso de Direito da Universidade Federal de Ouro Preto, como requisito parcial para obtenção do título de bacharel.
Orientador: Prof. Luiz Henrique Manoel da Costa.

Ouro Preto
2022

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO
UNIVERSIDADE FEDERAL DE OURO PRETO
REITORIA
ESCOLA DE DIREITO, TURISMO E MUSEOLOGIA
DEPARTAMENTO DE DIREITO

FOLHA DE APROVAÇÃO

Dayane Cristina Fernandes

Acordo de não persecução penal:

uma análise doutrinária e jurisprudencial acerca da justiça consensual a luz do princípio da obrigatoriedade da ação penal

Monografia apresentada ao Curso de Direito da Universidade Federal
de Ouro Preto como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito

Aprovada em 10 de janeiro de 2022

Membros da banca

Especialista - Professor Luiz Henrique Manoel da Costa - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestre - Professor Edvaldo Costa Pereira Júnior - Universidade Federal de Ouro Preto
Mestre - Professor Fabiano Cesar Rebuzzi Guzzo - Universidade Federal de Ouro Preto

Professor Luiz Henrique Manoel da Costa, orientador do trabalho, aprovou a versão final e autorizou seu depósito na Biblioteca Digital de Trabalhos de Conclusão de Curso da UFOP em 10/01/2022

Documento assinado eletronicamente por **Luiz Henrique Manoel da Costa**, **PROFESSOR DE MAGISTERIO SUPERIOR**, em 25/01/2022, às 12:40, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015.

A autenticidade deste documento pode ser conferida no site http://sei.ufop.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0 , informando o código verificador **0271704** e o código CRC **E3C60A36**.

R. Diogo de Vasconcelos, 122, - Bairro Pilar Ouro Preto/MG, CEP 35400-000
Telefone: 3135591545 - www.ufop.br

AGRADECIMENTOS

À minha amada filha, Sofia, quem sempre foi a principal razão para que eu seguisse meus objetivos acadêmicos e profissionais. É uma honra ser sua mãe, espero te dar muito orgulho ao longo da vida.

À minha mãe, Gilda, quem me ensinou a ser forte, além de ser meu porto seguro e fonte de inspiração. Obrigada pelas vezes que desistiu dos seus próprios sonhos para que eu alcançasse os meus. Esta conquista é nossa.

À minha irmã e melhor amiga, Denise, a qual me incentivou e deu apoio para que eu seguisse meus objetivos, mesmo em tempo difíceis. Obrigada por sempre ter sido uma luz na minha vida.

Ao meu noivo e melhor amigo, Alex, meu maior incentivador e apoiador desde o início do curso. Palavras não seriam o suficiente para agradecer tudo o que você fez e faz por mim. Esta conquista também é sua.

Ao meu querido professor e orientador, Luiz Henrique, responsável pelos meus aprendizados em Direito Processual Penal, os quais levarei sempre comigo. Obrigada por me orientar neste trabalho com tanta dedicação e prontidão.

Às amigas que fiz durante o curso, as quais levarei em meu coração para sempre. Obrigada pelo apoio e companheirismo durante esses anos, vocês foram parte fundamental para esta conquista.

A todos os professores e servidores da Universidade Federal de Ouro Preto, os quais contribuíram para esta conquista, e sempre estarão em minha memória com muito carinho. Obrigada por toda dedicação.

RESUMO

A presente pesquisa objetiva analisar a inserção do acordo de não persecução penal, introduzido pela lei 13.964/2017, ao ordenamento jurídico, tendo como marco teórico a obrigatoriedade da ação penal pública prevista na Constituição federal de 1988 e suas medidas mitigadoras mediante a inserção do consenso no processo penal. Busca-se, mediante método hipotético dedutivo de pesquisa, realizar pesquisa jurídico descritiva do instituto do ANPP (acordo de não persecução penal) e sua adequação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, bem como analisar outras questões controvertidas sobre o tema, perpassando por uma análise pontual do instituto. Conclui-se que o ANPP é compatível com o princípio da obrigatoriedade mitigada da ação penal pública.

Palavras-chave: Persecução penal; ANPP; Princípio da obrigatoriedade; Ação penal.

ABSTRACT

This research aims to analyze the insertion of the Agreement at non-criminal prosecution, introduced by law 13.964/2017, into the legal system, having as a theoretical framework the mandatory public criminal action provided for in the Federal Constitution of 1988 and its mitigating measures through the insertion of the consensus in criminal proceedings. The focus is, through a hypothetical deductive research method, to carry out descriptive legal research of the ANPP institute and its adequacy to the principle of mandatory public criminal action, as well as to analyze other controversial issues on the subject, passing through a punctual analysis of the institute. It is concluded that the non-criminal prosecution agreement is compatible with the principle of the mitigated obligation of public criminal action.

Keywords: Non-criminal prosecution; ANPP; Principle of obligation; Criminal Action.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI - Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANMP - Associação Nacional de Membros do Ministério Público

ANPP - Acordo De Não Persecução Penal

ART - Artigo

CF - Constituição Federal

CNMP - Conselho Nacional do Ministério Público

CP - Código Penal

CPP - Código de Processo Penal

HC - Habeas Corpus

MP - Ministério Público

MPF - Ministério Público Federal

STF - Supremo Tribunal Federal

STJ - Superior Tribunal De Justiça

SUSPRO - Suspensão Condicional do Processo

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....7
2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA E SUAS MEDIDAS MITIGADORAS.....9
2.1 Justiça consensual no processo penal brasileiro.....14
2.1.1 Conceituação e evolução jurídica.....14
2.2 Acordos no Processo Penal.....15
2.2.1 Composição civil.....17
2.2.2 Transação Penal.....18
2.2.3 Suspensão Condicional do Processo.....19
2.2.4 Colaboração Premiada.....21
3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....23
3.1 Processo de inclusão do acordo de não persecução penal.....23
3.1.1 Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP.....23
3.2 O acordo de não persecução penal introduzido pela lei 13.964/19 ao código de processo penal.....26
4 ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 28-A do CPP.....27
4.1 O acordo de não persecução penal e o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal pública.....27
4.2 Dos requisitos.....29
4.2.1 Não sendo caso de arquivamento.....29
4.2.2 Pena mínima inferior a 4 anos.....29
4.2.3 Não cometido com violência ou grave ameaça.....30
4.2.4 Crimes praticados contra mulher.....32
4.2.5 Sem reincidência, habitualidade, reiteração ou profissionalismo.....33
4.2.6 Inexistência de acordo anterior.....34
4.3 Das condições.....35
4.3.1 Confissão formal e circunstanciada.....36
4.3.2 Reparação de dano e restituição de coisa a vítima.....39
4.3.3 Renúncia voluntária à bens e direitos.....40
4.3.4 Prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e/ou pagamento de prestação pecuniária.....40

4.3.5 Cumprimento, por prazo determinado, de outras condições estipuladas pelo Ministério Público....41
4.4 Do cumprimento....42
4.5 Do descumprimento....42
4.6 Da homologação judicial....43
5 OUTRAS QUESTÕES CONTROVERTIDAS ACERCA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL....44
5.1 Da atuação judicial....44
5.2 Da natureza jurídica....47
5.3 Da utilização da confissão para propositura da ação penal....49
6 CONCLUSÃO....51
REFERÊNCIAS....53

1 INTRODUÇÃO

A Constituição federal de 1988 outorgou a criação dos juizados especiais para infrações de menor potencial ofensivo, objetivando a celeridade processual em delitos de menor complexidade. Dessa forma, os juizados especiais foram regulamentados pela lei 9.099/95, a qual instaurou os instrumentos de consenso no processo penal, fundamentados nos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, pelos quais se implementam soluções ao abarrotamento e acúmulo de lides no sistema judiciário.

Nessa conjuntura, foi introduzido ao ordenamento jurídico o acordo de não persecução penal (ANPP), incialmente editado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio das resoluções 181 e 183 de 2017, e posteriormente, introduzido ao CPP, pela lei 13.964/2017, fundamentado na numerosa carga de processos que abarrotam as varas judiciais, e seguindo a tendência de soluções consensuais no processo penal, instaurada pela lei 9.099/95.

Prevê o artigo 28-A do CPP, a possibilidade de o Ministério Público, diante de condições legais, as quais serão analisadas no presente trabalho, propor ao investigado solução diversa à propositura da ação penal, por meio do acordo de não persecução penal.

Lado outro, estabelece o art. 127 da Constituição federal que cabe ao Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, promover, privativamente, ação penal pública na forma da lei, de modo que se determina o Princípio da obrigatoriedade da ação Penal Pública, definido, por parte da doutrina, como a impossibilidade do Ministério Público, diante da notícia da infração penal e da existência de justa causa (presentes as condições da ação), deixar de propor ação penal, a qual é consolidada diante da denúncia pelo *parquet.*

Em contrapartida, tomando em consideração a introdução do consenso no processo penal, parte da doutrina leciona pela *obrigatoriedade mitigada* da ação penal pública, de maneira que se entende pela discricionariedade do Ministério Público em propor a ação penal pública, seguindo os critérios da conveniência e oportunidade, para fins de possibilidade de soluções consensuais ao processo penal.

Nesse interim, iniciou-se divergências doutrinárias acerca da constitucionalidade dos institutos consensuais no processo penal, ante o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista essa alternativa ao oferecimento da denúncia pelo *parquet,* mesmo presentes as condições da ação penal.

Assim, a presente pesquisa jurídica descritiva pretende analisar o instituto do ANPP, o qual encontra-se inserido nesse novo paradigma do consenso no processo penal, mediante o estudo doutrinário e jurisprudencial de sua inserção ao ordenamento jurídico bem como sua adequação (ou não) ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Para tanto, por meio da metodologia de pesquisa qualitativa, com a utilização do método hipotético-dedutivo, mediante revisão bibliográfica bem como análise jurisprudencial dos Tribunais (STJ, STF, e tribunais estaduais e Federais), buscou-se analisar o instituto do acordo de não persecução penal, à luz do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, e das formas de justiça consensual no sistema penal brasileiro.

Nesse interim, inicialmente, necessário se fez um estudo detalhado acerca do marco teórico do presente trabalho, qual seja, o princípio da obrigatoriedade (*mitigada)* da ação penal pública.

Para tal, buscou-se estudar a ação penal em todas as suas vertentes, quais sejam a ação penal pública, ação penal pública condicionada, ação penal privada subsidiária da pública, e ação penal privada propriamente dita, bem como seus princípios constitucionais. Nesse interim, necessário se fez analisar as formas de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, no qual se insere, para além das formas consensuais de solução de conflito, as ações penais privada e pública condicionada a representação.

Ainda, como sendo continuação do marco teórico do presente trabalho, fez-se necessário uma análise minuciosa da justiça consensual no processo penal brasileiro, mediante uma análise de sua evolução jurídica bem como dos institutos consensuais no processo penal, a qual foi explanada no capítulo dois.

No capítulo três, realizou-se uma análise do processo de introdução do ANPP, ao CPP, incialmente instaurado pela resolução 181/2017, perpassando pelas controvérsias acerca de sua constitucionalidade e substituição pela resolução 183/2017, até a introdução ao código de processo penal, por meio da lei 13.964/2017.

Nos capítulos quatro e cinco, faz-se uma pesquisa jurídico-descritiva a partir de uma análise doutrinária e jurisprudencial pela qual se pretendeu descrever o ANPP, bem como suas questões controvertidas.

Em síntese, assentou-se a pesquisa sob o fundamento teórico da obrigatoriedade versus consenso; sem destoar de uma leitura constitucional das regras e princípios processuais penais.

2 PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA

A ação penal, regulada no título VII do CP e título III do CPP, definida pela doutrina majoritária como "um direito subjetivo público de invocar a prestação jurisdicional do Estado, em face de uma determinada pretensão, lastreada em norma penal ou processual penal" (JARDIM, 2001, p. 34) encontra respaldo no artigo 5°, XXXV, da Constituição federal, o qual estabelece que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

A doutrina classifica a ação penal em virtude da legitimação ativa. Desta forma, a pretensão punitiva é invocada em juízo através de denúncia, pelo Ministério Público, na ação pública, e por mediante queixa, articulada pelo ofendido, na ação privada. Eventualmente, a lei condiciona a propositura da ação penal pública ao interesse da vítima, mediante representação, quando então teremos a ação penal pública condicionada a representação. Outrossim, a inatividade do Ministério Público, pode justificar a ação privada promovida pela vítima, nessa situação dando causa a ação penal privada subsidiária da pública.

A partir do artigo 5°, LIX, da Constituição federal[1], artigo 29, do CPP[2], e artigo 100, § 3º, do CP[3], verifica-se a possibilidade da AÇÃO PRIVADA SUBSIDIÁRIA DA PÚBLICA, nos casos em que o Ministério Público deixe de propô-la dentro do prazo legal previsto[4].

> Esses preceitos, somados ao já mencionado artigo 129, inciso I, da Constituição da República e ao artigo 24 do CPP, indicam que tal princípio não é um mito, sendo inegável que o sistema brasileiro é adepto ao princípio da obrigatoriedade da ação pública, devendo a lei processual disciplinar as hipóteses em que fica mitigado ou flexibilizado (ANDRADE, 2019, p. 281).

Ainda, no que se refere a ação penal subsidiária da pública, tem-se que o tema é trazido à baila pelo STF, uma vez que, diante da inércia do Ministério Público, a sua titularidade privativa em promover ação penal pública, pode ser relativizada mediante a garantia da ação privada subsidiária. Vejamos:

---

[1] LIX - será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal

[2] Art. 29. Será admitida ação privada nos crimes de ação pública, se esta não for intentada no prazo legal, cabendo ao Ministério Público aditar a queixa, repudiá-la e oferecer denúncia substitutiva, intervir em todos os termos do processo, fornecer elementos de prova, interpor recurso e, a todo tempo, no caso de negligência do querelante, retomar a ação como parte principal.

[3] § 3º - A ação de iniciativa privada pode intentar-se nos crimes de ação pública, se o Ministério Público não oferece denúncia no prazo legal

[4] Art. 46. O prazo para oferecimento da denúncia, estando o réu preso, será de 5 dias, contado da data em que o órgão do Ministério Público receber os autos do inquérito policial, e de 15 dias, se o réu estiver solto ou afiançado. No último caso, se houver devolução do inquérito à autoridade policial (art. 16), contar-se-á o prazo da data em que o órgão do Ministério Público receber novamente os autos.

> [...O ajuizamento da ação penal privada subsidiária da pública pressupõe a completa inércia do Ministério Público, que se abstém, no prazo legal, de oferecer denúncia, ou de requerer o arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, ou, ainda, de requisitar novas (e indispensáveis) diligências investigatórias à autoridade policial. (...) [HC 74.276, rel. min. Celso de Mello, j. 3-9-1996, 1ª T, DJE de 24-2-2011.] = RE 274.115 AgR, rel. min. Ellen Gracie, j. 12-8-2003, 2ª T, DJ de 19-9-2003

Nesse contexto, aduz Eugênio Pacelli que "a ação qualificaria os meios de provocação da jurisdição" (PACCELI, 2021, p. 153).

> No processo penal, trabalha-se com o que se convencionou chamar de pretensão punitiva, que significa a pretensão condenatória de imposição da sanção penal ao autor do fato tido por delituoso. Ao falarmos em pretensão, estamos nos referindo a outro conceito já consolidado, no sentido de que seria ela a exigência de subordinação do interesse alheio ao próprio (PACELLI, p. 153, 2021).

A ação penal pública movida pelo Estado e tendo como titular o Ministério Público[5] é regida pelo princípio constitucional[6] da obrigatoriedade, pelo qual o Ministério Público, encontra-se obrigado a propor a ação penal pública.

Desta feita, determina o referido princípio que, diante da existência de justa causa, o Ministério Público deverá oferecer a denúncia "sendo-lhe vedada a realização de qualquer tipo de juízo de oportunidade e conveniência ou a busca de soluções diversas ou alternativas à propositura da ação penal (CABRAL apud COSTA ANDRADE, 1988, p. 339).
Nesse sentido, leciona Eugenio Pacelli:

> Estar obrigado a ação penal significa dizer que não se reserva ao *parquet* qualquer juízo de discricionariedade, isto é, não se atribui a ele qualquer liberdade de opção acerca da conveniência ou da oportunidade da iniciativa penal, quando constatada a presença de conduta delituosa, e desde que satisfeitas as condições da ação penal (PACELLI, 2021, p. 181).

Da mesma forma, Guilherme de Souza Nucci define que, em regra, a ação do *parquet* não pode ser discricionária no que se refere a propositura da ação penal pública, embora reconheça as exceções oriundas das formas consensuais penais estabelecidas no nosso ordenamento jurídico. No tocante a ação penal privada, leciona Nucci:

---

[5] Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.)
[6] Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei

> Logicamente, hoje, já existem exceções, abrandando o princípio da obrigatoriedade, tal como demonstra a suspensão condicional do processo, instituto criado pela lei 9.099/95, bem como a possibilidade de transação penal, autorizada pela própria Constituição (art. 98, I). A lei 13.964/2019 introduziu, também, o acordo de não persecução penal, atenuando a obrigatoriedade da ação penal. (NUCCI, 2020, p. 14).

Desta feita, o princípio da obrigatoriedade como forma de impedimento a soluções consensuais penais vem sendo questionado com fundamento na *discricionariedade regrada*, tendo em vista demais princípios constitucionais, como o da legalidade processual, não obstante o dever de atuação do *parquet*.

> A ideia importante da obrigatoriedade é a que não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro, que o Ministério Público não pode perseguir arbitrariamente alguns, nem conceder favores ilegítimos a determinadas pessoas (CABRAL, 2021, p. 37).

Com a inserção da justiça consensual penal ao ordenamento jurídico brasileiro, surgiram controvérsias acerca da constitucionalidade de tais institutos e sua adequação ao princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal, uma vez que tais formas consensuais de justiça possibilitam o não oferecimento da denúncia pelo *parquet,* mesmo diante da notícia da infração penal (fato típico, ilícito e culpável) e presença das condições da ação.

Lado outro, com o surgimento do novo paradigma do consenso no ordenamento jurídico brasileiro, instaurado por instrumentos como a composição civil, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, os quais serão analisados posteriormente, instaurou-se o entendimento da *discricionariedade regrada* como forma mitigadora do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Ademais, não obstante as formas mitigadoras do princípio da obrigatoriedade da ação penal, rectius, o consenso no processo penal, verifica-se que, anteriormente à instituição de tais medidas no ordenamento jurídico - inicialmente instauradas pela lei 9.099/95 – o princípio da obrigatoriedade já não era absoluto, tendo em vista a ação penal privada, propriamente dita, e a ação pública condicionada à representação, dispostas na Constituição federal.

Na ação penal privada, prevista no Artigo 100 [7] do CP e Artigo 30[8] do CPP, o ofendido, (ou, na sua falta, quem tenha qualidade para sucedê-lo), é o titular da ação penal, a qual será procedida mediante queixa. Nesse contexto, assim como na ação penal pública condicionada, na ação penal privada, rege o princípio da oportunidade.

> Como se sabe, por força de dispositivo constitucional expresso (art. 129), a regra é a persecução penal a cargo do Estado, por meio de ação penal pública, somente admitindo-se a iniciativa exclusivamente privada para crimes cuja publicidade, seja particularmente gravosa aos interesses do ofendido, deixando-se a este, portanto, o juízo de conveniência e a oportunidade da resposta penal. É o que ocorre, por exemplo, em relação aos crimes contra a honra. (PACELLI, p. 159, 2021).

Nesse sentido, opera-se o prazo decadência de 6 (seis) meses nos moldes do artigo 38, *caput*, do CPP[9], para que o querelante ofereça a queixa-crime, mesmo prazo estabelecido para representação na ação penal condicionada, acima analisada.

Entretanto, ao contrário da ação penal condicionada, tem-se que, na ação penal privada, há possibilidade de o querelante desistir da ação penal, por meio do perdão, o qual ocorre anteriormente ao recebimento da queixa, uma vez oferecido pelo ofendido e aceito pelo réu, ou por meio da perempção[10].

Com efeito, "se o querelante deixar de exercer sua pretensão acusatória, deverá o juiz extinguir o feito sem julgamento do mérito ou, pela sistemática do CPP, declarar a extinção da punibilidade pela perempção (art. 60 do CPP) " (LOPES JUNIOR, 2020, p. 368).

Portanto, no que se refere a ações de iniciativa privada bem como a ação pública condicionada a representação, não se aplica o princípio da obrigatoriedade. Conforme Oliveira:

---

[7] Art. 100. A ação penal é pública, salvo quando a lei expressamente a declara privativa do ofendido. [...] § 2º - A ação de iniciativa privada é promovida mediante queixa do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo. [...] § 4º - No caso de morte do ofendido ou de ter sido declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou de prosseguir na ação passa ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

[8] Art. 30. Ao ofendido ou a quem tenha qualidade para representá-lo caberá intentar a ação privada. Art. 31. No caso de morte do ofendido ou quando declarado ausente por decisão judicial, o direito de oferecer queixa ou prosseguir na ação passará ao cônjuge, ascendente, descendente ou irmão.

[9] 38, caput, do CPP: salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

[10] Art. 60. Nos casos em que somente se procede mediante queixa, considerar-se-á perempta a ação penal:

I - Quando, iniciada esta, o querelante deixar de promover o andamento do processo durante 30 dias seguidos;

II - Quando, falecendo o querelante, ou sobrevindo sua incapacidade, não comparecer em juízo, para prosseguir no processo, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias, qualquer das pessoas a quem couber fazê-lo, ressalvado o disposto no art. 36;

III - Quando o querelante deixar de comparecer, sem motivo justificado, a qualquer ato do processo a que deva estar presente, ou deixar de formular o pedido de condenação nas alegações finais;

IV - Quando, sendo o querelante pessoa jurídica, esta se extinguir sem deixar sucessor.

> Nestas hipóteses, por motivos de conveniência, economicidade, interesse e utilidade processual, mostra-se possível a desistência do processo, a renúncia ao direito de desencadear a ação penal contra o autor do fato, bem como o perdão do ofendido e a perempção (arquivamento dos autos em razão da desídia do autor) (OLIVEIRA, 2017, p. 239).

Por sua vez, para ser instaurada, a AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA, disposta no artigo 24 do CPP[11], necessita da "manifestação explícita do ofendido, no sentido de autorizar a persecução estatal, revelando, de modo inequívoco, o seu interesse em ver apurado o fato contra ele praticado" (PACELLI, 2021, p. 197). Desta feita, a lei estabelece quais delitos serão abrangidos pela necessidade da representação para propositura da ação penal usando as expressões "somente se procede mediante representação" (Lima, 2020).

> Diz-se que é pública, pois promovida pelo órgão do Ministério Público; diz-se que é condicionada, já que o Parquet não poderá promovê-la sem que haja o implemento da condição imposta pela lei: representação do ofendido ou requisição do Ministro da Justiça[12] (Renato Brasileiro de Lima, 2020, p. 332).

Desta feita, a ação penal pública condicionada a representação é regida pelo princípio da oportunidade ou conveniência, uma vez que se possibilita ao ofendido ou ao seu representante legal, a faculdade de autorizar a persecução penal ou não.

Tal representação, em regra, é irrenunciável, após o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público[13], conforme leciona Renato Brasileiro de Lima:

> "Apesar disso, doutrina e jurisprudência entendem que, pelo menos em regra, não é possível a ocorrência de renúncia à representação, já que o art. 104 do Código Penal refere-se apenas à renúncia do direito de queixa. Logo, não é cabível a renúncia do direito de representação, sob pena de se acrescentar uma hipótese de extinção da punibilidade sem previsão legal" (LIMA, 210, p. 333).

Não obstante, admite-se a retratação da representação desde que operada antes do oferecimento da denúncia e no procedimento especial dos crimes de menor potencial ofensivo,

---

[11] Art. 24, CPP: Nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo

[12] Delitos praticados contra a honra do Presidente da República, a "requisição" do Ministro da Justiça (art. 145, parágrafo único, do CP)

[13] Art. 25. A representação será irretratável, depois de oferecida a denúncia.

mesmo depois de ofertada a denúncia, quando nos termos do artigo 79 da Lei de Regência, lei 9.099/95[14].

É que, no que se refere ao instituto da composição civil dos danos, alhures explicitado, verifica-se uma exceção à regra da irrenunciabilidade da representação após a denúncia feita pelo Ministério Público, uma vez a lei 9.999/95, estabelece que se tratando de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação[15].

Por fim, insta salientar que, não obstante a faculdade de representação do ofendido, tem-se que esta possui prazo decadencial de 6 meses, nos moldes do artigo 38, *caput*, do CPP[16].

2.1 Justiça consensual no Processo Penal brasileiro

Para análise acerca da justiça consensual penal brasileira como forma mitigadora do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, faz-se necessário um estudo acerca dos instrumentos de justiça consensual penal, bem como da evolução jurídica acerca do tema.

2.1.1 Conceituação e evolução jurídica

Com o advento dos juizados especiais criminais, analisados no tópico adiante, instituiu-se no país a modalidade consensual do processo penal. Nesse contexto, não obstante o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal, pelo qual, diante da notícia da infração penal (fato típico, ilícito e culpável) e presença das condições da ação, o *parquet* não poderia deixar de propor a denúncia, surgiram controvérsias doutrinárias acerca da constitucionalidade de tais formas de consenso.

Sobre o tema, a doutrina instituiu como forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, a *discricionariedade regrada*, pela qual o *parquet* mediante "análise da sua conveniência e oportunidade à luz do caso concreto. De forma fundamentada,

---

[14] Art. 79. No dia e hora designados para a audiência de instrução e julgamento, se na fase preliminar não tiver havido possibilidade de tentativa de conciliação e de oferecimento de proposta pelo Ministério Público, proceder-se-á nos termos dos arts. 72, 73, 74 e 75 desta Lei.
Art. 72. Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[15] Art. 74, parágrafo único, da lei 9.099/95.

[16] 38, caput, do CPP: salvo disposição em contrário, o ofendido, ou seu representante legal, decairá do direito de queixa ou de representação, se não o exercer dentro do prazo de 6 (seis) meses, contado do dia em que vier a saber quem é o autor do crime, ou, no caso do art. 29, do dia em que se esgotar o prazo para o oferecimento da denúncia.

pode deixar de oferecer os benefícios, mas de acordo com os critérios legais. ” (SILVA, 2016, p.1).

Sobre o tema, leciona Pacceli:

> Na busca de definição conceitual dos institutos e categorias jurídicas trazidas pela citada lei, a doutrina logo cuidou de classificar o novo modelo processual como instituidor de suposta *discricionariedade regrada*, que viria assim a mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal, impondo ao Ministério Público uma nova postura em relação à sua iniciativa penal (PACCELI, 2021, p. 194).

Nesse sentido, para Ada Pellegrini Grinover (2002, p.18) verifica-se a mitigação do princípio da obrigatoriedade, na medida em que se possibilita ao *parquet,* outra forma de aplicação da justiça que não a oferta da ação pública, da qual é titular.

> A discricionariedade regulada constitui resposta realista do legislador (e, em nosso sistema, do constituinte), à ideia de que o Estado moderno não pode nem deve perseguir penalmente toda e qualquer infração, sem admitir-se, em hipótese alguma, certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de atenção. (GRINOVER, 2002, p. 95).

Em sentido contrário ao entendimento da mitigação da obrigatoriedade da ação penal, entende PACCELI, (2021, p. 195) que ao *parquet* não é conferido nenhum juízo de discricionariedade, na medida em que ele se desobriga apenas da ação penal, entretanto, ainda se encontra obrigado a propor as demais formas estabelecidas em lei para solução consensual.

2.2 Acordos no Processo Penal

A lei 9.099/95 instituiu os juizados especiais os quais preceituam instrumentos de consenso alternativos ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Nesse ínterim, tem-se que, conforme os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade[17], pelos quais são regidos os processos perante o juizado especial, instituiu-se uma nova política criminal (ANDRADE, 2019).

Lembre-se que tal instituto é oriundo da Constituição federal[18] de 1988, a qual outorga a criação de juizados especiais para infrações de menor potencial ofensivo, tendo sido tal

---

[17] Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade

[18] Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

I - Juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo,

instituto regulamentado pela lei 9.099/95, de maneira que a doutrina a define como marco na implementação da justiça consensual penal no Brasil. (GRINOVER).

Por conseguinte, por meio da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo, "o Brasil seguiu a tendência de introdução de espaços ou de instrumentos de consenso em seu ordenamento jurídico-penal com o propósito de desburocratizar e acelerar a atuação da justiça criminal no que tange a pequena e a média criminalidade" (ANDRADE, 2019, p.6). Desta feita, tem-se que a desburocratização é oriunda da necessidade de "respostas mais céleres e eficientes aos comportamentos delitivos" (ANDRADE, 2019, p. 205), tendo em vista o abarrotamento do sistema judiciário.

Nesse contexto, tendo em vista a inserção da justiça penal consensual ao ordenamento jurídico, fundada na dignidade da pessoa humana, duração razoável do processo e eficiência (ANDRADE, 2019) e implementada por diversos mecanismos de consenso tais como o acordo de não persecução penal, verifica-se " uma mudança de mentalidade, que rompe com os esquemas clássicos do direito processual penal (...) passam a buscar soluções mais céleres e equânimes, que melhor atendam às expectativas do Estado, da sociedade e do próprio acusado" (ANDRADE, 2019, p. 60).

Dessa forma, no rito sumaríssimo, os institutos foram instituídos pela lei 9.099/95 para solução consensual de delitos de menor potencial ofensivo, definidos como os crimes em que a lei comine pena máxima igual ou não superior a 2 anos e ou multa e todas as contravenções penais.

Em vista de tais institutos, depreende-se o princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada.

> Tal obrigatoriedade, porém, não é absoluta, sendo mitigada no âmbito das infrações sujeitas ao Juizado Especial Criminal, em que há a possibilidade de transação penal prevista nas Leis 9.099/1995 e 10.259/2001 e admitida pela própria Constituição Federal no art. 98, I. Adota-se, neste último caso, o princípio da obrigatoriedade mitigada ou da discricionariedade regrada, viabilizando-se ao Ministério Público, diante da presença dos requisitos legais, deixar de propor a ação penal e oferecer ao autor do fato a aplicação imediata de pena não privativa de liberdade, encerrando-se, assim, o procedimento. (AVENA, 2021 p.245)

Nessa acepção, tem-se que a obrigatoriedade mitigada da ação pública se aplica ao instituto do acordo de não persecução penal, o qual será analisado adiante, uma vez que ele "faculta aos membros do Ministério Público, uma vez preenchidos os requisitos previstos

---

mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau;

naquele dispositivo, e mediante estipulação de condições, propor ao investigado o acordo'' (AVENA, 2021, p. 245).

Lado outro, parte da doutrina (LOPES JUNIOR, 2020) entende que tais formas de justiça consensual, instrumentalizadas pela lei 9.099/95, vão contra os princípios constitucionais da necessidade[19]:

> Essas formas de negociação ou espaços de consenso acarretam a possibilidade de fixação de uma pena sem a tramitação completa do processo, rompendo com o modelo tradicional do confronto e do nulla poena sine iudicio. A expansão desses espaços negociais não é uma tendência nova e tampouco nos parece que seja passageira (LOPES JUNIOR, p. 91)

Nessa perspectiva, a justiça consensual afasta o princípio constitucional da necessidade, do devido processo legal bem como da obrigatoriedade da ação penal pública, uma vez que "A negociação guarda relação com a disponibilidade do objeto do processo penal (pretensão acusatória) e da própria acusação, bem como com a flexibilização do princípio da necessidade" (LOPES JUNIOR, p. 94).

2.2.1 Composição civil

A composição civil[20], como forma de justiça restaurativa e consensual, pela qual o juiz homologa[21] o acordo entre a vítima e autor do delito, estabelecida anteriormente a instauração da ação penal pelo *parquet* e prioriza a reparação dos danos.

Sobre o tema, Andrade define que "o instituto tem o propósito de propiciar diálogo entre as partes, ampliando a participação da vítima, criando condições para reparação de danos (...)" (2019, p.60).

Dessa forma, tratando-se de ação penal privada ou ação pública condicionada a representação, tem-se que a extinção da punibilidade.[22]

---

[19] *Nullum crime sine iudicio,* isto é, na impossibilidade que se tenha uma pena sem prévio processo penal (LOPES JUNIOR, p. 91)

[20] Art. 72 lei 9.099/1995: Na audiência preliminar, presente o representante do Ministério Público, o autor do fato e a vítima e, se possível, o responsável civil, acompanhados por seus advogados, o Juiz esclarecerá sobre a possibilidade da composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

[21] Art. 74. A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo Juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

[22] Art. 74. Parágrafo único. Tratando-se de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

Lado outro, tendo em vista a titularidade do Ministério Público para propor ação penal pública incondicionada, tem-se que a composição civil não importa em extinção de punibilidade neste caso, tendo o titular da ação penal pública, a faculdade de intervir na fixação da pena, ao propor pena restritiva de direitos ou multas a ser especificada na proposta.

2.2.2 Transação Penal

A transação penal[23], assim como a composição civil, ocorre anteriormente à instauração da ação penal, de forma que "o Ministério Público desiste da persecução penal em juízo e o autor do fato, de outro, aceita cumprir uma medida restritiva de direitos para logo se resolver o conflito processual" (ANDRADE, 2019, p. 165). Trata-se, portanto, de um acordo instituído entre o Ministério Público e o autor do fato, que deve se enquadrar em infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, com pena máxima igual ou inferior a 2 (dois) anos.

Dessa forma, para o oferecimento da transação penal pelo *parquet*, é necessário o preenchimento de requisitos tais como: a natureza do crime, a qual deve se enquadrar nos crimes de menor potencial ofensivo[24] e condições pessoais do agente[25] (PACELLI, 2021).

Sobre o tema, conforme lembrado alhures, Eugênio Pacelli firma o entendimento de que a transação penal não abrange a obrigatoriedade mitigada ou discricionariedade regrada da ação penal, uma vez que "É a lei que estabelece, minudente e completamente, as hipóteses em que não se deverá aplicar senão como última alternativa, o modelo condenatório" (PACELLI, 2021, p. 951).

Nesse sentido, Pacelli entende que "a discricionariedade que se reserva ao Ministério Público é unicamente quanto a pena a ser proposta na transação". Desta feita, sobre a natureza jurídica da transação penal, parte da doutrina, assim como PACELLI, entende ser a transação penal direito subjetivo do réu.

---

[23] Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, 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

[24] Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima **não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa

[25] § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Entretanto, o Supremo tribunal Federal firmou entendimento de que em caso de recusa do Promotor em propor a transação penal, o processo deverá ser remetido ao Procurador-Geral de justiça, em aplicação por analogia, a regra do artigo 28[26] do CPP.

> Não entendendo o órgão do *parquet* ser o caso de transação, por ausência dos requisitos, por exemplo, a solução será a remessa dos autos ao órgão superior com competência de revisão, como é o caso do Procurador-Geral de Justiça (art. 28, CPP), no âmbito da Justiça Estadual, e da Câmara de Coordenação e Revisão (art. 62, Lei Complementar nº 75/93), na Justiça Federal. (PACELLI, 2021, p. 1318).

Dessa forma, uma vez que prevalece o que foi decidido pelo Ministério Público (por força da decisão do Procurador-Geral) e não pelo poder judiciário, parte da doutrina entende que a transação penal não é direito subjetivo do réu (ANDRADE, 2019, p. 165).

Em contrapartida ao entendimento de PACELLI, parte da doutrina (GRINOVER, 2002) entende que a lei 9.099/95 garantiu "certa dose de discricionariedade na escolha das infrações penais realmente dignas de atenção" (GRINOVER, 2002, p. 95).

2.2.3 Suspensão condicional do Processo

A suspensão condicional do processo ou *Sursis processual*, prevista no artigo 89 da lei 9.099/95[27]abrange delitos cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano. O benefício é proposto pelo promotor de justiça, o qual deverá analisar os requisitos[28]. Posteriormente, é homologado pelo juiz, uma vez aceito pelo acusado e seu defensor.

---

[26] Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.
Por conta da concessão de liminar na ADI 6305/DF**,** pelo Ministro Luiz Fux, está suspensa a alteração constante na lei nº 13.964/2019, no que tange o procedimento de arquivamento de inquérito policial, com previsão no artigo 28 do CP com a seguinte redação:
Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.

[27] Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

[28] Art. 76 § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - Ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;

II - Ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;

III - Não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

Desta feita, quando do recebimento da denúncia, desprende-se que, ao contrário da transação penal, em que o acordo ocorre anteriormente à denúncia, na suspensão condicional do processo se dá posteriormente a ela. Da mesma forma, o *sursis* processual abrange para além das infrações de menor potencial ofensivo[29], as de médio potencial ofensivo, as quais tem pena mínima inferior a um ano, porém, são julgadas pela justiça comum, tendo em vista o *quantum* máximo ser superior a 2 anos (AVENA, 2020).

Nesse contexto estabelece o parágrafo primeiro do Artigo 89, da lei 9099/95, que o período de suspensão será variável de 2 a 4 anos e durante esse período, o acusado deverá se submeter às condições previstas no dispositivo, além de outras que poderão ser fixadas pelo juízo. (ANDRADE, 2019).

> Art. 89 § 1º Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do Juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:
> I - Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;
> II - Proibição de frequentar determinados lugares;
> III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do Juiz;
> IV - Comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Frise-se que, assim como na transação penal, cumpridos os requisitos estabelecidos para oferecimento da suspensão condicional do processo e negando-se o promotor a oferecê-la, o processo deverá ser remetido ao Procurador-Geral de justiça, em aplicação por analogia, a regra do Artigo 28[30] do CPP conforme determinado pelo STF[31].

Insta salientar que os dispositivos previstos na lei 9.099/95, não exigem confissão de culpa pelo autor do ato, ao contrário do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do CPP, o qual será analisado adiante.

---

[29] Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa

[30] ARAS, Vladimir. Anatomia da Operação Lava Jato. Disponível em: Acessado no dia 18/11/2021

[31] **SÚMULA 696**-reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao procurador-geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do código de processo penal.

2.2.4 Colaboração Premiada

A colaboração premiada, disciplinada pela lei 12.850/13 (Nova Lei do Crime Organizado), é definida no artigo 3°-A como "negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos".

> A colaboração premiada é um instituto, oriundo fundamentalmente do direito anglo-americano, que tem como finalidade o oferecimento de incentivos (prêmios) aos agentes que colaborem com o Ministério Público para o esclarecimento da trama criminosa, apresentando elementos de informação, provas ou indicativos de onde buscá-los com o objetivo de possibilitar a persecução penal de novos integrantes da organização criminosa e a descoberta de novos fatos a respeito dos quais não existiam elementos de informação suficientes para possibilitar um bom desenvolvimento da persecução penal (CABRAL, p. 78, 2021).

Não obstante a lei 12.850/13 ter disciplinado a colaboração premiada de forma mais específica e expressiva, tem-se que tal instituto já era abrangido no Brasil anteriormente, por meio da lei 8.072/90[32] (Lei de Crimes Hediondos), dentre outras.

Dessa forma, o instituto da colaboração premiada compreende uma vertente da justiça penal negociada, abrangida pelos institutos acima analisados bem como o acordo de não persecução penal, entretanto, os requisitos e consequências são distintos, como bem define Aury Lopes Junior:

> O acordo de não persecução penal está plenamente em vigência. É mais um instituto de "justiça negociada", ao lado da transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada, ainda que sejam distintos e submetidos a diferentes requisitos e consequências. Mas todos integram um verdadeiro espaço de consenso, de negociação (LOPES JUNIOR, p. 328, 2020).

No que pese a colaboração premiada se originar do sistema anglo-americano, parte da doutrina entende que ela não se confunde como o *plea bargain* tendo em vista que, neste "mira-se a assunção de culpa pelo acusado de modo que depois não haja um julgamento, enquanto naquela a aplicação de qualquer benefício ao delator fica condicionada à verificação judicial do preenchimento dos requisitos necessários para tanto" (ANDRADE, 2019, p.183).

---

[32]12 Art. 8º. Será de três a seis anos de reclusão a pena prevista no art. 288 do Código Penal, quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins ou terrorismo. Parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços

Nesse contexto, as distinções do *plea bargain* e da colaboração premiada também se encontram em suas finalidades, tendo em vista que esta visa a coleta de provas para efetivação da persecução penal e, aquela, visa evitar o processo.

Outra distinção relevante diz respeito a diferenciação entre a colaboração premiada e a delação premiada. Nesse contexto, parte da doutrina define que os institutos da delação e colaboração premiada são sinônimos, enquanto que, para outra parte da doutrina, distingue-se os institutos, de maneira a se estabelecer que a delação é uma espécie do gênero colaboração premiada.

Nesse sentido, na delação premiada (ou chamamento do corréu) o acusado indica a responsabilidade do corréu delatado, e é premiado por tal ato, através da concessão de benefícios (redução de pena, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não denunciação pelo Ministério Público, dentre outras).

> A confissão delatória consiste na afirmação realizada pelo acusado, por ocasião de seu interrogatório, de que, além de seu próprio envolvimento, uma terceira pessoa, agindo como seu comparsa, também concorreu para a prática delituosa (AVENA, 2021, p. 593).

Vladimir Aras (2011, p. 428), diferencia os institutos ao estabelecer que "a chamada "delação premiada" (ou chamamento de corréu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal".

No mesmo sentido, entende Renato Brasileiro Lima. Vejamos:

> Ao nosso ver, delação e colaboração premiada não são expressões sinônimas, sendo esta última dotada de mais larga abrangência. O imputado, no curso da *persecutio criminis*, pode assumir a culpa sem incriminar terceiros, fornecendo, por exemplo, informações acerca da localização do produto do crime, caso em que é tido como mero colaborador. Pode, de outro lado, assumir culpa (confessar) e delatar outras pessoas. É nessa hipótese que se fala em delação premiada (ou chamamento de corréu). Só há falar em delação se o investigado ou acusado também confessa a autoria da infração penal. Do contrário, se a nega, imputando-a a terceiro, tem-se simples testemunho. A colaboração premiada funciona, portanto, como o gênero, do qual a delação premiada seria espécie. (LIMA, 2020, p. 869)

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Introduzido pela lei 13.964/19 ao CPP, o ANPP é definido por Norberto Avena como "o ajuste celebrado, em determinadas condições e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará em não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade" (AVENA, NORBERTO, 2020, p. 310).

Assim como os instrumentos brasileiros de justiça penal consensual acima explicitados, o ANPP segue a tendência de expansão do consenso no processo penal brasileiro, o qual foi introduzido pela lei 9.099/95, e objetiva propiciar "celeridade e eficiência no funcionamento dos sistemas de justiça criminal" (ANDRADE, 2019, p. 206).

Destarte, ao ser editado inicialmente pela resolução número 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, a qual será analisada adiante, o ANPP foi fundamentado na "carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do país (...) e a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que propiciem a celeridade na resolução de casos menos graves[33] (...)".

3.1 Processo de inclusão do acordo de não persecução penal

O ANPP, instaurado pela resolução 181/2017 do CNMP, alterado pela resolução 183/2018, e, posteriormente, incluído no CPP pela lei 13.964, passou por questionamentos acerca da sua constitucionalidade ao longo do seu processo de inclusão, conforme será analisado adiante.

3.1.1 Resoluções 181/2017 e 183/2018 do CNMP

Inicialmente, o ANPP foi instituído pelo Conselho Nacional do Ministério Público, por meio da resolução 181/2017, sob os argumentos da carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do país, bem como a necessidade de soluções alternativas no Processo Penal, visando a celeridade.

O artigo 18 da resolução 181/2017, estabeleceu que "Nos delitos cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público

[33] Resoluo-181-1.pdf (cnmp.mp.br).

poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal, desde que este confesse formal e detalhadamente a prática do delito e indique eventuais provas de seu cometimento, além de cumprir os seguintes requisitos, de forma cumulativa ou não".

A Associação dos Magistrados Brasileiros por meio da ADI 5790, arguiu pela inconstitucionalidade da resolução 181/2017 ao argumento de ser a resolução inconstitucional formal e materialmente, conforme abaixo explicitado.

Da mesma forma, a OAB foi ao Supremo contra tal resolução, mediante a ADI 5793, requerendo pela inconstitucionalidade desta em diversos artigos, além da ausência de homologação dos acordos pelo poder judiciário.

> O juiz, comprometido com a imparcialidade (art. 37, CF), exerce papel fundamental na homologação dos acordos, pois analisa os termos avençados sob o viés da legalidade e constitucionalidade. Ademais, garante que sejam preservados os direitos e garantias do colaborador (ADI 5793, p. 10).

Posteriormente à propositura das ADI's, o CNMP editou a redação original da resolução 181, por meio da resolução 183, de modo que, do artigo 18, foi retirada a exigência de o investigado indicar eventuais provas do cometimento do delito, bem como foram impostas novas condições para preenchimento dos requisitos os quais possibilitam o acordo.

Ademais, a resolução 183/2018 estabeleceu no parágrafo 4° do artigo 18 que os autos serão submetidos ao controle judicial. Sobre tal alteração comenta Andrade:

> (...) a resolução n° 183/18 previu a necessidade de o acordo ser submetido à apreciação judicial, não trazendo mais detalhes sobre como deveria ser realizado esse controle, até porque ficaria mais nítido que o tema está reservado a lei. Nessa nova redação do § 4° do artigo 18 também determinou que, "realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo" (...) a resolução, no § 5° do artigo 18, não diz que deverá haver homologação judicial do acordo, mas que os autos devem ser devolvidos ao Ministério Público, se o magistrado o considerar cabível e as condições se mostrarem adequadas e suficientes (...) no parágrafo 6°, também dispõe que o juiz, se considerar incabível o acordo, deverá remeter os autos ao procurador geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação" (ANDRADE, FLÁVIO, 2019, p. 271).

Frise-se que a regulamentação do ANPP, trazida pela lei 13.964/19, manteve a necessidade do controle judicial, ao dispor em seu artigo 5° a necessidade de homologação judicial do ANPP.

Ademais, as referidas ADI's também questionaram a constitucionalidade da resolução, no tocante a competência do CNMP para regular a matéria. Isso porque a Constituição federal ao estabelecer em seu artigo 130 § 2º que "Compete ao Conselho Nacional do Ministério

Público o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros", não lhe atribui, contudo, o poder de legislar em matéria processual.

> (...) na ânsia de inovar (e talvez não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa) o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa (ANDRADE, FLÁVIO DA SILVA, 2019, p. 267).

Com efeito, a ADI's 5790[34] e 5793[35], se fixaram especialmente no discursão pertinente a constitucionalidade em razão no parágrafo 2° do artigo 130 – A, da Constituição federal, bem como no artigo 22, I, do mesmo diploma, tendo em conta a competência privativa da união para legislar sobre matéria processual, donde a inconstitucionalidade formal.

> Analisando o ato normativo, verifica-se que os arts. 1º, caput, 2º inciso V, 7º, incisos I, II e III e 18 se encontram eivados de inconstitucionalidade, na medida em que usurpa a competência privativa da União (art. 22, I, da CF) e da instituição policial; extrapola o poder regulamentar conferido ao Conselho Nacional do Ministério Público (art. 130-A, §2º, I, da CF); ofende os princípios da reserva legal, segurança jurídica (art. 5º, caput, da CF), indisponibilidade da ação penal (art. 129, I, da CF), imparcialidade (art. 37, da CF), impessoalidade (art. 37, da CF) ampla defesa (art. LV, da CF), contraditório (art. LV, da CF), devido processo legal (art. 5, LIV, da CF) e inviolabilidade de domicílio (5º, inc. XI, da CF). (ADI 5793, p.5)

Não obstante, as referidas ADI's também se fundamentaram na inconstitucionalidade material da resolução, tendo em vista que o acordo de não persecução penal, tal qual disciplinado estaria a violar o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada.

O ANPP e o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública serão abordados mais adiante.

Por conseguinte, as referidas ADI's tiveram "prognóstico de extinção em face da perda de objeto, já que o ato normativo impugnado, no que tange ao ANPP, ficou prejudicado pela regulamentação agora realizada em nível de lei ordinária" (AVENA, NORBERTO, 2020, p. 310).

A propósito, em consulta ao site do Supremo Tribunal Federal[36], verifica-se que, no que se refere a ADI's 5790 e 5793, a Procuradoria-Geral da república manifestou-se pelo

---

[34] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=528027. Acesso em: 20 out. 2021
[35] https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159. Acesso em: 20 out. 2021
[36] Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em: 18 nov. 2021.

reconhecimento da perda superveniente do objeto diante da entrada em vigor da lei 13.964/2019.

Ainda assim, o STF determinou a manifestação das autoras sobre a entrada em vigor da referida lei. Desta feita, o processo encontra-se atualmente parado.

3.2 O acordo de não persecução penal introduzido pela lei 13.964 no código de processo Penal

A lei 13.964/19, alterou a legislação penal e processual penal brasileira, especialmente no CPP, naquilo que interessa imediatamente a esta monografia, introduzindo o ANPP, regulado pelo artigo 28-A, do CPP.

Nessa senda, tem-se que a introdução do ANPP ao CPP, tratou de "corrigir suas irregularidades, a começar pelo respeito ao princípio da legalidade, por se tratar de instrumento normativo compatível (lei em sentido estrito)" (PACELLI, 2021, p. 183).

Sobre o tema, leciona Aury Lopes Júnior:

> Outrora inconstitucional a nosso juízo – pois previsto em uma resolução do CNMP (!) – o acordo de não persecução penal agora ingressa de forma regular no sistema processual penal, pela via legislativa adequada (JUNIOR, AURY LOPES, 2019, p. 314)

Além de afastar a arguição de inconstitucionalidade formal, conforme levantado no tocante às Resoluções 181 e 183 do CNMP, a disciplina legal do ANPP trouxe outras alterações relevantes, no tocante ao precedente regramento regulamentar, as quais serão analisadas pontualmente nos tópicos adiante.

4 ANÁLISE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PREVISTO NO ARTIGO 28-A do CPP

O ANPP, definido como um "ajuste celebrado, em determinadas circunstâncias e presentes os requisitos legais, entre o Ministério Público e o investigado (acompanhado de seu advogado), por meio do qual são estipuladas condições cujo cumprimento implicará no não ajuizamento de ação penal e extinção da punibilidade" (AVENA, 2021, p. 2021); tem previsão legal no artigo 28-A no CPP.

Desta feita, necessário se faz uma análise detalhada sobre o instituto, bem como sua aplicação ao ordenamento jurídico brasileiro, seus reflexos ante o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

4.1 O acordo de não persecução penal e o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal pública

A partir do princípio da obrigatoriedade da ação penal, depreende-se que o Ministério Público, encontra-se obrigado a propor a ação penal pública, isto é, "tem a obrigação de oferecer a denúncia, sendo-lhe vedada a realização de qualquer tipo de juízo de oportunidade e conveniência ou busca de soluções diversas à propositura da acusação" (CABRAL, apud COSTA ANDRADE, 1998, p. 339).

Em contrapartida, a inserção do ANPP ao ordenamento jurídico, enseja alternativa diversa à propositura da ação penal, qual seja a solução consensual, juntamente com os demais institutos consensuais alhures analisados.

> Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite que o Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves (LIMA, 2019, p. 272).

Desta feita, verifica-se que o ANPP, inserido no novo paradigma do consenso do processo penal, introduzido pela lei 9.999/95, é oriundo da *obrigatoriedade mitigada da ação penal*, analisada no tópico 2.1, do presente trabalho.

> A previsão legal do acordo de não persecução penal importa em notória mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, tal como ocorre com a transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais (art. 76 da L. 9.099/1995) e com as hipóteses de colaboração premiada que autorizam o Ministério Público a deixar de oferecer denúncia (a exemplo do art. 4º, §§ 3º e 4º da L. 12.850/2013, que versa sobre organizações criminosas), embora, por óbvio, se tratem de institutos de naturezas distintas e com requisitos diferenciados. (AVENA, 2021, p. 295).

Ademais, não obstante as formas consensuais estabelecidas pela lei 9.099/95, bem como a colaboração premiada, tem-se também, como forma de mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, o princípio da insignificância, na medida em que "a persecução penal só é obrigatória em relação a fatos puníveis e a fatos que não devam ser alcançados pelo princípio da bagatela" (ANDRADE, 2019. P. 281).

Em razão do princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal pública, por meio da ADI 5793[37], o Conselho Federal da Ordem dos advogados do Brasil, arguiu, conforme alhures explicitado, pela inconstitucionalidade do ANPP (inicialmente regulado pela resolução 181 do CNMP), fundamentando-se na inconstitucionalidade material da resolução, uma vez que o Ministério Público se encontra obrigado a propor a ação penal, bem como a não dispor desta, sem previsão legislativa.

> A propositura da ação penal é prerrogativa institucional do Ministério Público não podendo dela dispor ou renunciá-la sem que haja previsão legislativa. Dessa forma, a resolução violou o princípio da reserva legal, no qual "uma norma constitucional atribui determinada matéria exclusivamente à lei formal (...), subtraindo-a, com isso, à disciplina de outras fontes, àquelas subordinadas" (ADI 5793).

Insta salientar que o artigo 129, I, da CF, estabelece que a função de promover privativamente a ação penal pública, pelo Ministério Público, deve ser estabelecida na *forma da lei,* donde verifica-se que as ferramentas de consenso alhures explicitadas, dentre elas o ANPP, posteriormente a sua inclusão no CPP, encontra respaldo no texto constitucional.

> [...] a oportunidade (ou não obrigatoriedade) se caracteriza em oposição à obrigatoriedade, visto que autoriza o não oferecimento da denúncia ou suspensão do processo penal, conforme opção do órgão acusador estatal (em regra sob a anuência da defesa) com fundamentos em critérios utilitários, políticos criminais, econômicos etc., em situação cujo lastro probatório é suficiente para atestar a materialidade e autoria do crime. Tais parâmetros decisórios podem ser taxativamente previstos em lei, em um cenário de atenção ao princípio da legalidade, ou flexíveis à ampla discricionariedade do acusador. Por certo que somente a primeira opção é aceitável no processo penal democrático. O princípio da oportunidade, portanto, não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade. (ANDRADE, apud, Vasconcellos, 2015, p. 48-49)

---

[37] Consultar Processo Eletrônico (stf.jus.br). Acesso em: 16 nov. 2021.

Nesta vertente, tem-se que a propositura do ANPP pelo *parquet* deve ser estabelecida mediante requisitos dispostos em lei, os quais serão analisados pontualmente no tópico a seguir.

4.2 Dos requisitos

Dispõe o artigo 28-A, do CPP que 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 ANPP, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Assim, o referido artigo preceitua sobre requisitos e condições para propositura e realização do ANPP, os quais serão analisados pontualmente.

4.2.1 Não sendo caso de arquivamento

Verifica-se como requisito previsto do *caput* do artigo 28-A, a hipótese de não ser caso de arquivamento, ou seja, quando incabível a denúncia: "vinculam-se à ausência de indícios de autoria, de prova de materialidade do delito, de atipicidade da conduta e de já se encontrar extinta a punibilidade" (AVENA, 2021, p. 299).

Desta feita, para propositura do ANPP, assim como para a denúncia devem estar preenchidas as condições para ação penal (autoria e materialidade), as quais serão estabelecidas na investigação criminal.

> Assim, deve existir a aparência de prática de um crime (*fummus comissi delict)* deve existir legitimidade da parte (ou seja, a ação deve ser penal pública), a punibilidade concreta deve estar preservada (não pode estar, por exemplo, prescrita a pretensão acusatória) e também deve estar presente a justa causa, consubstanciada pelos elementos informativos e probatórios mínimos que emprestem fundamento empírico para o oferecimento da denúncia. (CABRAL, 2021, p. 166).

4.2.2 Pena Mínima inferior a 4 (quatro) anos

Estabelece o *caput* do artigo 28-A, que para a propositura do ANPP, deve ser a pena mínima do delito de 4 (quatro) anos, de forma que, conforme dispõe o § 1°, para aferição da pena mínima, devem ser considerados as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

No que se refere a escolha legislativa do parâmetro de 4 (quatro) anos, verifica-se que foi objetivado a verificação da gravidade do crime, tendo como base o artigo 44 do CP[38], na medida em que nestes casos, haveria a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos (CABRAL, 2019).

Desta forma, tem-se que o "requisito apenamento mínimo inferior a quatro anos, foi eleito pelo legislador por considerar que este patamar de pena vem sendo o utilizado no processo criminal como parâmetro objetivo de verificação da gravidade do crime" (AVENA, 2021, p.301).

> Como exemplo, o estabelecimento do regime aberto, que é viável ao indivíduo não reincidente que tenha sido condenado a pena igual ou inferior a quatro anos (art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal). Perceba-se que a lei não distingue a natureza da pena prevista, vale dizer, se reclusão, detenção ou prisão simples (esta última no caso de contravenções penais em relação às quais, porventura, não seja possível a transação penal) (AVENA, 2021, p. 301).

Nesse contexto, verifica-se que a inserção do ANPP ao ordenamento jurídico, enseja alternativa diversa à propositura da ação penal, qual seja a solução consensual.

Frise-se que o ANPP não será celebrado nos casos em que cabível a transação penal[39], de modo que esta terá preferência sobre aquele, uma vez preenchidos os requisitos legais.

4.2.3 Não cometido com violência ou grave ameaça

O CPP estabelece que para propositura do ANPP, a infração penal (aqui compreendida como crimes e contravenções), não pode ter sido cometida com violência ou grave ameaça.

Desta feita, verifica-se que tal escolha legislativa é oriunda de uma política criminal, na medida em que "as práticas de crimes com essas características consubstanciam injustos mais reprováveis, uma vez mais elevado o desvalor da ação" (CABRAL, *apud*, BITENCOURT, 2018, p. 678).

No que se refere a violência disposta no artigo, tem-se que esta deve se dar contra a pessoa e não a coisa, para fins de não propositura do ANPP. Entretanto, o dispositivo não

---

[38] Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)

I – Aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

[39] § 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

especifica qual modalidade de imputação (conduta dolosa ou culposa), de modo a verificar-se interpretações divergentes por parte da doutrina.

A propósito Cabral:

> Essa violência contra a pessoa pode ser tanto violência dolosa (v.g. crime de roubo), quanto violência culposa (v.g. homicídio culposo). Isso porque, o legislador não delimitou a restrição a uma determinada modalidade de imputação objetiva (o dolo) (...). (CABRAL, 2019, p. 97).

De outro Lado, Avena:

> Pois bem, a despeito da omissão legislativa quanto a limitar o alcance da vedação do art. 28-A, *caput* a crimes dolosos, entendemos que os termos genéricos utilizados por esse dispositivo não inserem na proibição os crimes culposos. Enfim, compreendemos que não há impedimento ao acordo nessa ordem de delitos. Isto porque, como dissemos antes, a vedação existente em relação aos crimes com violência e grave ameaça decorre da presunção de maior distúrbio de personalidade do agente e de sua consequente periculosidade social, sendo insuficiente, em tais casos, para efeitos de prevenção e repressão, a formalização do ajuste. O mesmo, contudo, não ocorre nos crimes culposos, nos quais o resultado da infração, conquanto previsível, não decorre de ato direcionado do agente à sua produção, mas sim de sua imprudência, negligência ou imperícia. (AVENA, 2021, p. 97).

No mesmo sentido, Renato Brasileiro de Lima exemplifica com o Enunciado n. 23 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPG) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) o qual estabelece ser cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento.

> (...) parece-nos que a violência ou grave ameaça aí citada necessariamente deverá ter sido praticada a título doloso, daí por que há de se admitir a celebração do acordo na hipótese de eventual crime culposo com resultado violento (v.g., lesão corporal culposa), desde que presentes os demais requisitos. A violência que impede a celebração do acordo, portanto, é aquele presente na conduta, e não no resultado. (LIMA, 2020, p. 272).

4.2.4 Crimes praticados contra mulher

Conforme estabelecido pelo inciso IV, § 2°, do artigo 28-A, não cabe o ANPP nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor[40].

Nesse sentido, tem-se que os crimes praticados no âmbito da violência doméstica ou familiar, são compreendidos como aqueles praticados contra indivíduos que tenham convivência nesses ambientes (doméstico e familiar), independentemente de gênero.

> Incluí, portanto, delitos contra idosos, crianças, homossexuais, transexuais, e outros, que possam ocorrer no contexto doméstico ou no âmbito familiar. Ademais, para configuração desta primeira hipótese do dispositivo, o delito deve ser cometido necessariamente com violência. Em outras palavras, para os delitos não violentos cometidos no âmbito doméstico e familiar não há vedação para a celebração do acordo de não persecução (CABRAL, p. 111. 2021).

Lado outro, no que se refere aos crimes praticados contra a mulher, insta salientar que, nos moldes do artigo 7° da Lei Maria da Penha[41], a violência contra a mulher abrange não só a violência física, como também a psicológica, sexual, patrimonial e moral, daí porque tais formas de violência não podem ser objetos do ANPP.

Entretanto, para além das formas de violência acima explicitadas, tem-se que, para crimes praticados contra a mulher em razão da condição de sexo feminino, compreendidos

---

[40] IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

[41] Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - A violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - A violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - A violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - A violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

como forma de violência de gênero[42], o ANPP é vedado independente do delito ter sido cometido com violência.

> Em suma, sempre que o delito for cometido contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, pouco importando se é no âmbito doméstico ou familiar, se é com violência ou não, está vedada a celebração do acordo de não persecução penal. (CABRAL, p. 115, 2021)

4.2.5 Sem reincidência, habitualidade, reiteração ou profissionalismo

Prevê o § 2°, II do artigo 28-A serem necessárias condições pessoais favoráveis do agente para a concessão do ANPP. Desta feita, estabelece o referido artigo que não pode ser o investigado reincidente, ou ter conduta criminal habitual, reiterada ou professional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

Assim, a averiguação das circunstâncias favoráveis ao agente será feita por meio de folha de antecedentes criminais nos autos, conforme preceitua a súmula 636 do STJ, constituindo ônus do MP demostrar o contrário.

Vale lembrar que a existência de inquéritos policiais tendo o acusado como indiciado não é suficiente para a demonstração de maus antecedentes, conforme entendimento jurisprudencial consolidado[43]

---

[42] "(...)estão incluídos aqueles delitos que são cometidos contra as mulheres, pela sua própria condição de mulher ou valendo-se da condição da mulher ofendida, em que se pretenda sua diminuição, coisificação ou que se pretenda tratá-la como se fosse um objeto disponível ou inferior.". Núñez Castaño (apud Cabral 2021, p. 113).

[43] HABEAS CORPUS PENAL ROUBO TRIPLAMENTE QUALIFICADO DOSIMETRIA DA PENA INQUÉRITO POLICIAL E PROCESSO EM ANDAMENTO MAUS ANTECEDENTES IMPOSSIBILIDADE PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA SISTEMA TRIFÁSICO DESOBEDIÊNCIA CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO MAJORAÇÃO. - O Juiz penal, em seu mister, deve, na aplicação da pena, realizar três operações (sistema trifásico). Numa primeira etapa examina-se a pena-base de acordo com as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, passando-se, posteriormente, à apreciação das circunstâncias legais (agravantes ou atenuantes) previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66 quando, finalmente, incidirão as eventuais causas de aumento ou de diminuição da Parte Geral ou Especial do Código Penal - Sob essa ótica, a r. decisão guerreada, ao aplicar a atenuante da menoridade após o emprego das causas especiais de aumento desobedeceu ao sistema trifásico de fixação da pena. - Ofende o princípio da presunção de inocência o fato de se considerar como maus antecedentes, para fins de exacerbação da pena-base, a instauração de inquérito ou o processo penal em andamento. - Precedentes. - Reconhecida a existência de mais de uma causa especial de aumento é possível a majoração da pena além de um terço, ante a maior reprovabilidade da conduta do réu. - Ordem parcialmente concedida para que o douto magistrado de primeiro grau, desconsiderando os inquéritos policiais instaurado contra o paciente e os processos em andamento como maus antecedentes, proceda a nova aplicação de pena, obedecendo, ainda, a norma prevista no art. 68, do Código Penal. (STJ - HC: 26252 RJ 2002/0177091-0, Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI, Data de Julgamento: 06/03/2003, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 02.06.2003 p. 317)

HABEAS CORPUS. SENTENÇA TRANSITADA EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE EXAMINAR ALEGAÇÃO DE CONSTRANGIMENTO EM HABEAS CORPUS. APLICAÇÃO DA PENA. PROCESSOS EM CURSO QUE NÃO PODEM SER CONSIDERADOS COMO MAUS ANTECEDENTES. REINCIDÊNCIA COMO MAJORANTE DA PENA-BASE E AGRAVANTE GENÉRICA. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. 1. Mostra-se possível, em habeas corpus, em determinadas situações, respeitados os limites

A propósito da reincidência anota Renato Brasileiro de Lima:

> […] reincidente é aquele que comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior, respeitando o lapso temporal de 5 (cinco) anos e a prática de crimes militares próprios e políticos (CP, arts. 63 e 64).” (LIMA, p. 2018, 2020) grifo nosso

Não impede outrossim o oferecimento do acordo a existência de ações penais em curso contra o acusado, conforme abaixo:

> Ademais, o fato de o investigado estar respondendo a outro processo penal (como ocorre, por exemplo, na suspensão condicional do processo) ou nas investigações criminais não impede, por si só, a celebração do acordo de não persecução penal) (CASTRO, 2021, p. 118)

4.2.6 Inexistência de acordo anterior

Conforme estabelece o § 2°, inciso III, do artigo 28-A, não será cabível o ANPP se o agente tiver se beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo.

Desta feita, tal impedimento “reforça a ideia de microssistema existente entre os institutos consensuais da transação penal, da suspensão condicional do processo, e do ANPP” (MENDONÇA, 2019, p. 294)

Assim, tal escolha legislativa “trata-se de um critério inspirado numa política criminal de não conceder ao benefício do ANPP aos investigados que já tenham se valido do benefício de algum instituto consensual, que evita a instauração ou prosseguimento do processo penal” (CABRAL, 2021, p. 121).

---

do remédio constitucional, examinar alegação de constrangimento ilegal decorrente de sentença transitada em julgado. 2. Em respeito ao princípio constitucional da não-culpabilidade (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal), processos criminais em curso não podem ser tidos como maus antecedentes, notadamente quando o sentenciado vem a ser absolvido das acusações. 3. Não deve a reincidência figurar, simultaneamente, como majorante da pena-base e agravante genérica, por infringir o sistema trifásico de aplicação da pena e o princípio do non bis in idem. 4. Ordem concedida
(STJ - HC: 20245 SP 2002/0001149-5, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 25/06/2002, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 07.10.2002 p. 302 RSTJ vol. 163 p. 545)

4.3 Das condições

O artigo 28-A estabelece para que o acordo seja celebrado, que condições sejam ajustadas cumulativa e alternativamente, as quais serão analisadas adiante. Nesse sentido, não obstante tais condições serem estabelecidas pelo Ministério Público, tem-se que estas serão fiscalizadas pelo juízo da execução penal, conforme estabelece o § 6°[44].

No que se refere a natureza jurídica de tais condições, verificam-se entendimentos doutrinários divergentes, de maneira que parte da doutrina a considera como tendo natureza penal e outra de que não se caracteriza como pena.

Sobre o tema, Renato Brasileiro de Lima, leciona que estas condições não se caracterizam como pena, ante a ausência de imperatividade e coercitividade.

> Não se trata de pena, justamente por faltar uma das características fundamentais de toda e qualquer pena, qual seja, a imperatividade. Em outras palavras, em se tratando de pena, o Estado pode impor coercitivamente o seu cumprimento, pouco importando a voluntariedade do condenado. (LIMA, 2020, p. 283).

Nesse entendimento, Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021), justifica a ausência de imperatividade e coercitividade na imposição de condições estipuladas para propositura do ANPP, no fato de o investigado ter a faculdade de aceitá-las e cumpri-las.

No mesmo sentido, entende Norberto Avena, fundamentando-se na ausência de efeitos típicos da condenação, como a reincidência, para assegurar que as condições não possuem efeito de pena. (AVENA, 2021).

Sobre a natureza de pena das condições estabelecidas, tem-se os seguintes fundamentos:

> "É mais do que evidente estarmos a tratar de sanção penal. A própria resolução 181/CNMP, no seu art. 18, esclarece que o acordo de não persecução penal se aplica a delitos cometidos sem violência ou grave ameaça. Aliás, diga-se que, fôssemos considerar seriamente tal argumento (de que não se trata de sanção penal), teríamos a inevitável indagação sobre a qual a natureza dessa sanção consensual. Noutras palavras, deixaria o Ministério Público de exercer obrigatoriamente a ação penal pública condenatória, para aplicar diretamente a pretensão punitiva estatal de qual natureza?" AMORIN, Pierre Souto Maior Courinho de, in, CABRAL, 2021, p. 90)

Da mesma forma, Eugênio Pacelli entende que as condições estabelecidas para propositura do acordo de não persecução possuem natureza de aplicação de pena criminal.

---

[44] § 6º Homologado judicialmente o re, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

> (...) Como o procedimento de acordo de não persecução implica a *aplicação de pena criminal*, a reserva da homologação das sanções impostas no acordo ao juiz implicaria também a competência para o exame das circunstâncias de dosimetria penal(...) (PACELI, 2021, p.119)

4.3.1 Confissão formal e circunstanciada

Estabelece *caput* do artigo 28-A, como requisito para o ANPP a confissão formal e circunstanciada da prática do delito pelo agente.

Desta feita, tem-se que a confissão deverá ser feita por escrito e na presença do Ministério Público. No que se refere ao termo *circunstancialmente*, tem-se que "a proposta do ajuste pelo Ministério Público condiciona-se a que o investigado assuma, com o detalhamento de todas as circunstâncias, o cometimento do delito objeto do acordo".

Insta salientar que, conforme entendimento do STF[45] a ausência que confissão, pode gerar a não homologação judicial.

No que se refere a confissão, ocorrem divergências doutrinarias acerca da constitucionalidade da exigência da confissão, com fundamento na previsão Constitucional do artigo 5°, inciso LXIII[46]. Isso porque para parte da doutrina, "o direito de ficar em silêncio abrange todas as comunicações verbais, como a proteção contra exigências de intervenção passiva ou ativa" (CABRAL, 2021, p. 133).

> Diante desse contexto, pode-se indagar se o artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao estabelecer como requisito para a celebração do acordo de não persecução penal a confissão circunstanciada dos fatos padeceria de inconstitucionalidade, uma vez que poderia menoscabar o direito ao silêncio. (CABRAL, 2021, p. 133).

Em contrapartida, Norberto Avena entende pela constitucionalidade da confissão prevista no ANPP, com fundamento na voluntariedade do investigado.

> Celebra-o, enfim, se o quiser, não havendo qualquer constrangimento a que o faça. Agora, se for de sua vontade acordar com o Ministério Público, precisará sujeitar-se aos requisitos legalmente previstos para tanto, entre os quais está o da confissão. Lembre-se, ainda, que a proibição constitucional é a de que seja o investigado ou acusado obrigado a se autoincriminar sob pena de consequências de ordem penal ou processual penal, o que não ocorre por ocasião da formalização do acordo, que, repita-se, é ato voluntário do imputado. Além do mais, com o cumprimento do ajuste, ocorrerá a extinção de sua punibilidade (art. 28-A, § 13), não implicando o anterior

---

[45] HC 1833223, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado e, 18/08/2020, PROCESSO Eletrônico Dje-219 DIVULG 1-09-20 PUBLIC 02-09-20

[46] LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;

> reconhecimento da responsabilidade criminal em qualquer implicação penal. (AVENA, 2021, p. 302).

No mesmo sentido, conforme leciona Renato Brasileiro de Lima, uma vez assistido pela defesa técnica (requisito estabelecido no artigo 28-A[47]), a confissão não constitui violação ao princípio constitucional do direito ao silêncio, tendo em vista a faculdade do investigado de confessar. (LIMA, 2020).

Nesse sentido, o entendimento do STJ. Vejamos:

> HABEAS CORPUS Nº 653308 - SP (2021/0081876-2) DECISÃO Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso ordinário, sem pedido liminar, impetrado em favor de RAFAEL ALEXANDRE TARDIVO, contra v. acórdão proferido pelo eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, nestes termos ementado (fls. 29-34): "HABEAS CORPUS - RECEPTAÇÃO DOLOSA E CORRPUÇÃO DE MENORES. - Pleito de aplicação de proposta de acordo de não persecução penal (ANPP) - Ausência de requisito legal - Paciente que não confessou a autoria dos delitos - Inteligência do artigo 28-A do Código de Processo Penal - Precedentes do STJ - Constrangimento ilegal não verificado. - Ordem denegada." No presente habeas corpus, a d. Defesa afirma que o Paciente tem sofrido constrangimento ilegal, sob alegação de que teria direito ao oferecimento de proposta de não persecução penal pelo Ministério Público, nos termos do art. 28-A, do Código de Processo Penal. Aduz que "o único requisito que o acusado não preenche é o fato de não ter confessado formalmente o ilícito em fase inquisitorial. Deve se levar em conta, que o acusado não estava sendo representado por defesa técnica, assim ficando debilitado em sua defesa e não prosseguindo da melhor forma" (fl. 6). Assevera que "não realização do oferecimento do acordo de não persecução penal, mostra-se grave cerceamento de defesa, pois tal benefício foi requerido inicialmente a partir que o paciente teve uma defesa técnica efetiva" (fl. 8). Requer, ao final, a concessão da ordem, para "1. A notificação da autoridade coatora, qual seja, a 10ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, com a máxima urgência para prestar as informações necessárias; 2. Requer o deferimento do HC, para oferecimento do ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, ao paciente. (...). Parecer pelo não conhecimento da impetração." É o relatório. Decido. A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, sedimentou orientação no sentido de não admitir habeas corpus substitutivo do recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade, seja possível a concessão da ordem de ofício. Tal posicionamento tem por objetivo preservar a utilidade e eficácia do habeas corpus como instrumento constitucional de relevante valor para proteção da liberdade da pessoa, quando ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, de forma a garantir a necessária celeridade no seu julgamento. Assim, incabível o presente mandamus, porquanto substitutivo de recurso ordinário. Em homenagem ao princípio da ampla defesa, contudo, necessário o exame da insurgência, a fim de se verificar eventual constrangimento ilegal passível de ser sanado pela concessão da ordem, de ofício. Para melhor delimitar a quaestio, transcrevo os seguintes trechos do v. acórdão combatido (fls. 29-34): "(...) A ordem deve ser conhecida e denegada, eis que não se verifica presente o constrangimento ilegal vislumbrado na inicial. (...) E, de acordo com a redação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, "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

[47] § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente"(redação alterada pela lei nº 13.964/2019 - grifei). Sucede, no entanto, que da análise dos autos, nota-se que não restaram demonstradas hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que há fundamento para a negativa do oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal pelo representante do Ministério Público, tendo como fundamento a ausência de preenchimento de um dos requisitos legais exigidos, qual seja, o paciente não confessou a prática dos crimes, o que é pressuposto para o acordo de não persecução penal, nos termos do caput, do artigo 28-A do Código de Processo Penal, pois exerceu o seu direito de permanecer calado, ao ser indagado pela autoridade policial, consoante se depreende de seu interrogatório de fl. 13. Note-se que a confissão, como exigência à proposta do ANPP (direito público subjetivo do acusado), equivale à renúncia do direito ao silêncio, porque não há opção de escolha pelo agente: ou ele confessa ou não recebe a proposta. Ademais, no acordo de não persecução penal (ANPP), como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o Ministério Público e o acusado ou investigado, desde que assistido por advogado, homologado judicialmente, no qual o agente assume a sua responsabilidade, ele aceita cumprir algumas condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (...) Logo, como o paciente não preencheu um dos requisitos legais, conforme se viu acima, não há como reconhecer o constrangimento ilegal capaz de justificar a concessão da ordem. Ante o exposto, denega-se a ordem." (grifei) (...)
(AgRg no AREsp 770.540/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe de 25/2/2016, grifei). Corroborando, o col. Supremo Tribunal Federal: "Nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio 'tempus regit actum' segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo" (AgRg no AI 853.545, 2ª Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 11/3/2013, grifei). No caso concreto, o paciente não confessou os crimes (fls. 32-33): "Sucede, no entanto, que da análise dos autos, nota-se que não restaram demonstradas hipóteses de flagrante ilegalidade ou abuso de poder, uma vez que há fundamento para a negativa do oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal pelo representante do Ministério Público, tendo como fundamento a ausência de preenchimento de um dos requisitos legais exigidos, qual seja, o paciente não confessou a prática dos crimes, o que é pressuposto para o acordo de não persecução penal, nos termos do caput, do artigo 28-A do Código de Processo Penal, pois exerceu o seu direito de permanecer calado, ao ser indagado pela autoridade policial, consoante se depreende de seu interrogatório de fl. 13."(grifei) Assim, por conseguinte, não preencheu o requisito objetivo, previsto no art. 28-A do CPP. Vejamos a sua redação:"Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com 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 (...)". Nem se diga que o paciente estava desassistido à época em que optou por permanecer calado, pois os autos não refletem que ele estava sem defesa técnica constituída ou atuante, de forma a se aplicar a Súmula n. 523 do col. Supremo Tribunal Federal. Trata-se, inclusive, de alegação que enseja o revolvimento fático e probatório extenso e profundo, que, de toda forma, sequer foi realizado na origem (indevida supressão de instância). Em tempo, trago a r. manifestação do d. Ministério Público Federal, por meio do Dr. MOACIR MENDES SOUSA, Subprocurador-Geral da República (fls. 66-71): "[...]O habeas corpus não é instrumento adequado a servir de sucedâneo de recurso. A jurisprudência do STF e do STJ tem adotado orientação restritiva ao emprego do habeas corpus, de modo a evitar a abusiva utilização dessa ação constitucional como substitutiva do recurso cabível. Ressalva-se, porém, a possibilidade de concessão de habeas corpus de ofício, quando há flagrante ilegalidade ao direito de locomoção, o que não é o caso. O acordo de não persecução penal está previsto no art. 28-A, do

> Código de Processo Penal 1, tratando-se de negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, pelo qual, mesmo diante da existência de indícios de autoria e materialidade, pode o membro do Ministério Público deixar de propor ação penal, mediante o cumprimento de condições pelo acusado, desde que presentes os requisitos autorizadores da celebração do ANPP, dentre os quais: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Com efeito, conforme se observa da decisão recorrida, 'o paciente não confessou a prática dos crimes, o que é pressuposto para o acordo de não persecução penal, (...) pois exerceu o seu direito de permanecer calado, ao ser indagado pela autoridade policial, consoante se depreende de seu interrogatório de fl. 13. Note-se que a confissão, como exigência à proposta do ANPP (direito público subjetivo do acusado), equivale à renúncia do direito ao silêncio, porque não há opção de escolha pelo agente: ou ele confessa ou não recebe a proposta."(e-STJ Fls. 32/33), não restando cumprido um dos requisitos dispostos no art. 28-A, do Código de Processo Penal, para a aplicação do instituto [...]. À vista do exposto, opina-se pelo não conhecimento da impetração." (grifei) Diante do exposto, não havendo qualquer ilegalidade a coarctar nesta via, não conheço do habeas corpus. P. I. Brasília, 20 de abril de 2021. Ministro Felix Fischer Relator
> (STJ - HC: 653308 SP 2021/0081876-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 23/04/2021) grifei

Por fim, outra questão controversa acerca da confissão exigida para o ANPP, diz respeito a possibilidade de utilização desta para trazer justa causa a uma ação penal, assunto que será abordado posteriormente em tópico específico.

4.3.2 Reparação de dano ou restituição de coisa a vítima

Estabelece o inciso I do artigo 28-A, a reparação de dano ou restituição de coisa a vítima como condição para que o ANPP seja celebrado. Ademais, prevê o dispositivo a não obrigatoriedade da reparação e restituição na impossibilidade de fazê-lo. No que se refere a espécie do dano a ser reparado, tem-se que o dispositivo não o delimita, abrindo margem para interpretações acerca da reparação não somente de danos materiais.

> Como o dispositivo em questão não faz qualquer restrição, parece-nos possível a reparação de qualquer espécie de dano, seja ele material, moral, estético etc. Evidentemente, quando o delito não causar danos à vítima (v.g., crimes contra a paz pública), esta condição não será imposta. Também não se admite a imposição desta condição quando restar evidenciada a impossibilidade de o investigado reparar o dano ou restituir a coisa à vítima (v.g., vulnerabilidade financeira) (LIMA, 2020, p. 282).

Nesse contexto, tem-se que a reparação de dano significa “a restituição ao *status quo* anterior a conduta delitiva, seja pela restituição do produto do crime, seja pela reparação do dano causado”. (MENDONÇA, 2020, p. 296.)

4.3.3 Renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

Prevista no inciso II do artigo 28-A, tal renúncia representa uma condição para o acordo, tendo em vista que "nenhum sentido faria a celebração do acordo de não persecução penal se o investigado pudesse manter consigo, por exemplo, os instrumentos do crime, muito menos se pudesse preservar o produto direto ou indireto da infração penal" (LIMA, 2020, p. 282).

4.3.4 Prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas e/ou pagamento de prestação pecuniária

Estabelece o inciso III do referido artigo a condição de prestação de serviços à comunidade. Desta feita, para aferição do período em que tal condição deverá ser cumprida, a lei estabelece período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços.

Da mesma forma, dispõe o inciso IV sobre o pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social, a qual deverá ser estipulada pelo juízo da execução.

Sobre o tema, verificaram-se controvérsias no que se refere a indicação pelo juiz, do local de cumprimento da prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária [48], as quais ensejaram em ADI, conforme visto adiante, em tópico específico.

---

[48] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com 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: III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

4.3.5 Cumprimento, por prazo determinado, de outras condições estipuladas pelo Ministério Público

Não obstante as condições acima previstas, prevê o inciso V, do artigo 28-A[49], a possibilidade de o Ministério Público indicar outras condições a serem cumpridas no ANPP. Desta forma, prevê o dispositivo que tais condições devem ser estabelecidas de forma proporcional e compatível com a infração penal imputada.

> Tais condições são predispostas não para punir o investigado, mas para demonstrar sua autodisciplina e senso de responsabilidade na busca da ressocialização, corroborando a desnecessidade de deflagração da *persecutio criminis in iudicio*. Com base no mesmo entendimento jurisprudencial dominante acerca do art. 89, §2º, da lei n. 9.099/95, o ideal é concluir que essas outras condições podem abranger o cumprimento de penas restritivas de direitos diversas daquelas já previstas nos incisos do art. 28-A do CPP, como, por exemplo, a perda de bens e valores, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana (LIMA, 2020, p. 282).

Desta feita, tais condições estipuladas pelo Ministério Público de forma proporcional e compatível com a infração penal imputada, podem ter como parâmetro também as medidas cautelares alternativas a prisão prevista no artigo 319[50] do CPP.

---

[49] V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada

[50] Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - Comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades;

II - Proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações;

III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante;

IV - Proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução;

V - Recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - Suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais;

VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração;

VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial;

IX - Monitoração eletrônica.

4.4 Do cumprimento

Conforme estabelece o artigo o artigo 28-A, § 13 do CPP, uma vez cumprido o acordo, ou seja, tendo o investigado cumprido as condições estipuladas, será declarada extinta a punibilidade do agente.

Desta feita, tem-se que tal extinção ocorrerá após vista dos autos ao Ministério Público que "uma vez verificando o cumprimento integral da avença, postulará ao Juiz da Execução a decretação da extinção da punibilidade (...)" (CABRAL, 2021, p. 204).

4.5 Do descumprimento

Conforme visto acima, O ministério Público deixará de oferecer a denúncia uma vez realizado o ANPP; posteriormente, cumpridas as exigências legais, será declarada extinta a punibilidade do agente.

Lado outro, conforme estabelece § 10[51] do artigo 28-A, uma vez descumpridas as condições estabelecidas pelo investigado, o ANPP será rescindido e o Ministério Público oferecerá a denúncia.

Tendo em vista que a execução do acordo será feita perante o juízo da execução penal, tem-se que a rescisão será no mesmo juízo, de forma que o Ministério Público o comunicará sobre o descumprimento das condições e aquele efetuará a rescisão, a qual acarretará posterior denúncia pelo Ministério Público.

> O juiz antes de decidir, porém, deverá intimar o investigado para que possa ter oportunidade de eventualmente apresentar justificativa (aqui não há uma injunção legal para que sempre apresente justificativa, vez que essa intimação sequer é prevista em lei, mas decorre de uma lógica de ciência e oportunidade de manifestação – contraditório antes de eventual intervenção na esfera jurídica de alguém, como ocorre no caso da rescisão do ANPP) (CABRAL, 2021, p. 206.)

[51] § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia

4.6 Da homologação judicial

A resolução 181 do CNMP, alhures analisada, inicialmente, não trazia nenhuma espécie de controle jurisdicional realizado anteriormente a celebração do ANPP. Posteriormente a resolução 183 do CNMP, estabeleceu a necessidade da homologação judicial do ANPP, a qual foi mantida pela lei 13.964/19.

Nesse contexto, estabelece o § 4°[52] a necessidade de homologação judicial do ANPP, a qual, realizada em audiência, contará também com a presença do defensor do investigado.

Uma vez realizada, a audiência tem como fundamento a verificação da voluntariedade e legalidade do ANPP. Possibilita-se ao juiz:

> a) homologar o acordo de não persecução penal, hipótese em que o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo da execução penal (CPP, art. 28-A, §6º). A vítima deve ser intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento; b) se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (CPP, art. 28-A, §5º) c) o juiz também poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação anteriormente mencionada (§7°). (LIMA, 2020, p. 283).

Neste último caso, recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, conforme estabelece parágrafo 8° do artigo 28-A.

No que se refere a estas atribuições concedidas ao poder judiciário previstas nos parágrafos 5°, 7° e 8° iniciaram-se controvérsias, as quais serão analisadas a seguir.

---

[52] § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

5 Outras questões controvertidas acerca do acordo de não persecução penal

5.1 Da atuação judicial

A disciplina do ANPP mediante a lei 13.964/19, trouxe algumas alterações em relação as Resoluções 181 e 183 do CNMP, as quais prevaleceram, "ocorrendo, portanto, revogação por lei, dos trechos incompatíveis da resolução 181/17" (CABRAL, 2021, p. 59).

Sobre tais alterações, Rodrigo Leite Ferreira Cabral pontua:

> A lei alterou a autoridade que indicava o local a ser cumprida prestação de serviços. Na Resolução era o MP. Na Lei o Juiz da Execução. Além disso, fez-se referência à normativa do art. 46 do Código Penal, que disciplina a pena restritiva de direito, o que facilita a interpretação do dispositivo.

Com previsão expressa no artigo 3° A, do CPP, incluído pela lei 13.964/2019[53], tem-se que o processo penal brasileiro tem estrutura acusatória.

> Próprio dos regimes democráticos, o sistema acusatório caracteriza-se pela distinção absoluta entre as funções de acusar, defender e julgar, que deverão ficar a cargo de pessoas distintas. Chama-se "acusatório" porque, à luz deste sistema ninguém poderá ser chamado a juízo sem que haja uma acusação, por meio da qual o fato imputado seja narrado com todas as suas circunstâncias (AVENA, 2021, p. 8).

Não obstante, o sistema acusatório já havia sido consagrado anteriormente a esta previsão trazida pela lei 13.964/2019, a partir de preceitos implícitos da Constituição federal.

Sobre o tema, a doutrina diverge quando ao sistema adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, de maneira que, parte da doutrina entende pela adoção do sistema misto ou inquisitivo garantista ao ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista as previsões na legislação infraconstitucional que apontam na direção do sistema inquisitivo em razão de seus vestígios em um ou outro dispositivo legal, não obstante a incorporação pela Constituição federal do sistema acusatório.

Ainda, no que se refere a legislação infraconstitucional com resquícios do sistema inquisitório, tem-se que parte da doutrina considera tais previsões inconstitucionais.

---

[53] Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Artigo suspenso em decisão liminar proferida nos autos da ADI 6298 (6299,6300 e 6305)

> "(v.g. nítida separação de funções processuais, -investigar e acusar separadas da função de julgar; direito de defesa em paridade de armas; amplo rol de direitos e garantias individuais; exigência de imparcialidade do julgador; etc.), apesar de diversas regras do Código de Processo Penal manterem o ranço inquisitório, de plano inconstitucionais". (POLLY; DELLA VILA, 2020, p. 174)

Nesse contexto, O ANPP encontra-se introduzido seguindo os moldes do sistema acusatório, tendo em vista que "o julgador é mantido em seu lugar de imparcialidade, devendo zelar pelo cumprimento da legalidade, enquanto às partes, acusador e cidadão acusado (amparado por uma defesa técnica) competem dispor sobre o acordo" (POLLY; DELLA VILA, 2020, p. 175).

Sobre o tema, verifica-se controvérsias acerca da atuação do juiz, não obstante o sistema acusatório em que se fundou o ANPP, em que o juiz deve apenas zelar pela legalidade do acordo.

Nesse sentido, no que se refere à disposição, previsto no artigo 28, A, III, IV, por meio da ADI 6305 a Associação Nacional de membros do Ministério Público considerou inconstitucional a previsão da indicação pelo juiz, do local de cumprimento da prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. [54] Dessa forma, a ANMP fundamenta-se na violação da titularidade exclusiva da ação penal pública ao Ministério Público, bem como na imparcialidade do juiz, oriunda do sistema acusatório.[55] Aduz que cabe ao juiz somente o papel de homologação do ANPP, dada sua natureza negocial, firmada entre o MP e investigado.

Outras alterações trazidas pelo texto da lei 13.964/19 ao ANPP, referem-se ao disposto nos parágrafos 5°, 7° e 8° do inciso IV, parágrafo 2°.

Nessa exegese, no que se refere ao parágrafo 5°[56] tem-se que "O acordo de não persecução penal deve continuar a ser homologado judicialmente, só que, agora, por meio de audiência judicial, em que deverá verificar a voluntariedade e a legalidade do ajuste" (CABRAL, 2021, p. 65).

---

[54] Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com 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: III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

[55] ADI 6305 Consultar Processo Eletrônico (stf.jus.br)

[56] § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor

O parágrafo 7°, por sua vez, trouxe a possibilidade de indeferimento do pedido de homologação do ANPP[57], e o parágrafo 8°, dispõe que recusada a homologação, o juiz devolverá os autos para o Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia.

> Da mesma forma, esse dispositivo não constava da resolução. É de se criticar, porém que seja aberta a possibilidade de novas investigações, vez que, como se verá no comentário correspondente, o acordo somente é cabível quando a investigação já esteja madura para oferecimento da denúncia. Em outras palavras, quando não houver a necessidade de complementação das investigações. (CABRAL, 2021, p. 67).

Sobre tais dispositivos, também por meio da ADI 6305, a Associação Nacional de membros do Ministério Público considerou inconstitucional o controle do magistrado, com fundamento na violação da independência funcional do Ministério público. Aduz que a atuação judicial prevista nos referidos parágrafos, ultrapassam o papel de homologação cabível ao juiz no ANPP.

> (...) A segunda, também por violar o sistema acusatório, a independência funcional do membro do Ministério Público e a própria imparcialidade objetiva do Magistrado, refere-se aos conteúdos normativos contidos nos parágrafos 5º, 7º e 8º, que estabelecem o controle inadequado e inconstitucional do acordo por parte do Magistrado. É que, conforme se depreende dos textos, a atuação da magistratura foge da dimensão homologatória e fiscalizatória no plano da legalidade formal, para invadir um patamar de mérito indevido, estabelecendo um controle que não encontra mais base no sistema constitucional brasileiro, por desafiar a ideia do sistema processual acusatório. (...);
> (...) por isto mesmo, a escolha do legislador de conferir ao magistrado esse papel de controlador do acordo de não persecução penal, da forma como foi posta, é medida flagrantemente inconstitucional, por violar o sistema acusatório, a autonomia do membro do Ministério Público e a imparcialidade objetiva do magistrado. (ADI 6305).

Em concordância com tais entendimentos, aduzem Camilin Marcie de Poli e Giovani Frazão Della Villa:

> A possibilidade de recusa a homologação pelo juiz, nos termos do parágrafo 7°, fora dos casos em que os requisitos legais não forem respeitados, deturpa a lógica que preside um modelo processual calcado no sistema acusatório, como quer a Constituição da República de 1988 (POLLY; DELLA VILA, 2020, p.5)

---

[57] § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

5.2 Da natureza jurídica

No que se refere a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, necessário se faz analisar se a norma e de natureza penal ou processual penal.

Isso porque uma vez entendido ser o ANPP uma norma de natureza material tem-se, em regra, que a lei não retroage, salvo para beneficiar o réu, em virtude do artigo 5°, inciso XL da Constituição federal[58]. Lado outro, tem-se que "caso o conteúdo da nova lei seja maléfico, ocorrerá a ultra- atividade e a lei revogada continuará regulando os fatos vigentes a época dos fatos" (METZKER, DAVIS, 2020, p. 9)

> A extra atividade é a possibilidade de a lei penal continuar regulando os fatos mesmo após a sua revogação ou retroagir e ser aplicada a fatos anteriores a sua vigência. Isso será definido em razão do conteúdo da nova lei, que caso seja benéfico ao réu, deixará de seguir a regra geral e ocorrerá a retroatividade. No entanto, caso o conteúdo da nova lei seja maléfico, ocorrerá a ultratividade e a lei revogada continuará regulando os fatos da época de sua vigência (METZKER, DAVIS, 2020, p. 10)

Em contrapartida, tratando-se de norma de natureza processual, conforme dispõe o artigo 2° do CPP, "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior".

> O art. 2.º do CPP dispõe que a lei processual penal será aplicada desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. Incide, enfim, o princípio *tempus regit actum*, também chamado de *princípio do efeito imediato* ou da *aplicação imediata da lei processual*6, significando que o tempo rege a forma como deve revestir-se o ato processual e os efeitos que dele podem decorrer. Logo, se no curso de um processo criminal sobrevier nova lei processual, os atos já realizados sob a égide da lei anterior manterão sua validade normal. Contudo, os atos posteriores serão praticados segundo os termos da nova normatização. (AVENA, NORBERTO, p. 46)

Lado outro, o ordenamento jurídico também abrange normas heterotópicas, as quais "apesar de inseridas em diplomas processuais penais (v.g., o Código de Processo Penal), possuem um conteúdo material, retroagindo para beneficiar o réu, outras, ao revés, incorporadas a leis materiais (v.g., a Constituição federal), apresentam um conteúdo processual, regendo-se pelo critério tempus regit actum". (AVENA, NORBERTO, 2021, p. 47).

> A heterotopia, em síntese, consiste na intromissão ou superposição de conteúdos materiais no âmbito de incidência de uma norma de natureza processual, ou vice-versa, produzindo efeitos em aspectos relacionados à ultratividade, retroatividade ou aplicação imediata (*tempus regit actum*) da lei. (AVENA, NORBERTO, 2021, p. 47).

---

[58] Artigo 5° XL da CF - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

Nesse cenário, no que se refere a retroatividade do ANPP, verificam-se divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca da aplicação do ANPP em ações penais em curso.

Sobre o tema, tem-se que o Ministério Público Federal se manifestou pelo cabimento do ANPP em processos penais que já estivessem em curso antes da entrada em vigor do ANPP[59], conforme regulado na lei 13.964/19.

Em contrapartida, verifica-se que sobre o tema não há entendimentos jurisprudenciais e doutrinários pacificados.

No STJ, há entendimento no sentido de que cabe o ANPP, em processos instaurados antes de sua entrada em vigor, somente até o recebimento da denúncia[60].

Nesta vertente, o precedente jurisprudencial citado se coaduna com o entendimento que considera apropriado a proposta de acordo na fase pré- processual. Assim, conforme Eugênio Pacceli:

> A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei ("Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado…") quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII). Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo (PACELLI, p. 116, 2020)

Por outro lado, verifica-se tese firmada no sentido da retroatividade do ANPP, em processos instaurados antes de sua entrada em vigor, até antes do trânsito em julgado da condenação[61].

Nesse sentido, leciona Aury Lopes Junior:

> Quanto à aplicação no tempo, trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. (...) na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado. (LOPES JUNIOR, 2021, p. 86)

---

[59] Enunciado n° 98/2020/ MPF

[60] EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020.

[61] AgRg no HC: 575395/RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, data de julgamento 08/09/2020, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 14/09/2020.

Noutra vertente, intermediária, entende Rodrigo Leite Ferreira Cabral pela celebração do ANPP em processos em curso, até a sentença penal condenatória.

> No entanto, em relação aos processos instaurados antes da vigência da lei 13.964/19, até mesmo para franquear tratamento isonômico entre os investigados, nos parece que, nessa fase de transição entre o novo e antigo sistema, é perfeitamente possível a celebração de acordo de não persecução penal para os processos em curso (CABRAL, 2021, p. 35).

No STF foi reconhecida a relevância da questão em sede de HC afetado ao plenário pelo relator e admitidos *amigos curae* no curso da tramitação, ainda pendente julgamento:

> "(...) para que se assente um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos, deve-se remeter o habeas corpus para julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. (...) Reitera-se, portanto, que a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados. Diante do exposto, remeto o presente habeas corpus à deliberação pelo Plenário deste Tribunal. Colham-se informações do STJ, do TJDFT e do juízo de origem. Abra-se vista à PGR. Publique-se. Int. Brasília, 22 de setembro de 2020." (HC 185913/DF, rel. Ministro Gilmar Mendes)

5.3 Da utilização da confissão para propositura da ação penal

Estabelece o *caput* do artigo 28-A, a exigência da confissão formal e circunstanciada da prática do delito pelo agente para propositura do ANPP.

No que se refere a utilização desta confissão (para fazer prova em caso de oferecimento de denúncia, ou se limitar ao propósito do ANPP), verificam-se divergências doutrinárias.

Sobre o tema, a corrente que defende a utilização da confissão apenas para o propósito do ANPP, contudo, não ignora a influência que terá na formação de convencimento do julgador no caso de eventual denúncia pelo *parquet*, vejamos:

> O primeiro problema que surge é o valor dessa confissão em caso de rescisão do acordo. Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe "delete" mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco. Daí por que uma vez mais se evidencia a importância do sistema "*doble juez*", para que o acordo de não persecução penal seja feito perante o juiz das garantias e o feito (em caso de rescisão) tramite perante outro juiz (juiz da instrução) (LOPES JUNIOR, 2021, p. 86)

Em contrapartida, Rodrigo Leite Ferreira Cabral entende que a confissão tem função tanto de garantia, para que o Ministério Público tenha fundamento robustos para propositura do acordo; como também função processual, a qual possibilita que se use a confissão do investigado no processo, em caso de descumprimento das condições acordadas.

> É sabido que as denominadas provas constituintes produzidas tão somente na fase investigatória não são prova em sentido técnico jurídico, mas sim meros elementos de informação, devendo, para terem força probatória, ser repetidas no processo penal. (CABRAL, 2021, p. 126).

No que se refere a possibilidade da utilização da confissão para aplicação de sanções administrativas e civis, mediante o compartilhamento com outras esferas (a exemplo Receita Federal, banco central e outros) entende Aury Lopes Júnior que a confissão, como sendo requisito para propositura do ANPP, poderia ser utilizada apenas em sede de investigação preliminar, sendo vedada não só sua utilização para processo criminal decorrente do descumprimento de condições, como também no compartilhamento de informações em outras esferas (LOPES JUNIOR, 2021)

Em contrapartida, Andrey Borges Mendonça leciona que o legislador ao estabelecer que o investigado deve confessar formal e circunstancialmente "significa que a confissão deve ser narrada com todas as circunstâncias de tempo, lugar, modo execução etc, de maneira detalhada" (MENDONÇA, 2020, p. 287).

Nessa vertente, possibilita-se a utilização da confissão em outras esferas. Vejamos:

> Nada obstante seja desejável a coordenação entre as instanciais estatais, o legislador não vedou que haja compartilhamento da confissão com outras esferas e outros órgãos públicos. E, diante da ausência de limitação, o compartilhamento segue as normas gerais, sendo possível sua admissão, ao menos como regra (...) de qualquer forma, se a questão não for tratada pelas partes, não haverá qualquer limitação prévia ao compartilhamento com outras instituições. (MENDONÇA, 2020, p. 290)

6 CONCLUSÃO

Apontou-se no presente trabalho que as soluções consensuais de conflitos vêm crescendo exponencialmente dentro do ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, tem-se que o ANPP encontra-se inserido nesse novo paradigma de consenso.

Conforme analisado no decorrer da presente pesquisa, tem-se que o ANPP, como sendo instituto recentemente trazido ao ordenamento jurídico, encontra-se envolto em divergências doutrinárias e jurisprudenciais quanto a sua aplicação, conforme ADI's 6305 e 6298 em tramitação, até o momento do presente trabalho; outrossim conforme acima anotado o julgamento HC afetado ao plenário da Suprema Corte onde se discute temas relacionados ao direito processual intertemporal.

Entretanto, não obstante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais em que se encontra envolto o ANPP, vislumbra-se que este instrumento consensual de justiça penal poderia representar importante alternativa para celeridade ao ordenamento jurídico, bem como para garantir eficiência e efetividade, liberando a justiça criminal para o exame aprofundado de delitos de maior gravidade.

Verificou-se que, não obstante o princípio da obrigatoriedade da ação penal (art. 5° LIX, Constituição federal) ter previsão legal constitucional, tem-se que as soluções consensuais que foram analisadas, dentre estas, o ANPP, encontram-se abrangidas pelo referido princípio, em sua forma mitigada, sendo, portanto, constitucionais.

Isso porque embora o princípio estabeleça a obrigatoriedade da propositura da ação penal diante da existência do fato criminoso e condições da ação, tem-se que as formas consensuais no processo penal, mitigadoras do princípio da obrigatoriedade da ação penal, encontram respaldo legal na própria Constituição federal, a exemplo autorização para criação dos juizados especiais para infrações de menor potencial ofensivo.

Com efeito, conclui-se que o ANPP não confronta com o princípio constitucional da obrigatoriedade da ação penal pública, tendo em vista que o artigo 129, I, da Constituição federal, atribui ao Ministério Público promover privativamente a ação penal pública, *na forma da lei,* donde decorre a legalidade da posterior inclusão do ANPP no CPP, respaldada na autorização do texto constitucional.

Em consonância, o ANPP é direcionado para crimes de menor reprovabilidade social, com pena inferior a 4 (quatro) anos e não cometidos com violência ou grave ameaça, bem como não é possível em crimes praticados contra a mulher em razão da condição de sexo feminino,

além de ter seguido o parâmetro estabelecido pelo ordenamento jurídico para substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em síntese, verificou-se, como objeto da presente pesquisa, que o ANPP, assim como as demais formas de consenso analisadas no presente trabalho, encontram-se compatíveis com o princípio da obrigatoriedade (mitigada) da ação penal pública.

REFERÊNCIAS

Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso. Disponível em: <migalhas.com.br>. Acesso em: 5 dez. 2021.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual – Controvérsias e desafios.** 2.ed. Salvador. Editora JusPodvm, 2019.

AVENA, Norberto. **Processo Penal.** Disponível em: Minha Biblioteca, (12th edição). Grupo GEN, 2020.

AVENA, Norberto. **Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Grupo GEN, 2021.

BONFIM, Edilson M. **Curso de Processo Penal.** Disponível em: Minha Biblioteca, (13th edição). Editora Saraiva, 2018.

BRASIL. **A Constituição e o Supremo**. Constituição-e-o-Supremo-Versão-Completa-STF-Supremo-Tribunal-Federall. Disponível em: <editoraforum.com.br> Acesso em 3 dez. 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: 20 set. 2021.

BRASIL. **Conselho Nacional do Ministério Público.** Resolução nº 183 de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que 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-183.pdf >. Acesso em: 20 set. 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <planalto.gov.br >. Acesso em: 3 dez. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. DEL2848 compilado. Disponível em: < planalto.gov.br>. Acesso em: 6 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Del3689. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em: 5 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. L9099. Disponível em: < planalto.gov.br>. Acesso em: 2 set. 2021.

BRASIL. **Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990.** Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. L8072. Disponível em: < planalto.gov.br>. Acesso em: 03 out. 2021.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o

procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. L12850. Disponível em: <planalto.gov.br>. Acesso em: 3 out. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5790.** Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em Supremo Tribunal Federal (stf.jus.br). Acesso em 18 nov. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 18 nov. 2021.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira**. Manual do ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – À Luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime).** Salvador. Editora JusPodivm, 2021.

CAMARGO, Rodrigo Oliveira; FELIX, Yuri. (Org.). **PACOTE ANTRICRIME: reformas Processuais: reflexões críticas à luz da lei 13.964/2019.** 1 ed. Florianópolis. Emais, 2020.

CONJUR**. OAB questiona norma do MP que perdoa quem confessa crime. Revista Consultor Jurídico**. 17 de outubro de 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-out-17/oab-questiona-norma-mp-perdoa-quem-confessa-crime>. Acesso em: 19 nov. 2021.

GONÇALVES, Antônio Baptista. (Coord.). **LEI ANTICRIME: um olhar criminológico, político criminal, penitenciário e judicial.** São Paulo. Revista dos Tribunais, 2020.

GOMES, José. **Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processos em curso**. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>. Acesso em: 2 dez. 2021.

GRINOVER, Ada Pelegrinni. **Juizados especiais criminais – comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

JARDIM, Afrânio Silva. Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **DIREITO PROCESSUAL PENAL**. Disponível em: Minha Biblioteca, (18th edição). Editora Saraiva, 2021.

JUNIOR, Aury Celso Lima L. **Fundamentos do Processo Penal.** Disponível em: Minha Biblioteca, (6th edição). Editora Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**. 8° ed. Salvador: Juspodvm, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. Disponível em: Minha Biblioteca, (20th edição). Grupo GEN, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. Disponível em: Minha Biblioteca, Grupo GEN, 2020.

O Acordo de Não Persecução Penal: Noções Gerais e Constitucionalidade - Âmbito Jurídico - Educação jurídica gratuita e de qualidade. Disponível em: <ambitojuridico.com.br>. Acesso em: 2 dez. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência.** Disponível em: Minha Biblioteca, (12th edição). Grupo GEN, 2020.

Resoluo-181-1.pdf. Disponível em: <cnmp.mp.br>. Acesso em: 20 out. 2021.

Resoluo-183-1.pdf. Disponível em: <cnmp.mp.br>. Acesso em: 20 out. 2021.

Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <stf.jus.br>. Acesso em: 5 dez. 2021.

Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <stj.jus.br>. Acesso em: 5 dez. 2021.