

**A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO
PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DA LEI
Nº13.964/19**

**THE PRACTICE OF THE PROSECUTION AND THE APPLICATION OF THE
CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT IN PROCEDURES PREVIOUS TO
LAW N°. 13.964/19**

**Afonso Bandeira Coradini¹
Ivy de Souza Abreu²**

RESUMO: O presente artigo tem como principal finalidade investigar a inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal de 1941, inserido pela Lei nº 13.964/19. Tal estudo é de tamanha importância vez que o ANPP vai contra princípios constitucionais basilares para o garantismo penal fornecido pela CRFB/1988. Além de que, ao atribuir ao membro do Ministério Público no instituto a faculdade de aplicação e decisão, contraria sua função típica determinada pelo sistema acusatório utilizado no Direito Penal Brasileiro. Outro fator a ser considerado refere-se a omissão quanto a aplicação da benesse em processos penais já em trâmite nos fóruns nacionais, devendo referidas pendências serem sanadas através de julgamentos recentes e posicionamento doutrinário.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; pacote anticrime; ministério público; inconstitucionalidade; princípios.

¹ Graduando em Direito pela Faculdade Multivix Cachoeiro de Itapemirim. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pela faculdade FAVENI. Artigos publicados: Patrimônio Cultural, Desenvolvimento Econômico e Predação Imobiliária: O cenário humano-cultural da Igreja de Nosso Senhor dos Passos em exame (2017); O reconhecimento do acesso ao patrimônio cultural como direito fundamental (2017); Interesse Público em detrimento do Interesse Privado: a Intervenção do Estado na Propriedade em prol da Preservação do Patrimônio Cultural (2017) e Patrimônio Cultural Imaterial e o Instituto do Registro.

² Doutora em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Mestre em Direitos e Garantias Fundamentais pela FDV; Especialista em Direito Público; MBA em Gestão Ambiental; Coordenadora do Grupo de Pesquisa "Biodireito e Direitos Fundamentais"; Avaliadora da Revista Opinião Jurídica do Chile (qualis A2); Avaliadora da Revista Brasileira de Políticas Públicas (qualis B1); Avaliadora da Revista Brasileira de Direito (qualis A1); Advogada e Bióloga.

ABSTRACT: The main purpose of this article is to investigate the unconstitutionality of the non-criminal prosecution agreement provided for in art. 28-A of the Penal Code of 1941, inserted by Law n° 13.964/19. Such a study is of such importance since the ANPP goes against basic constitutional principles for the criminal guarantee provided by CRFB/1988. In addition, by giving the member of the Prosecution at the institute the Power of application and decision, it contradicts its typical function determined by the accusatory system used in Brazilian Criminal Law. Another factor to be considered refers to the omission regarding the application of *benesse* in criminal proceedings already pending in the national forums, and the pending matters must be resolved through recent judgments and doctrinal positioning.

KEY-WORDS: non-criminal prosecution agreement; anti-crime package; prosecution; unconstitutionality; principles.

1 INTRODUÇÃO

O Poder Judiciário brasileiro encontra-se sobrecarregado pela demanda de processos nele existente, ocasionando um tumulto processual nos fóruns nacionais. Vale destacar que nos tempos hodiernos, o 1° grau de jurisdição é o local de maior concentração de autos em trâmite, equivalendo a 94% (noventa e quatro por cento) do montante processual existente no país.

Partindo desta premissa, oportuno salientar que somente no ano de 2018 existiam cerca de 9,1 milhões de processos criminais em trâmite no território nacional. Neste diapasão, com escopo de escassear o número de processos e consequente diminuição dos gastos públicos, no ano de 2017, através da Resolução n° 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) criou-se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

O Acordo de Não Persecução Penal ganhou destaque a partir de 24 de dezembro de 2019, com o advento da Lei n° 13.964/19, eis que o que era somente uma

resolução do CNMP, transformou-se no art. 28 – A do Código de Processo Penal de 1941 (CPP), trazendo consigo diversas alterações do ANPP outrora vigente.

O ANPP consiste em procedimento semelhante ao *pleabargain* do direito norte-americano, ou seja, com a confissão do investigado/denunciado, preenchidos todos os requisitos que o art. 28-A do CPP/1941 exige, o Ministério Público poderá oferecer proposta de “acordo” para que a denúncia não seja oferecida perante o Judiciário.

Nesta toada, através de pesquisas bibliográficas jurídicas (doutrina) e jurisprudências (julgados de Tribunais), o escopo deste trabalho é analisar acerca da legalidade da atuação do membro do Ministério Público e momento de oferecimento do acordo de não persecução penal, vez que sua existência perante o Código de Processo Penal de 1941 é prematura, tendo-se a legislação restada inerte em diversos pontos cruciais quanto a aplicação da nova oportunidade para evitar a pena.

Somente na leitura do art. 28-A do CPP/1941 encontram-se várias divergências face o novo acordo de não persecução penal. Ora, percebe-se que referido artigo é cristalino ao mencionar quanto a necessidade de confissão para oferecimento deste, contudo, quantos investigados farão a confissão forçada para fazerem jus a esta justiça de negociação?

Além do mais, outro impasse refere-se quanto a obrigatoriedade do Ministério Público em oferecer o ANPP, tendo em vista que no *caput* do art. 28-A do CPP/1941, encontra-se a existência do vocábulo “poderá”, deste modo, não será considerado um explícito privilégio do *parquet* ao ter tamanha discricionariedade fora do estado-juiz?

Percebe-se, ainda, que o ANPP será oferecido em processos que estão ainda na fase de inquérito policial (antes do oferecimento/recebimento da denúncia), deste modo, esta alteração do Código de Processo Penal de 1941 não será aplicada em processos em trâmite? Se positivo, até qual fase processual?

Em um epítome, o presente visa analisar a (in) constitucionalidade, atuação dos membros do Ministério Público face o acordo de não persecução penal para todos os investigados/acusados desde que preenchidos os requisitos legais. Além de esclarecer até qual fase processual o indiciado/acusado poderá fazer *jus* a tal benesse, vez que se trata de medida inclusa no princípio basilar do Direito Penal, qual seja: *in dubio pro reo*.

Este trabalho, utilizando-se das modalidades de pesquisas de natureza básica, qualitativa, exploratória e bibliográfica, visa atribuir resposta para todas as perguntas supramencionadas com olhares voltados aos princípios constitucionais essenciais, analisando doutrinas e julgados recentes sobre o tema.

Há peculiaridades referentes a estas alterações tão audazes do Código de Processo Penal de 1941, cujo desígnio é elencá-las para análise quanto ao Princípio do Devido Processo Legal presente na cláusula pétrea do art. 5, LIV da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB).

2 BREVES COMENTÁRIOS ACERCA DA PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O direito penal é tratado como a *ultima ratio*. Em tradução para o português, significa dizer que é a última razão utilizada “para aquelas hipóteses em que o bem jurídico não poder ser protegido por outros meios menos gravosos” (STF, 2016, s.d). Partindo desta premissa, para que um indivíduo seja processado criminalmente, far-se-á necessário a observância do trâmite do devido processo legal estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e no Código de Processo Penal de 1941, criando, desta forma, o caminho para persecução penal.

Para Tourinho Filho (2010), quando o agente transgride norma de direito pública incriminadora, cabe ao Estado Soberano a investigação, apuração e julgamento do fato por meio de processo. Sendo que,

para que isso ocorra, é preciso que o Estado-Administração leve a notícia daquele fato ao conhecimento do Estado-Juiz (apontando-lhe o respectivo autor), a fim de que, apreciando-o, declare se procede ou improcede, se é fundada ou infundada a pretensão estatal. (TOURINHO FILHO, 2010, p. 235).

Nesta premissa, anterior ao início da ação penal há a fase investigativa, cujo CPP/1941 traz em seu texto legal um título específico para este tema. As investigações serão reduzidas a escrito no caderno denominado inquérito policial, compreendido como o conjunto de diligências realizado pela Autoridade Policial com escopo de obtenção de indícios de autoria e prova da materialidade, para que, posteriormente o Ministério Público ou o ofendido possam oferecer denúncia ou queixa-crime, a depender do caso concreto (AVENA, 2014).

Cabe destacar que o inquérito policial não possui natureza de processo judicial ou administrativo, tratando-se de mera peça informativa. Contudo, ainda possui a característica de procedimento, eis que o legislador estabeleceu uma sequência lógica para seu deslinde, incluindo instauração, desenvolvimento e conclusão no Código de Processo Penal (LIMA, 2020).

Concluída a fase investigativa, havendo indícios suficientes de autoria e prova da materialidade, inicia-se a ação penal. Para Nucci (2016, s.d), a ação penal é um “direito do Estado-acusação ou da vítima de ingressar em juízo, solicitando a prestação jurisdicional, representada pela aplicação das normas de direito penal ao caso concreto”, ou seja, é aqui que o juiz colherá e analisará as provas para julgamento do réu.

Nota-se que, com a instauração de inquérito policial, o oferecimento da ação penal e o curso regular do processo, obtém-se o que a doutrina chama de persecução penal. Norberto Avena (2014, p. 156) conceitua a persecução penal como a “conjugação da atividade investigatória realizada pela polícia judiciária com a ação penal deduzida pelo Ministério Público ou pelo ofendido”. Em epítome, a persecução penal é a somatória da fase investigativa (inquérito policial) com a ação penal (denúncia ou queixa-crime).

Nesta toada, na inteligência de Távora e Alencar (2020) a primeira fase da persecução penal é inquisitiva, isto é, via de regra, a presença da defesa é facultativa, não havendo que se falar em nulidade pela ausência de advogado na fase preliminar. Enquanto, a segunda fase denominada de fase processual, existe a

submissão aos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, acarretando nulidade absoluta por sua ausência.

Com a fase preliminar, havendo indícios de autoria e prova da materialidade, cabe ao Estado iniciar a *persecutiocriminis*(persecução penal), cujo escopo é a apuração e o julgamento de fato definido como crime com os devidos parâmetros legais, vez que o dever de punir pertence a ele, através do Poder Judiciário (TAVORA; ALENCAR, 2020).

Com a criação do ANPP, o legislador pretende evitar a segunda fase da persecução penal, qual seja: o processo criminal (a ação penal), que se inaugura com o oferecimento e recebimento de denúncia. Cumprido todos os requisitos acordados entre Ministério Público e o indiciado, será extinta a punibilidade do agente, além de não constar em folhas de antecedentes criminais, com exceção da informação que o investigado já se beneficiou nos últimos 05 (cinco) anos do acordo de não persecução penal (NUCCI, 2020).

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL À LUZ DA LEI Nº 13.964/19

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), presente no art. 28 – A do Código de Processo Penal de 1941, incluído após a emenda da Lei nº 13.964 de 2019, tem gerado bastante polêmica no ramo dos operadores de direito, eis que suas peculiaridades ultrapassam a eficácia de princípios constitucionais, cujo escopo seria a certeza de uma punição necessária e suficiente do delito aos indiciados sem invocar a pena privativa de liberdade em si, de forma a acabar com a ação penal antes mesmo de seu início, contudo, sem gerar qualquer tipo de sentimento de impunidade com os delituosos (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

Sem maiores delongas, para que seja averiguada a proposta de referida benesse, no inquérito policial,

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 (...). (BRASIL, 1941).

Isto é, nas palavras do desembargador da Seção Criminal do Tribunal de São Paulo, Guilherme de Souza Nucci (2020, p.02), “mais um estágio para evitar a ação penal”, vez que a partir do momento em que o indiciado e seu defensor aceitam referida negociação junto ao *Parquet* e homologado pelo juiz de direito, após o cumprimento de todas as condições elencadas no acordo que deverá ser formalmente escrito, será extinta a punibilidade do autor dos fatos sem que haja todo o procedimento de uma ação penal.

Percebe-se que, caso o ANPP for cumprido nos moldes de suas cláusulas, não há dúvidas quanto a economia de gastos que o Poder Judiciário irá usufruir, vez que não haverá despesas com papéis, tempo dos serventuários da Justiça, instrução e julgamento ou até mesmo possível pena restritiva de liberdade. Entretanto, os requisitos para a concessão da proposta do art. 28 – A do CPP/1941, para muitos demonstram grande risco de direitos constitucionais (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

Primeiramente, é de suma relevância destacar que, em estudo do tema referente ao acordo de não persecução penal verificou-se a existência de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 6.304, ajuizada pela Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM), a qual, até o momento de elaboração deste projeto, aguarda o julgamento.

Primariamente, cabe destacar que

a propositura desse “acordo”, no entanto, é condicionada a necessidade e suficiência para “a reprovação e prevenção de crime”, desde que seja homologada judicialmente. Trata-se, inegavelmente, de ousada medida aplicável não apenas para crimes de graves, como também para crimes gravíssimos (que pode atingir inclusive a pena máxima de 12 anos de prisão, v. g., peculato, corrupção etc.), desde que praticados sem violência ou grave ameaça, e que a pena mínima cominada seja inferior a quatro anos de prisão, mas com gravíssimos prejuízos às garantias fundamentais do investigado e do próprio exercício do poder jurisdicional. (ABRACRIM, p. 18, 2020)

Nota-se que a decisão quanto a suficiência para reprovação e prevenção do crime caberá ao Ministério Público, isto é, o órgão acusador deverá analisar casuisticamente acerca da possibilidade ou não do ANPP, ficando na faculdade

entre oferecer ou não o acordo ao investigado, tornando-se um privilégio para a instituição permanente (ABRACRIM, 2020).

Em continuidade, para que seja oferecida a proposta de ANPP, o Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu como requisito a confissão do indiciado. Para Nucci (2020), não há qualquer vício de inconstitucionalidade frente a reforma do Pacote Anticrime (como ficou conhecida a Lei nº 13.964/19), contudo, na visão do mesmodoutrinador, o termo confissão utilizado pelo CPP/1941 é impróprio, vez que não se trata de uma confissão, eis que não há sequer processo penal em trâmite, mas sim somente uma admissão da culpa.

Ora, o CPP/1941 não aceita somente uma simples confissão para que o indiciado seja beneficiado com o ANPP, far-se-á necessária “uma confissão que abranja todo o crime e as suas circunstâncias” (GANEM, 2020, s.p). Neste diapasão, não se trata de somente uma admissão da culpa, mas sim uma verdadeira confissão, vez que as circunstâncias do crime (mesmo sem oferecimento de denúncia), será levada em consideração, acarretando uma grande violação ao Princípio Constitucional da Presunção de Inocência (ABRACRIM, 2020).

Noutro giro, ao criar referida condição de confissão para o acordo de não persecução penal, o legislador não levou o atual quadro do sistema prisional brasileiro. Para as advogadas criminalistas Soraia da Rosa Mendes e Ana Maria Martínez (2020, p. 66) “grande parcela do sistema carcerário brasileiro continua a ser compostas por pessoas negras, **pobres e que praticaram crimes contra o patrimônio sem violência ou grave ameaça, como é o caso do furto simples**” (grifo nosso).

Nota-se que, além da confissão, outro requisito essencial para o ANPP é a reparação do dano à vítima (art. 28-A, I do CPP/1941). Deve-se levar em consideração que se um indivíduo comete o delito de furto, este não terá como ressarcir o valor do prejuízo, vez que o escopo do tipo penal é adquirir patrimônio para si, ante a falta daquele.

Deste modo, o indiciado por um crime contra o patrimônio encontra-se em situação de extrema fragilidade ante os demais, vez que se for aceito o acordo de não persecução penal, com descumprimento de qualquer requisito, o órgão acusador terá, simplesmente, todo o acervo probatório para posterior condenação do denunciado face a sua vulnerabilidade (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

Outro aspecto acerca desta inconstitucionalidade encontra-se amparo na obra de Alexandre de Moraes da Rosa (2017), eis que a partir do momento em que o Ministério Público oferece o ANPP, o indiciado está exposto em

aceitar uma pena menor do que correr o risco de uma sanção maior, caso arrisque-se no processo penal. Isso porque a proposta da acusação se dá na lógica de “pegar ou largar”. Se aceita a culpa, pega uma pena menor; se não aceita e foi para o processo não há perdão. É uma modalidade de “ultimato”, tão conhecida por negociadores, jogadores e trazidas para o direito processual penal. (ROSA, 2017, p. 320).

Nota-se um flagrante desrespeito ao princípio do devido processo legal e aoda verdade real, e principalmente, ao princípio constitucional de permanecer calado presente na clausula pétrea do art. 5º, LXIII da CRFB/1988 ao elencar como condição a confissão formal e circunstancial do indiciado.

Apesar de a principal motivação do ANPP consistir em poupar gastos e dar uma segunda chance para aquele que não mais pretende entrar ao mundo do crime (NUCCI, 2020), o legislador quedou-se inerte quanto ao seguimento de princípios constitucionais que norteiam o direito penal brasileiro, transformando referido acordo de não persecução penal em uma terrível “justiça negociada” em que o suposto autor do fato delituoso é submetido a dispor do devido processo legal e obrigado a produzir provas contra si mesmo para que não ocorra o risco de uma punição ainda mais severa (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

Nesta arte, o Juiz Federal Mauro César Garcia Patini (2019), em decisão proferida nos autos de nº 0000774-67.2016.4.01.3601, negou-se a homologação do acordo de não persecução face a sua gritante inconstitucionalidade, para o Magistrado

Na leitura do extenso rol de direitos e garantias fundamentais previstos no artigo 5ºda Constituição Federal, cuja preocupação extrema levou o Poder

Constituinte Originária à elevação daquele (artigo 5º) como cláusula pétrea, portanto à impossibilidade de alterações supressivas (artigo 60, parágrafo 4º), **encontramos a garantia do “devido processo legal”, no sentido de que ninguém poderá ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.** Este direito de matriz constitucional se baseia na ampla defesa, no contraditório e na existência de um juiz natural, imparcial e equidistante das partes, cuja competência abstrata deve estar estipulada previamente ao fato. (TRF, 2019) (grifo nosso)

O julgador afirma, ainda, que a fixação de penas na seara penal pertence somente aos juízes de Direito. Com o ANPP o legislador concedeu aos membros do Ministério Público um poder que somente cabe ao Estado-Juiz, após a aplicação do garantismo penal, qual seja: o direito de punir (TRF, 2019).

Neste mesmo pensamento, Ada Pellegrini Grinover (1998), afirma que a flexibilização dos ritos processuais penais em consenso entre acusação, defesa e vítima, pode indicar um caminho mais célere e eficaz do que o comum na esfera criminal, contudo, deverá ser **“sempre fiel às garantias constitucionais das partes e do próprio processo**, objetivamente considerado” (grifo nosso).

Para corroborar este entendimento, a ABRACRIM em argumento para Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.304, argumentou que o *parquet*,

sem assegurar o contraditório, a presunção de inocência e o devido processo legal, pode “negociar com o investigado” – fora do âmbito do Poder Judiciário - a sua punição em mais de noventa e cinco por cento de todos os crimes previstos no Código Penal brasileiro. Com efeito, não se trata de infrações penais cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos, como, provavelmente alguns intérpretes imaginaram, à primeira vista, e, talvez, em cima de um erro de interpretação, construíram uma tese insustentável, ao imaginar uma coisa (que a previsão legal refere-se ao limite máximo da pena cominada), quando na realidade era outra (refere-se ao limite mínimo cominado). Realmente, somente um equívoco hermenêutico dessa natureza pode explicar (e não justificar) a afirmação equivocada de que “redundaria nas conhecidas medidas alternativas” (ABRACRIM, p. 18, 2020).

Aindaneste pensamento, importante destacar que o processo penal brasileiro é regido pelo sistema acusatório, isto é, “prevê a separação entre o órgão acusador e o julgador” (NUCCI, p. 37, 2020), conforme descrito no art. 3º, *caput*, do CPP/1941. A mesma lei que cita o sistema acusatório brasileiro (Lei nº 13.964/19), é a mesma que concede função punitiva aos membros do Ministério Público, responsáveis, via de regra, pela acusação.

Neste mesmo pensamento, Lenza (p. 994, 2020) afirma que o Ministério Público não se submeterá a nenhum dos três poderes (executivo, legislativo e judiciário), contudo, este “deve obediência, apenas, à Constituição, às leis e à sua própria consciência”. Entretanto, percebe-se que ao instituir o acordo de não persecução penal, é vidente que o mesmo não observou a cláusula pétrea do art. 5º, LIV da CRFB/1988 (princípio do devido processo legal). Além de que, uma das principais garantias aos acusados, é o direito constitucional de permanecer calado, cujo ANPP exige a confissão do investigado.

O direito de permanecer calado é essencial para o garantismo penal, vez que o investigado não possui a obrigação de se autoincriminar. Neste sentido, Lenza (p. 597, 2020) manifestou-se:

Outrossim, muito bem fundamentada a decisão proferida pelo Ministro Peluso ao deferir liminar requerida em favor de Waldomiro Diniz, para que, sempre que convocado a depor perante a Comissão Parlamentar de Inquérito dos Bingos, tenha o “... **direito de permanecer em silêncio se a resposta à pergunta implicar risco de autoincriminação**. Além disso, ele poderá ser acompanhado de advogado e terá garantido o direito de não ser preso ao invocar o direito constitucional de não se autoincriminar” (Notícias STF, 10.08.2005, HC 86.426). (grifo nosso).

Ora, percebe-se que a doutrina e jurisprudência são unânimes quanto a faculdade de permanecer em silêncio quando o investigado corre o risco de posterior condenação. Desse modo, percebe-se a cristalina inconstitucionalidade do art. 28-A do CPP/1941, ao exigir a confissão para o indiciado ser contemplado com a benesse da justiça negociada.

4 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA PROCESSOS ANTERIORES À VIGÊNCIA DO PACOTE ANTICRIME

Apesar da inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal, percebe-se que, até o julgamento da ADI nº 6.304, o ANPP continuará a ser proposto nos moldes do art. 28–A do Código de Processo Penal de 1941. Deste modo, a relevância de maior estudo sobre o tema é indiscutível.

Neste compasso, outro fator que impressionou negativamente na redação legal do art. 28-A do Código de Processo Penal de 1941 foi o cristalino privilégio do *Parquet* frente a triangularização do processo (Estado, réu, autor), vez que referida instituição permanente atualmente possui o condão de, sem a segurança do contraditório e da presunção de inocência, negociar “penas” fora do âmbito do Poder Judiciário (ABRACRIM, 2020).

Além do mais, o Ministério Público possui a faculdade em oferecer o acordo de não persecução penal, ante a utilização do vocábulo “poderá” no *caput* do texto do art. 28-A do CPP/1941. Pois bem, caso o indiciado preencher todos os requisitos elencados para oferecimento do ANPP, o órgão acusador fica, ainda, na discricionariedade em oferecimento ou não de referida proposta, desde que julgue ser suficientemente reprovável para o crime.

Neste sonar, percebe-se que o Ministério Público essencial para a função jurisdicional do Estado (art. 127, CRFB/1988), acabou deslocando o exercício jurisdicional para si próprio, transformando o estado-juiz em uma simples decisão homologatória (ABRACRIM, 2020).

Ademais, não há como desviar da flagrante autonomia exacerbada que o Ministério Público possui no art. 28-A, V do CPP/1941, vez que este poderá impor ao acusado outra condição “desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada” (BRASIL, 1941).

Nem mesmo os defensores do pacote anticrime deixaram de pronunciar-se desfavoravelmente acerca desta previsão legal, para Nucci (2020), apesar de aplaudir a lei nº 13.964/2019, afirma que referida cláusula é abusiva, haja vista sua amplitude. Na visão do doutrinador, “pouquíssimas foram os casos de fixação de uma condição aberta, que fosse adequada, proporcional e justa. Esperamos que os membros do Ministério Público tenham bom senso para tanto” (NUCCI, 2020, p. 61), eis que referido procedimento é similar ao da *sursis* prevista no art. 79 do Código Penal.

Neste contexto, percebe-se que o órgão acusador foi dotado de alto poder jurisdicional frente ao judiciário e ao próprio acusado, vez que será este quem irá determinar a pena da justiça negociada prevista no pacote anticrime. Nota-se que o estado-juiz, apesar de ter autonomia para negar-se a homologação do acordo, ao considerar qualquer cláusula imprópria na negociação, com a concordância do investigado e seu defensor, devolverá os autos ao Ministério Público para reforma (art. 28-A, § 5º do CPP/1941).

Isto é, o magistrado a quem for incumbida a homologação do ANPP, precisará da concordância do *Parquet* e do defensor do indiciado para qualquer alteração, ou seja, pode-se dizer que a vontade do indiciado não será levada em consideração em cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas (NUCCI, 2020).

Nesta área, cabe destacar que a doutrina posicionou-se que, preenchidos os requisitos do art. 28-A do CPP/1941, não poderá o membro do Ministério Público negar-se a realização da proposta de acordo, vez que é discutido um direito subjetivo do investigado, além de ser considerado um direito processual obrigatório (LOPES JR; JOSITA, 2020).

O acordo de não persecução penal, além de trazer em seu recente texto legal questões acerca de inconstitucionalidade e privilégios para a função do Ministério Público, o mesmo ainda foi inerte quanto sua aplicação em processos já em trâmite, vez que trata-se de norma de natureza mista (híbrida), ou seja, possui caráter processual e material, por ser em tese, mais benéfica para o indiciado/réu, esta deverá retroagir em processos já em trâmite antes da vigência da Lei nº 13.964/2019 (GANEM, 2020). Nesta mesma esteira, lecionam Ali Mazloun e Amir Mazloun (2020, s.d)

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, **trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual**. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, **deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”** Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. (grifo nosso)

O Ministério Público do Estado de São Paulo (s.d), em roteiro do trâmite do ANPP para a CAOCrim (Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Criminais), também manifestou-se no sentido de que não há qualquer óbice à celebração de acordo em processos já em trâmites, contudo, a questão a ser levantada é até qual o momento o ANPP poderá ser proposto ante a divergência de julgados existentes nos tribunais brasileiros.

O Tribunal do Estado de Santa Catarina foi o pioneiro ao manifestar-se sobre o tema após a entrada em vigor do pacote anticrime, decidindo no julgado de nº 0900040-36.2018.8.24.0016 quanto a impossibilidade da proposta de ANPP em processos que já possuem sentença, “haja vista a natureza mista de norma processual penal e norma penal, vedado, contudo, a litígios com sentença proferida até a entrada em vigor da lei.” (TJ/SC, 2020, s.p).

Nota-se que, em tão recente procedimento, já há divergência entre jurisprudência e doutrina acerca de até qual momento o ANPP poderá ser aplicado em processos já em trâmite. Segundo Ganem (2020), o art. 28-A do CPP/1941 deverá retroagir em todos os processos penais que ainda não tenham trânsito em julgado, desde que preenchidos todos os requisitos necessários para sua proposta. Percebe-se que referida posição é mais harmônica como princípio basilar do Código Penal, *in dubio pro reo*, vez que um indiciado não poderá ser prejudicado pelo simples fato de ter cometido o crime meses antes a vigência da Lei nº 13.964/2019.

Nesta sonar, no julgamento *do Habeas Corpus* 36155 RJ 2004/0082988-8, o STJ posicionou-se/fundamentou-se na aplicação da lei nº 9.099/95 em autos com sentença em sede de recurso, veja-se:

A LEI Nº 9099/95, NAQUILO QUE BENEFICIAR, EM SEDE PENAL, O RÉU, **DEVE SER APLICADA AINDA QUE O PROCESSO JÁ ESTEJA EM FASE RECURSAL** (ARTIGO 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL). RECURSO PROVIDO, **COM O RETORNO DOS AUTOS PARA QUE SE APLIQUE A LEX MITIOR**. (STJ, REsp 123169, Relator: Felix Fischer, 5ª turma, DJe: 08/09/97) (grifo nosso).

Ora, mesmo o ANPP não estando presente na Lei nº 9.099/95, na visão de Nucci (2020), é uma das quatro oportunidades para que se evite a aplicação da pena. Nesta esteira, destaca-se que duas, das quatro modalidades previstas pelo

criminalista, encontram-se elencadas na Lei n° 9.099/95, são elas: art. 72 (transação penal) e art. 89 (suspensão condicional do processo). Neste ensinamento, é visível a legalidade e possibilidade da aplicação em autos com sentença, contudo, o que impossibilitaria a proposta do ANPP seria o trânsito em julgado da sentença ante o esgotamento de análise jurisdicional dos autos pelo juiz.

Partindo das premissas, argumentos e julgados aqui utilizados, percebe-se que o acordo de não persecução penal está em patamar ábdito do mencionado por Nucci (2020) como sendo uma das melhores reformas à legislação criminal. Além de abarcar diversos fatores que demandam o reconhecimento de inconstitucionalidade (ADI n° 6.304), há maiores impasses quanto a atuação do *parquet* e momento de elaboração de referida justiça negociada.

O legislador empenhou-se em recriar um modelo perspicaz do já mencionado *pleabergain* dos Estados Unidos da América (NUCCI, 2020), contudo, os representantes do Poder Legislativo demonstraram-se apáticos em não levar em consideração a situação fática penal brasileira, em que o indiciado/acusado é posto “em uma mesa de ‘negociações’ sem o devido acompanhamento técnico, tendo o Ministério Público de outro lado” (MENDES; MARTÍNEZ, 2020).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal é um tema hodierno, vez que somente foi incluso no art. 28-A do Código de Processo Penal de 1941 com o advento da Lei n° 13.964, de 2019. Isto é, devido a sua contemporânea vigência é crucial a realização de estudos acerca deste título que poderá rarear celeremente os processos penais no judiciário brasileiro se aplicado corretamente, eis que delitos passíveis de ANPP serão analisados antes do recebimento da denúncia, após a fase de investigação.

Apesar de reduzir os gastos do judiciário com os custos da ação penal, o legislador não observou a gritante inconstitucionalidade face aos princípios basilares que norteiam o direito brasileiro. Exigir a confissão para realização de um acordo é medida extrema, contrariando a verdade real e o princípio do devido processo legal.

Além do mais, a confissão é ato personalíssimo e livre de qualquer coação. Ora, o ANPP não somente liquidou o conceito de confissão no sistema penal brasileiro, como também arruinou o princípio da não autoincriminação, obrigando o investigado a produzir provas contra si mesmo para que seja beneficiado por uma benesse garantida por lei.

Cabe destacar, ainda, que ao exigir o *status quo ante bellum* o legislador selecionou o público a quem poderá ser oferecido o ANPP. Percebe-se que o preso por furto, não terá a mínima condição de devolução do objeto furtado a vítima. A lei tem que ser aplicada igualmente para todos, sendo obrigação do Estado a aplicação do Princípio da Isonomia nesses casos, vez que o preso/indiciado por crimes de colarinho branco tem maior condição financeira em cumprir este requisito do que os demais encarcerados/investigados.

Outro fator negativo do art. 28-A do CPP/1941 é acerca da faculdade do membro do Ministério Público oferecer o acordo de não persecução penal. Em um país que muitos promotores exercem a função de promotor de acusação e não de justiça. Tal prerrogativa prejudicará a aplicação deste novo instituto, vez que quem decidirá sobre as cláusulas do acordo serem suficientemente adequadas para reprimir o crime é o próprio *parquet*.

Além do mais, há certa barreira entre doutrinadores e jurisprudência quanto a aplicação do ANPP em processos já em trâmite. Nesta arte, percebe-se que por tratar-se de norma de caráter misto (caráter material e processual), adotar-se-á a teoria da atividade e conseqüentemente a retroatividade da lei mais benéfica, vez que trata-se de medida que irá avantajá-lo réu de processo já em trâmite.

Diante do exposto, em análise de doutrina e jurisprudência, percebe-se a inconstitucionalidade do art. 28-A do Código de Processo Penal de 1941, dado pela Lei nº 13.964/19. A ideia do legislador, se observada sem os requisitos de flagrante inconstitucionalidade, fora digna ante a crise econômica no país e a falta de servidores no Poder Judiciário. Contudo, a presença de exigências que sequer observam a legislação vigente e os princípios que norteiam todo direito brasileiro, torna-se medida desonesta e impraticável.

Oportunamente, destaca-se que alguns artigos da Lei nº 13.964/19, popularmente conhecida como “pacote anticrime”, encontram-se com eficácia suspensa por decisão liminar do Supremo Tribunal Federal em sede de Ações Diretas de Inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ABRACRIM. Ação declaratória de inconstitucionalidade. **STF**, 11 de janeiro de 2020. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751792146&prclD=5843708#>. Acesso em: 11 mai. 2020.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. São Paulo: Editora Rocco, 2014.

BOAVENTURA, Edivaldo Machado. **Metodologia da pesquisa**: monografia, dissertação, tese. São Paulo: Atlas, 2014.

BRASIL. **Constituição** (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Planalto. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 mar. 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 15 abr. 2020.

BRASIL. **Código Penal**. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº 9.099/95, de 26 de setembro de 1995. Planalto. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 474266 SP 2018/0271951-7, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Publicação: DJ 18/10/2018. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/639314902/habeas-corpus-hc-474266-sp-2018-0271951-7/decisao-monocratica-639314912?ref=serp>. Acesso em: 12 mai. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC: 36155 RJ 2004/0082988-8, Relator: Ministro PAULO GALLOTTI, Data de Julgamento: 19/05/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2009. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8648470/habeas-corpus-hc-36155-rj-2004-0082988-8-stj/relatorio-e-voto-13683529?ref=serp>. Acesso em: 14 mai. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 972563 RS, Relator: Min. CELSO DEMELLO, Data de Julgamento: 07/11/2016, Data de Publicação: DJe-240 11/11/2016. **JusBrasil**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/404896099/recurso-extraordinario-re-972563-rs-rio-grande-do-sul?ref=serp>. Acesso em: 06 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Priorização do 1º grau da Justiça: a nossa meta é você. **CNJ**, s.d. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/priorizacao-do-1o-grau/dados-estatisticos-priorizacao/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Processos Criminais: 9,1 milhões tramitaram na Justiça em 2018. **CNJ**. 28 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/processos-criminais-91-milhoes-tramitaram-na-justica-em-2018/>. Acesso em: 15 abr. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017. **CNMP**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 10 abr. 2020.

DESLAURIERS J.P; Kérisit M. **O delineamento de pesquisa qualitativa**. In: Poupart J, et al. A pesquisa qualitativa: enfoques epistemológicos e metodológicos. Petrópolis(RJ): Vozes, 2008. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1932953/mod_resource/content/1/CELLAR_D%2C%20Andr%C3%A9_An%C3%A1lise%20documental.pdf. Acesso em: 26 mar. 2020.

FONSECA, João José Saraiva da. **Metodologia da pesquisa científica**. Fortaleza: UEC, p.32,2002. Apostila.

GANEM, Pedro Magalhães. Análise sobre o acordo de não persecução penal. **Canal Ciência Criminais**, 11 de maio de 2020. Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/analise-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 12 mai. 2020.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Forense Universitária, 2ª. Edição, SP, 1998, pág. 285.

LENZA, Pedro. **Esquematizado: Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2020. 9788553619306. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619306/>. Acesso em: 06 out. 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Direito Processual Penal**. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Conjur**, 06 de março de 2020. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em: 06 set. 2020.

MAZLOUM, Ali; MAZLOUM Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. **Conjur**, 07 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 06 set. 2020.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. **Pacote anticrime: comentários críticos à lei 13.964/19** – São Paulo: Atlas, 2020.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1993.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. Roteiro para o acordo de não persecução penal e a lei n° 13.964/19. **CAOCrim**. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/Roteiro-de-ANPP_Segunda-Edicao_com-ANEXOS.pdf. Acesso em: 15 mar. 2020.

MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt; CARVALHO, Felipe Fernandes de; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. Projeto de *pleabargain* é inócuo para mudança do sistema penal. **Conjur**, 22 de fevereiro de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/opiniao-projeto-plea-bargain-inocuo-mudar-sistema-penal>. Acesso em: 10 abr. 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Comentado**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. Conceito de ação penal. 08 de maio de 2016. Disponível em: <https://guilhermenucci.com.br/dicas/conceito-de-acao-penal>. Acesso em: 06 set. 2020

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei 23.964, de 24.12.2019**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

ROSA, Alexandre de Moraes da. **Guia do processo penal conforme a teoria dos jogos**. Florianópolis: Empório do Direito. 2017. p. 320 – 321.

TAVORA, Nestor; ALENCAR, RosmarRodrigues. **Novo curso de direito processual penal**. 15ª ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 32ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA. Apelação Criminal: 09000403620188240016 Capinzal 0900040-36.2018.8.24.0016. Relator: Luiz Antônio ZaniniFornerolli. Data de Julgamento: 12/03/2020, Quarta Câmara Criminal.

JusBrasil, 2020. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/823523829/apelacao-criminal-apr-9000403620188240016-capinzal-0900040-3620188240016?ref=juris-tabs>. Acesso em: 12 mai. 2020.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL. Decisão processo nº 0000774-67.2016.4.01.3601 - 1ª vara-Cáceres - nº de registro e-cvd 00591.2019.00013601.1.00599/00032. **Poder Judiciário**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/acordo-nao-persecucao-cnmp.pdf>. Acesso em: 04 out. 2020.