

Acordo de Não Persecução Penal e o Pacote Anticrime (Lei 13694/2019) **Andrey Borges de Mendonça¹**

O objeto do presente artigo é analisar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), especialmente à luz da sua regulamentação prevista na Lei 13.694/2019, conhecida como Pacote Anticrime. Trata-se de instituto que, diante da sua amplitude, impactará de maneira profunda no sistema processual penal, assim como na atuação dos seus operadores. O presente artigo, a par de se debruçar sobre aspectos teóricos do instituto, buscará propor algumas soluções para questões práticas que já surgiram e outras que certamente aparecerão em sua aplicação.

1. Consenso no processo penal. Microssistema.

O ANPP, originalmente previsto no art. 18 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e agora disciplinado no art. 28-A do CPP, inegavelmente é instituto que reforça o consenso no processo penal. Por muito tempo avesso a qualquer solução negociada, o Brasil, nos últimos vinte e cinco anos, vem ampliando gradativamente os espaços de consenso no processo penal, alinhando-se à maioria dos países do mundo, em que o devido processo consensual já é uma realidade, com tendência expansiva evidente.²

O modelo consensual se estrutura dentro de uma lógica utilitarista, especialmente a partir da constatação da impossibilidade de o Estado resolver de maneira adequada os casos penais. Dentro deste modelo, por sua vez, há diferentes formas de utilização do consenso pelo legislador, à luz da finalidade buscada. Há *acordos de cooperação como instrumento de investigação*, em que o consenso é buscado com o intuito de obter informação útil para fins investigativos e probatórios, visando dar eficiência ao aparato persecutório estatal. Aqui a preocupação não é com o estabelecimento de filtros ou em sumarizar o procedimento, mas sim em reforçar a investigação estatal, especialmente em crimes graves, em que se verifica, em razão de suas peculiaridades, a inviabilidade de uma apuração adequada sem o auxílio daqueles que participaram da conduta delitiva. Trata-se de medida instrumental às investigações, ou seja, que visa auxiliar as apurações de determinados crimes graves. É o caso do acordo de colaboração premiada. Por outro lado, há *acordos como técnica de simplificação e abreviação procedimental* (técnica de

¹ Integrante do Ministério Público Federal do Brasil desde 2004. Mestre e Doutor em processo penal pela Universidade de São Paulo. Mestre em Direitos Humanos, Interculturalidade e Desenvolvimento pela Universidade Pablo de Olavide, na Espanha. Professor da Escola Superior do Ministério Público da União. Palestrante. Integrante do Grupo Intercameral sobre Colaboração Premiada do Ministério Público Federal. Integrou a Força Tarefa da Operação Lava Jato em 2014 e assessorou o Procurador Geral da República entre 2015 e 2016. Autor de diversos livros e artigos.

² Sobre o tema, Máximo Langer, após fazer ampla análise da justiça negociada em mais de 60 jurisdições, indica que a “administrativização do processo penal” é uma tendência e uma realidade, entendido esse conceito em dois sentidos: de um lado, como o aumento do papel de autoridades administrativas na condenação de agentes por crimes e, de outro, como o cumprimento de sanções penais por meio de procedimentos que não preenchem os requisitos de um processo penal, em razão da concordância do imputado e seu defensor (LANGER, Maximo. Plea Bargaining. Trial-Avoiding Conviction Mechanisms, and the Global Administrativization of Criminal Convictions (September 14, 2019). In: *Annu. Rev. Criminol.* Disponível em <https://ssrn.com/abstract=3453576>. Acesso em 17.12.2019)

sumarização). Nesse caso busca-se evitar o processo ou agilizá-lo de alguma forma.³ Esse movimento recente de flexibilização do rito normal da persecução penal é denominado *diversão* e “abrange tanto medidas extremas como aquelas em que o conflito é resolvido fora do sistema formal e estatal de administração da Justiça, como aquelas hipóteses em que, mesmo dentro dos aparelhos formais do Estado, o conflito sofre um desvio ou diversificação”.⁴ Dentro destas técnicas se encontram a transação penal (art. 76 da Lei 9099/1995), a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9099) e o ANPP (art. 28-A do CPP). Os três se relacionam umbilicalmente, como filtros à persecução penal em juízo, baseados no consenso, com o objetivo de superar as causas endoprocessuais da lentidão do processo penal, pela diminuição dos casos levados ao Judiciário, assim como de evitar o estigma do processo e da condenação, na perspectiva do imputado.⁵

Há, no caso do consenso, um modelo processual penal diverso do processo penal litigioso, com principiologia própria, função diferente das partes e do juiz, finalidades próprias, entre outras. Ainda que a mesma ética deontológica una os dois subsistemas, não há identidade entre eles. Conforme afirmou o STF na época da Lei 9099, trata-se de “um novo modelo de Justiça criminal”, que privilegia “a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal”.⁶ O modelo clássico de Justiça Penal é o processo penal litigioso, em que a persecução penal é instrumento para legitimar o poder de punir estatal, baseado no devido processo legal, com todas suas garantias, em que as partes se encontram em polos antagônicos da relação jurídica. Ao lado deste há o modelo consensual, fundado no devido processo consensual e seus corolários, com a finalidade de, diante da ineficiência estatal, buscar alternativas para a solução do caso penal, em que o juiz possui função preponderante de fiscalização, com proeminência da atuação das partes na resolução do caso. O modelo consensual, em si, não afronta as garantias do justo processo, desde que estabelecidas proteções (*safeguards*) proporcionais aos

³ CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 82/86.

⁴ HOPPE, Harold. *O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal: perspectivas e possibilidades no processo penal*. Dissertação de Mestrado: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2018, p. 33, notas suprimidas. Conforme lembra o autor, há divergência na doutrina sobre as formas de manifestação do consenso no âmbito processual penal, apontando o autor uma divisão tríade, conforme sua repercussão no procedimento criminal: “(a) o consenso como meio alternativo de resolução de conflitos, fora do processo, com ou sem repercussão nele, mas – em regra – sem alteração do procedimento criminal; (b) o consenso como meio de colaboração com a justiça, destinado primordialmente à obtenção de provas; e, por fim, (c) o consenso como mecanismo de simplificação procedimental (...) alcançado dentro do processo criminal e que implica na simplificação ou agilização da marcha procedimental” (Idem, p. 23/29)

⁵ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento e o procedimento no processo penal*. São Paulo: RT, 2005, p. 53. Conferir, sobre a perspectiva do imputado, o princípio 18 das Regras de Havana, que estabelecem os *Princípios orientadores relativos à função dos magistrados do Ministério Público* (adotadas pelo Oitavo Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Havana, Cuba, de 27 de agosto a 7 de setembro de 1990).

⁶ STF, Inq 1055 QO, Rel.(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996.

interesses tutelados.⁷ O que é relevante anotar nesse passo é que se deve evitar um transplante acrítico das garantias tradicionais do devido processo penal litigioso para o modelo consensual. Dois motivos justificam isso. Primeiro, porque não darão respostas adequadas. Segundo, para preservar as garantias tradicionais.⁸

Por fim, nesse campo do consenso há uma principiologia comum e aplicável, ao menos em parte, a todos os institutos que o integram, como o devido processo consensual, a proibição do comportamento contraditório (*nemo venire contra factum proprio*), a autonomia da vontade, ainda que com restrições, entre outros. Inclusive, entre as medidas de simplificação – transação, suspensão condicional do processo e ANPP – há um microssistema, como o próprio art. 28-A indica em diversas passagens, com duas consequências diretas: (i) autorizar que os princípios e regras gerais sejam compartilhados entre tais institutos; (ii) a utilização das normas de um para a supressão de eventuais lacunas dos demais.

2. Definição e natureza jurídica. Consequências

O ANPP é um *negócio jurídico processual*⁹ formulado entre o investigado e seu defensor e o MP, em que aquele, com o objetivo de evitar o início do processo penal, se compromete a cumprir, de imediato, determinadas condições, que, em caso de cumprimento, levará à extinção da punibilidade, sem que haja o reconhecimento de culpa. Trata-se de situação em que a defesa deixa de apresentar resistência à imputação, mas tampouco admite sua culpa ou assevera sua inocência.¹⁰ Trata-se de um nítido filtro para persecuções penais de pequena e média gravidade.

A premissa de se tratar de um negócio processual é relevantíssima e traz inúmeras consequências: (i) não pode ser imposto por uma parte à outra; (ii) não pode ser imposto pelo Poder Judiciário a uma das partes, de sorte que a falta de assentimento de uma das partes não pode ser suprida por decisão judicial; (iii) não pode ser padronizado, mas sim deve ser objeto de cessões recíprocas. É dizer, não deve ser tratado como um contrato de adesão, mas sim deve ser fixado a partir de cedências recíprocas; (iv) não atinge terceiros, por ser um negócio personalíssimo; (v) não pode ser impugnado por terceiros, que não possuem legitimidade e nem interesse para tanto; (vi) não se pode descartar a autonomia da vontade, ainda que dentro de determinadas balizas estabelecidas pelo ordenamento; (vii) o juiz não pode interferir em seu conteúdo, por não possuir

⁷ Nesse sentido decidiu a Corte Europeia de Direitos Humanos (CoEDH) decidiu no Caso Natsvlishvili e Togonidze v. Georgia (application n. 9043/05). Julgamento em 08.09.2014.

⁸ Para análise do tema, conferir MENDONÇA, Andrey Borges. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Colaboração Premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, pp. 53-104.

⁹ Mesmo que firmado antes do processo, como seus efeitos dizem respeito a um processo penal, trata-se de um acordo processual. Nessa linha, Antonio do Passo Cabral leciona que o melhor critério para definir os acordos processuais é o que considera os efeitos que o acordo pretende produzir. Nesse caso, seria acordo processual aquele que tiver aptidão “para produzir efeitos jurídicos no processo ou, ainda, se houver referibilidade a um processo, atual ou potencial” (CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais*. 2ª ed. Salvador: Ed. Juspodivum, 2018, p. 64/68).

¹⁰ Nesse sentido, tratando dos institutos da Lei 9099, mas cujo raciocínio é aplicável ao ANPP, cf. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juízados Especiais Criminais*. São Paulo: RT, 1996, p. 191.

capacidade negocial, a não ser nos estritos limites de seu poder de fiscalização do acordo e de estímulo à atividade das partes;¹¹ (viii) não há que se falar em direito subjetivo do imputado ao ANPP.

3. Requisitos

O art. 28-A prevê requisitos *positivos* – que devem estar presentes – e *negativos* – que devem estar ausentes – para que seja possível o acordo. Estes requisitos devem ser analisados em relação a cada investigado. Nada impede que, em um caso, o benefício seja cabível para um investigado e não para outro ou que apenas um deles o aceite.

3.1. Justa causa

O primeiro requisito positivo é a existência de justa causa, ou seja, que *não se trate de hipótese de arquivamento do feito*. Extrai-se da frase inicial do art. 28-A (“Não sendo o caso de arquivamento”). Somente é possível o acordo se a investigação tiver demonstrado que estão presentes os pressupostos e condições da ação e que há justa causa para o exercício da ação penal – ou seja, lastro probatório mínimo para o oferecimento da denúncia, a indicar plausibilidade de que houve um crime e que o investigado é o seu autor. Assim, a investigação deve indicar que houve um crime e evidenciar quem é seu autor. É essencial que este requisito seja bem compreendido por todos os operadores. Os membros do MP devem verificar se a investigação apurou a existência de prova da materialidade e indícios de autoria. Ou seja, somente quando o MP entender que o standard probatório para o oferecimento da denúncia já foi preenchido é que deve iniciar eventuais negociações, caso preenchidos os demais requisitos. Não antes. É inviável utilizar o ANPP para casos em que o caminho natural seria o arquivamento do feito, para “salvar” investigações incompletas ou, ainda, para abreviar investigações. Como bem lembra Paulo Queiroz, “faltando justa causa para a denúncia, faltarà justa causa para o acordo. O ANPP é uma alternativa à denúncia, não uma alternativa ao arquivamento”.¹² É um mecanismo de simplificação do procedimento, não da investigação. Tanto assim que, caso o investigado não aceite o acordo ou se frustradas as tratativas, o caminho natural deve ser o oferecimento da denúncia. É conduta equivocada, portanto, arquivar o feito após a frustração das tentativas de acordo, o que estaria a indicar que houve nítido desvirtuamento do instituto. Não se pode banalizar o ANPP, utilizando-o, de maneira indevida, para pressionar investigados a aceitarem acordos se não houver evidências suficientes para o oferecimento da denúncia. Caso o inquérito policial esteja relatado, o promotor, entendendo inexistir evidências suficientes para o oferecimento de denúncia, somente tem duas alternativas: arquivar o feito ou requisitar a continuidade das diligências. Propor o acordo nesse caso não se inclui entre as alternativas possíveis. Justamente por

¹¹ Sobre estas funções de fiscalização e estímulo do juiz, cf. CABRAL, Antonio do Passo. *Convenções processuais...*, p 251/260. O magistrado pode, em decorrência desta atividade de estímulo, intimar o MP para que se manifeste sobre a possibilidade de acordo.

¹² QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime. 2 de março de 2020. Disponível em <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em 28.05.2020.

isto, esta questão da justa causa deve ser plenamente discutida e analisada. Inclusive, ao propor a homologação do acordo, é imprescindível que o membro do MP exponha as evidências suficientes para o oferecimento da denúncia, ainda que sucintamente. O defensor, da mesma forma, deve analisar se há ou não justa causa. Pode, inclusive, indicar ao membro do MP a sua falta, o que deve ser analisado e devidamente motivado pelo agente público, em caso de discordância. A defesa deve orientar seu cliente a não firmar acordos sem justa causa. E se sua avaliação estiver correta, não deverá haver, ao menos em tese, prejuízo para seu cliente, pois a denúncia deverá ser rejeitada e, caso recebida, caberá a impetração de *habeas corpus*.¹³ Também o magistrado deve se preocupar com a justa causa, na fundamental posição que exerce de fiscalizar o acordo. Se o acordo não tiver base fática suficiente para o oferecimento da denúncia, não deverá ser homologado pelo juiz. Tanto assim que é prevista a possibilidade de devolução do acordo para complementação das investigações, caso não seja homologado pelo juiz (art. 28-A, §8º), a ser aplicada exatamente em situações nas quais ainda não há base fática suficiente para o acordo. E é importante perceber que a justa causa deve advir da investigação – e não da confissão decorrente do acordo. Dito de outra forma, a confissão feita em razão do acordo não deve suprir eventuais falhas da investigação.

3.2. Crime cometido sem violência ou grave ameaça.

O *segundo requisito* é que infração penal tenha sido cometida sem violência ou grave ameaça. Aqui, a doutrina entende que a violência deve ser dolosa e na conduta. Assim, eventuais crimes culposos, ainda que com resultados violentos ou até mesmo com morte, permitem, em tese, o benefício. “A violência impeditiva do ANPP deve estar na conduta (não impedindo se apenas no resultado)”.¹⁴

3.3. Pena mínima inferior a quatro anos

O *terceiro requisito* é que o crime tenha pena mínima inferior a quatro anos. Aqui se está tratando da pena cominada no tipo penal, ou seja, aquela prevista pelo legislador ao tipificar a conduta. Veja que a pena máxima não interfere no cabimento do ANPP. Se a pena mínima for igual a quatro anos, não caberá o ANPP. Para apuração da pena mínima, devem ser consideradas as qualificadoras. Nesse caso, como se altera o mínimo e o máximo da pena, deve-se utilizar a pena mínima do delito qualificado (no caso do furto qualificado – art. 155, §4º – será de dois anos). Também as causas de aumento e de diminuição devem incidir para se apurar a pena mínima, o que já era reconhecido pela jurisprudência do STF e do STJ para outros institutos e que agora foi reconhecido pelo art. 28-A, §1º. No caso de causas de aumento e diminuição de pena variáveis – 1/3 a 2/3, por exemplo – deve-se considerar que o objetivo do aplicador é encontrar a pena

¹³ Embora não concordemos com essa posição, por incompatível com a principiologia do modelo consensual e com o princípio do *nemo venire contra factum proprio*, segundo o STF, “a aceitação de proposta de suspensão condicional do processo não subtrai ao réu o interesse jurídico para ajuizar pedido de *habeas corpus* para trancamento da ação penal por falta de justa causa” (STF, RHC 82365, Rel.(a): Min. Cezar Peluso, Segunda Turma, julgado em 27/05/2008). Segundo nos parece, esse raciocínio deverá se estender também ao ANPP.

¹⁴ CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime - Lei 13.964/2019: Comentários às alterações no CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 129.

mínima. Assim, deve-se considerar *a situação mais vantajosa para o investigado*: (i) nas causas de aumento de pena variáveis, utiliza-se o menor aumento (1/3, no exemplo citado); (ii) nas causas de diminuição de pena variáveis, utiliza-se o maior aumento (2/3, no exemplo citado). No caso de concurso de crimes, deve-se verificar a situação. Tratando-se de concurso material, as penas mínimas devem ser somadas. No caso de concurso formal ou crime continuado, deve-se fazer incidir o menor aumento, nos termos da Súmula 723 do STF. As circunstâncias agravantes e atenuantes não interferem na apuração da pena mínima.

3.4. Confissão

O quarto requisito é que o investigado tenha confessado, formal e circunstancialmente, a prática do delito. Referido requisito certamente é um dos mais controversos do ANPP. Há diversas questões que serão objeto de controvérsia.

Primeiro, deve-se indagar *qual a finalidade dessa confissão*. É dizer, por qual motivo o legislador estabeleceu, como premissa do acordo, que haja confissão por parte do investigado. Isto se torna mais complexo porque os mecanismos diversionistas, como não representam a aplicação de pena, não exigem o reconhecimento de culpa, conforme se verifica na transação penal, na suspensão condicional do processo e no ANPP. Uma primeira hipótese seria que a confissão teria o propósito de servir para que o imputado incriminasse terceiros e, assim, auxiliasse nas investigações. Mas essa não é a função primordial do ANPP, pois, caso firme este acordo, o investigado não será denunciado e acabará por não ser ouvido em juízo e, se o for, não terá o dever de dizer a verdade. Uma segunda hipótese é que a finalidade da confissão seria mudar a mentalidade do imputado, tendo aspecto puramente moral, de que o imputado reconhecesse seus erros, visando expiar e se arrepender de seus crimes.¹⁵ Mas nesse caso fica a parecer que o Estado impõe uma condição moral ao investigado, com certo apego demasiado – até mesmo um fetichismo – pela confissão, sem qualquer relevância processual, o que não nos parece ser adequado. Uma terceira hipótese é que a confissão buscaria impedir que o investigado aceitasse o acordo sem ser o responsável pela infração, ou seja, uma barreira contra acordos firmados com inocentes. Essa parece ser uma das finalidades da confissão no ANPP. Segundo Renne de Souza, trata-se “de providência de feição preventiva, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal”.¹⁶ Há grande preocupação em evitar a realização de acordos com pessoas que não tenham praticado o crime e, por isto, a confissão visa ser um filtro a impedir – ou ao menos limitar – a chance de realização de acordos com pessoas inocentes. Assim, a confissão tem por função ser uma garantia mínima de que não se está a fazer acordo com um inocente, o que é estimulado pelo ordenamento com a exigência de confissão. Inclusive,

¹⁵ Segundo Rogério Sanches Cunha, “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expreso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica” (CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime...*, p. 129).

¹⁶ SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee do Ó (org.). *Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 129.

em outras situações o ordenamento estimula a confissão, reconhecendo-a como atenuante genérica, no art. 65 do CP, de sorte que o direito brasileiro reconhece o princípio geral da colaboração voluntária e incentiva a confissão mediante prêmios penais e processuais.¹⁷ É verdade que a exigência de confissão pode levar o investigado a assumir falsamente a responsabilidade, apenas porque prefere o acordo aos riscos do processo, em uma análise estratégica. No entanto, na grande maioria das vezes a confissão irá ao menos limitar as situações de agentes que aceitem o acordo quando inocentes. Ademais, poder-se-á, pela confissão detalhada, apurar eventual mendacidade, ao verificar os detalhes da declaração. Outra hipótese - que também nos parece coerente - é que a confissão foi exigida pelo legislador como fator de estímulo para a manutenção do acordo firmado, desestimulado a sua rescisão e reforçando o seu cumprimento. Realmente, em caso de descumprimento do acordo, não se pode executar as condições previstas (a prestação de serviços, por exemplo), sendo imprescindível o oferecimento de denúncia após a rescisão. Ademais, não há qualquer outra sanção processual prevista em face do descumprimento do acordo. Justamente para evitar que a rescisão seja desprovida de efeitos, previu-se ao menos uma consequência desfavorável: haverá em desfavor do investigado uma confissão extrajudicial, com todas as ressalvas inerentes a esta. É certo que essa confissão não levará automática e isoladamente à condenação do réu, mas é certo que o colocará em situação menos confortável na persecução, com ônus de eventualmente desconstruir a confissão apresentada, a desestimulá-lo a rescindir o acordo. No entanto, Rômulo Moreira lembra com acuidade que eventuais confissões extrajudiciais não acompanharão o processo penal nos termos do art. 3º-C, §3º, do CPP, incluído pelo Pacote Anticrime.¹⁸ Esse dispositivo está suspenso pelo STF, mas caso volte a ter eficácia, impedirá realmente o aproveitamento processual da confissão extrajudicial.

Por sua vez, *como deve ser feita a confissão?* A lei, na mesma linha do que constava na Resolução do CNMP, fala que deve ser “formal e circunstancialmente”. Isto significa que não basta ao investigado assinar um documento dizendo “Confesso os fatos” ou algo do tipo. Há certa divergência sobre o que significaria a expressão “circunstancialmente”. Duas posições estão se formando na doutrina. Para a primeira, o legislador teria se utilizado da expressão “circunstancialmente” – e não “circunstanciadamente”, como previsto no Projeto de Lei nº 10.372/2018 – de forma que a confissão deve se limitar e circunstanciar ao acordo, pois a expressão significaria “isoladamente”, “pontualmente”. Ou seja, a confissão somente serviria como requisito do acordo e de maneira pontual, mas não poderia ser utilizada para nenhuma outra finalidade, seja no processo penal ou fora dele. A segunda posição assevera que

¹⁷ Nesse sentido Voto n. 2028/2020 proferido pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (CCR) do MPF, Processo nº 5004708-06.2019.4.03.6181, origem: Juízo da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo; Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen.

¹⁸ MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. 31 de janeiro de 2020. Disponível em www.justificando.com/2020/01/31/o-acordo-de-nao-persecucao-penal/. Acesso em 29.05.2020. Referido dispositivo assevera: “§ 3º Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepitíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado”.

“circunstancialmente” significa que a confissão deve ser narrada com todas as circunstâncias de tempo, lugar, modo de execução, etc., de maneira detalhada. Essa última é a nossa posição. A confissão deve ser minudenciada, indicando todas as circunstâncias do fato e da autoria. “Circunstancialmente” deriva de “circunstância”, ou seja, tudo aquilo que está ao redor do delito. Desta forma, todas estas circunstâncias devem ser narradas na confissão. Sobre a primeira posição, embora não se negue que a relação horizontal entre as instâncias é um problema que trará muitas discussões e que deve realmente ser objeto de consideração por parte do intérprete e do aplicador, não nos parece que se possa extrair daquela expressão a consequência buscada. Caso o legislador quisesse limitar o uso da confissão, deveria tê-lo feito expressamente e de maneira clara, e não por meio de uma palavra de significado ambíguo. Ademais, as expressões “circunstancialmente” e “circunstanciadamente” foram utilizadas como sinônimas pelo legislador. Tanto assim que o art. 1º, §3º da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, também incluído pela Lei nº 13.964, de 2019, ao prever o ANPP nos crimes de competência originária dos Tribunais, exige que o investigado tenha “confessado formal e *circunstanciadamente* a prática de infração”. Ademais, a análise da Exposição de motivos e da tramitação dos projetos não permite identificar nenhuma justificativa a corroborar a interpretação em sentido contrário, mas apenas que a adoção da expressão “circunstancialmente” no art. 28-A– e não “circunstanciadamente” – foi apenas de estilo e ambas significam confissão detalhada.

A confissão deve ser tomada em termo próprio (ou seja, em um instrumento diverso do ANPP) e preferencialmente registrada por meio audiovisual.¹⁹

Ademais, urge verificar qual o *objeto* da confissão. Deve ser os fatos apurados na investigação em que houve o acordo. Limitado a esse objeto, a confissão deve ser ampla e tratar não apenas da participação do investigado, mas também dos demais investigados. No entanto, se a narrativa em relação aos outros investigados for essencial para a persecução ou para ampliar os fatos objeto de investigação, o instrumento correto deve ser a colaboração premiada – e não o ANPP. Isto porque, feito o ANPP, o investigado será excluído do processo – não será denunciado junto com os outros agentes – e, caso arrolado para ser ouvido, será apenas na qualidade de informante e não terá o dever de dizer a verdade. Ao contrário, na colaboração, o colaborador pode ser ouvido em juízo com o dever de dizer a verdade, inclusive sob pena de rescisão do acordo. Ainda sobre o objeto da confissão, não deverá abranger, como regra, outros fatos diversos daquela investigação na qual ocorrerá o acordo. Se houver outros fatos delitivos sendo investigados em outros feitos, não há qualquer obrigação de o agente confessar sobre eles. Basta que trate dos fatos que serão objetos do ANPP. No entanto, se os fatos forem conexos e a soma das penas ou a majorante (a depender se se trata de concurso material ou crime continuado/concurso formal, respectivamente) permitir o ANPP, é possível firmar um único acordo, abrangendo todos os delitos e todas as investigações. Nesse caso, a separação artificial de investigações conexas ou continentes não pode privar o investigado do benefício. No entanto, nessa situação a obrigação de

¹⁹ Nesse sentido o item 12 da Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Coordenação e Revisão do MPF, revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019 (a partir de agora apenas Orientação Conjunta nº 03/2018).

confissão será em relação a todos os fatos delitivos conexos e continentais. Nada impede que, havendo dois fatos delitivos autônomos, o investigado confesse em relação a um, formalizando o acordo, e não o faça em relação ao outro.²⁰ Em caso de confissão qualificada (em que o investigado reconhece o crime, mas opõe uma causa excludente ou extintiva), seria possível ANPP? Segundo nos parece, para que seja possível o acordo é necessário que o investigado deixe de oferecer resistência à imputação, compreendida em sentido lato. Nesse sentido, a confissão qualificada não pode ser vista como ausência de resistência, sendo tal postura incompatível com o consenso.

Outra questão é se a confissão poderá ser utilizada em caso de descumprimento do acordo na persecução penal em face do imputado. Esse é um ponto controverso e dependerá da premissa que se tenha sobre a finalidade do instituto. Parte da doutrina entende que não.²¹ Segundo a premissa adotada nesse trabalho, a confissão poderá ser utilizada na persecução penal em face do imputado, inclusive como medida para que ele se sinta estimulado a observar os termos do acordo.²²

Ligada a esta última questão surge outra: se a confissão em razão do acordo pode ou não ser compartilhada em outras esferas, como na área de improbidade ou em eventuais ações correccionais ou administrativas. Assim, se um servidor público faz um ANPP em um caso penal, poderá a confissão ser utilizada para aplicação de sanções administrativas ao referido agente? Isto se liga, ainda, à questão do compartilhamento da confissão com outros órgãos, como a Receita Federal, Banco Central, CVM, entre outros.

Nesse ponto, o ideal seria que o legislador tivesse disciplinado a questão, pois a ausência de regulamentação pode e certamente trará insegurança jurídica aos operadores, em especial ao interessado em firmar o acordo. Traz também descrédito ao instituto, pois o agente, em razão da falta de coordenação entre as instituições de Estado, poderá ser punido exatamente em razão de sua confissão. Essa falta de coordenação é prejudicial não apenas para o instituto, mas para a própria coerência do microsistema do consenso.

²⁰ Mesmo sentido é a posição de MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal...

²¹ JUNIOR, Aury Lopes; JOSITA, Higyra Josita. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. 6 de março de 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 29.05.2020. No mesmo sentido, Rogério Sanches Cunha afirma que a confissão tem feito puramente moral e sem repercussão jurídica (CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime...* p. 129). Para Ali Mazloum e Amir Mazloum, “Impende ressaltar que o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador” (MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em 21.05.2020). Apenas uma ressalva em relação ao raciocínio desenvolvido por estes últimos autores: em caso de rescisão do acordo de colaboração por responsabilidade do colaborador, as provas por ele apresentadas, inclusive sua confissão, poderão ser usadas em face dele. É o mesmo que se defende no presente trabalho.

²² No mesmo sentido é o entendimento do Centro de Apoio Operacional do MPSP. Ao tratar da rescisão do acordo, asseverou: “A denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)” (MPSP. CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 18).

Conforme antecipado, há quem entenda que a expressão “circunstancialmente”, prevista no caput do art. 28-A, indicaria que a confissão teria por única finalidade permitir o ANPP e deveria se limitar a ele, pontualmente. Assim, haveria uma restrição ao compartilhamento da confissão para outras esferas ou para outras instituições. Nada obstante seja desejável a coordenação entre as instâncias estatais, o legislador não vedou que haja o compartilhamento da confissão com outras esferas e outros órgãos públicos. E, diante da ausência de limitação, o compartilhamento segue as normas gerais, sendo possível a sua admissão, ao menos como regra. Andou mal o legislador ao não disciplinar o tema, pois há grande chance de esse compartilhamento se tornar um fator de desestímulo para que o agente firme o ANPP. No entanto, essa constatação não impede que o tema – compartilhamento da confissão – seja limitado e modulado pelas partes no bojo do ANPP, com base na autonomia da vontade. Tem sido assim no caso de acordos de colaboração premiada, em que se limita o compartilhamento das evidências produzidas pelo colaborador apenas àqueles órgãos ou instituições que se comprometam a respeitar os termos do acordo, mediante “termos de adesão”. Ou seja, o órgão interessado somente obterá e receberá a confissão se aceitar os termos do ANPP e aplicar benefícios similares. Assim, por exemplo, é possível limitar o compartilhamento à esfera de improbidade administrativa sob a condição de que o membro do MP ou a entidade legitimada proponha ao agente, naquela seara, um acordo, nos mesmos termos ou em termos similares. Portanto, as partes podem modular, de comum acordo, os efeitos da confissão, dentro da margem de autorregulamentação conferida pelo ordenamento jurídico. De qualquer forma, se a questão não for tratada pelas partes, não haverá qualquer limitação prévia e apriorística ao compartilhamento com outras instituições.

Por fim, o fato de o investigado não ter confessado durante o inquérito policial não impede que seja proposto o ANPP, se os demais requisitos forem preenchidos. A confissão é requisito para o acordo, mas não precisa ser feita antes de sua assinatura, podendo ser tomada no curso da investigação ou perante o MP. Há posição no sentido de que somente seria cabível o ANPP se o investigado tiver confessado o fato durante o inquérito, como um pressuposto ao acordo, até mesmo para evitar que ocorram confissões falsas. O problema dessa posição é que se impõe ao investigado um pesado ônus, sem ter qualquer garantia de que o acordo será firmado ou sequer proposto pelo MP. Ainda, esse raciocínio acaba por prejudicar o investigado, sob o fundamento de protegê-lo, em uma inversão do fundamento dos direitos fundamentais.

3.5. Acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime

Esse requisito é bastante importante e permite que o membro do MP faça uma *análise clínica* do cabimento do ANPP, à luz de todas as circunstâncias do caso concreto. Trata-se de “cláusula aberta de controle”.²³ Não se deve banalizar o ANPP ou transformá-lo em instrumento de impunidade, aplicando-o indistintamente a todo e qualquer caso, apenas com base na pena mínima e nos outros requisitos objetivos. Deve-se analisar se o ANPP servirá para retribuir a conduta delitiva e, ainda, impedir

²³ MPSP. CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 12.

que o agente volte a realizá-la no futuro. Enfim, que o acordo não seja instrumento de impunidade. O ANPP não se presta para delitos em que as circunstâncias do caso concreto demonstrem especial gravidade, periculosidade do agente ou outras circunstâncias especiais, que desviem o caso do padrão. Assim, embora a nova lei não tenha repetido o requisito subjetivo ao qual se referia o art. 18, §1º, inciso III, da Resolução 181/2017, que impedia a realização do acordo quando “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”, é possível que o membro do MP se valha de tais circunstâncias para se negar, no caso concreto, a oferecer o benefício. A Orientação Conjunta nº 3/2018 assevera que o presente requisito deve ser analisado “tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do autor do fato, bem como os motivos e as circunstâncias do crime (artigo 44, inciso III, do Código Penal)” (item 2, h).

Com base nesse requisito, há posições no sentido de que o ANPP não seria adequado, aprioristicamente e em abstrato, ao tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006²⁴). Assim não nos parece, até mesmo à luz da fundamentação utilizada pelo STF para afastar a sua hediondez²⁵ e pela análise do processo legislativo, pois a vedação expressa à possibilidade de ANPP prevista no §2º, inc. II, do Projeto de Lei nº 10.372/2018 para todos os casos de “incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006” não foi aprovada. Portanto, diante da ausência de vedação legal, lógica ou sistemática, deve-se analisar o caso concreto para verificar o cabimento ou não do ANPP ao delito de tráfico privilegiado.²⁶

No entanto, parece-nos que o ANPP é incabível para os crimes hediondos e equiparados, pois não seria necessário e suficiente para prevenir e reprimir tais infrações. A isso se soma a incompatibilidade lógica do instituto com crimes que são considerados os mais graves do ordenamento jurídico, inclusive em razão de mandamento constitucional que impõe tratamento mais severo para tais delitos (art. 5º, inc. XLIII).²⁷

²⁴ “§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços (...) desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

²⁵ Decidiu o STF que o “tráfico de entorpecentes privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.313/2006) não se harmoniza com a hediondez do tráfico de entorpecentes definido no caput e § 1º do art. 33 da Lei de Tóxicos. O tratamento penal dirigido ao delito cometido sob o manto do privilégio apresenta contornos mais benignos, menos gravosos, notadamente porque são relevados o envolvimento ocasional do agente com o delito, a não reincidência, a ausência de maus antecedentes e a inexistência de vínculo com organização criminosa. Há evidente constrangimento ilegal ao se estipular ao tráfico de entorpecentes privilegiado os rigores da Lei n. 8.072/90. Ordem concedida” (STF, HC 118533, Rel.(a) Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, julgado em 23/06/2016).

²⁶ No mesmo sentido, MPSP. CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 21. Em sentido diverso, em caso envolvendo “mula”, a 2ª CCR entendeu que é no caso concreto que se deve apurar se a causa de diminuição deve ser no mínimo ou no máximo, à luz das circunstâncias do caso (voto nº 2934/2020. Procedimento nº 5001594-17.2020.4.03.6119. Relator: Cláudio Dutra Fontella). Assim não nos parece. Conforme visto, a causa de diminuição deve ser no máximo e a recusa deve se dar com base nas circunstâncias do caso concreto, a indicar que o acordo não é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

²⁷ Nesse sentido, entendendo incabível para crimes hediondos e equiparados, MPSP. CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 15, e enunciado n. 22 do CNPG.

No tocante aos crimes militares que afetem a hierarquia e a disciplina, a legislação nada dispôs a respeito, ao contrário da Resolução 181/2017 do CNMP, que expressamente vedava a aplicação do ANPP nesses casos (art. 18, §12).

3.6. Não ser cabível transação penal

Além dos requisitos positivos, previstos no caput do art. 28-A, há requisitos *negativos* – que devem estar ausentes para que seja possível o acordo – previstos no art. 28-A, §2º. Presente um destes requisitos negativos, não será cabível a proposta de ANPP. O primeiro dos requisitos negativos é não ser cabível a transação penal. Aqui se deve ter cuidado na análise. O que o legislador estabeleceu foi uma ordem de prioridade entre os institutos, diante de seu maior ônus ao investigado. A transação penal certamente é menos gravosa que o ANPP, pois aquela não exige confissão e as condições são menos rigorosas. Assim, cabível a transação penal, deve-se dar prioridade para tal instituto. No entanto, nada impede que, se não for possível a transação penal ou esta for recusada, mas for cabível o ANPP, este último seja proposto.

3.7. Circunstâncias pessoais favoráveis

O ANPP, além de ser adequado ao caso concreto (para prevenir e reprimir a infração), deve ainda mostrar-se apropriado à pessoa do investigado. É dizer, além da adequação objetiva, exige-se adequação subjetiva. Assim, não será cabível para agentes reincidentes ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, nos termos do art. 28-A, §2º, inc. II. Conduta habitual, reiterada ou profissional indica a mesma ideia força: que o agente fez do crime um meio de vida. Nestes casos, o ANPP certamente não atenderá aos fins da pena. É ônus do MP demonstrar estes impedimentos, podendo se valer, inclusive, de inquéritos e processos em andamento. Embora o STF tenha fixado, em repercussão geral no RE 591054, que a “existência de inquéritos policiais ou de ações penais sem trânsito em julgado não pode ser considerada como maus antecedentes para fins de dosimetria da pena” (Tema 129), na mesma linha da Súmula 444 do STJ,²⁸ não há qualquer óbice para a sua consideração para fins de negativa de benefícios dentro do devido processo consensual. A própria tese fixada pelo STF já limita a restrição para fins de dosimetria da pena. Ademais, a legislação veda a suspensão condicional do processo pelo fato de o agente ter processo contra si, o que é relevante dentro do microsistema do consenso. Inclusive, o STF entende “compatível com o ordenamento jurídico-constitucional a previsão legal de requisitos objetivos e subjetivos para a concessão do benefício da suspensão condicional do processo, entre eles o de não responder o acusado por outros delitos”.²⁹

No entanto, mesmo nestes casos de conduta habitual e reiterada, o legislador deixou margem de apreciação ao operador no caso concreto. Caso as infrações anteriormente praticadas sejam insignificantes, seria possível o ANPP. Imagine-se, assim, um adolescente que teve vários atos infracionais por furto de valores

²⁸ “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

²⁹ STF, AP 968, Rel.(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 22/05/2018. No mesmo sentido: STF, RHC 82288, Rel.(a): Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 28/08/2002.

insignificantes. Chegado à maioria, caso venha a praticar um delito, pode ser, excepcionalmente, proposto o ANPP no caso concreto. Em sentido diverso, o Enunciado 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ) equipara a expressão “insignificantes” a “delitos de menor potencial ofensivo”. No entanto esta equivalência não parece fazer sentido, pois os conceitos são claramente distintos.

Para analisar o preenchimento deste requisito, o membro do Ministério Público tem duas alternativas: ele próprio providencia a juntada dos antecedentes aos autos, ou determina que o investigado o faça (item 1,1 da Orientação Conjunta nº 03/2018)

3.8. Não ter se beneficiado nos últimos cinco anos com institutos de consenso

O art. 28-A, §2º, inc. III, estabelece, ao mesmo tempo, outro requisito negativo para o ANPP e reforça a ideia de microssistema existente entre os institutos consensuais da transação penal, da suspensão condicional do processo e do ANPP. Desta forma, se o agente se beneficiou, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, de ANPP, da transação penal ou da suspensão condicional do processo, não terá direito ao ANPP. Haveria o risco de fomento à impunidade se fosse permitido ao agente se valer dos instrumentos consensuais em sequência, em curto espaço de tempo. O prazo de cinco anos computa-se a partir da extinção da punibilidade do benefício anterior.

3.9. Não se tratar de crime de violência doméstica ou em razão da condição feminina

Em razão do grave problema e dos altos índices de violência doméstica na realidade brasileira, especialmente contra a mulher, andou bem o legislador em excluir, prévia e abstratamente, do âmbito de cabimento do ANPP os delitos praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor, nos termos do art. 28-A, §2º, inc. IV. Dentro de sua margem de valoração, entendeu o legislador que o ANPP não seria necessário e suficiente nesse caso para prevenir e reprimir a infração. No entanto, importante verificar que há duas condições negativas alternativas: a primeira – violência doméstica e familiar – independe do sexo da vítima, mas exige contexto específico (ambiente doméstico ou familiar); a segunda – crime praticado contra a mulher e em razão desta condição – aplica-se somente quando a vítima for mulher e independe do contexto em que praticada a infração (mesmo que fora do ambiente doméstico ou familiar).

4. Condições a serem cumpridas. Natureza jurídica.

Firmado o ANPP, o agente se obriga a cumprir determinadas *condições*, ou seja, obrigações que derivam do acordo e que, em caso de cumprimento integral, levará à extinção da punibilidade. Tais condições não são penas,³⁰ por lhes faltarem duas

³⁰ SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. O acordo de não persecução penal: reflexão a partir da inafastabilidade da tutela jurisdicional. In: CUNHA, Rogério *et alli* (coord.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 112/115. No mesmo sentido Enunciado 25 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centros de Apoio Criminal (GNCCRIM) do CNPJ: “o acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e

características imprescindíveis. Primeira, não foi imposta pelo Poder Judiciário após o devido processo legal (*nulla poena sine iudicio*). Decorre, em verdade, do consenso entre o investigado e o Ministério Público, que acordam as condições a serem cumpridas. Segunda, não possuem caráter de imperatividade e coercibilidade inerente às penas. Tanto assim que, em caso de descumprimento do acordado, não é possível executar a sanção imposta, mas apenas ofertar denúncia, para início do processo (art. 28-A, §10). Esta última característica diferencia claramente o ANPP do instituto do *plea bargain*. Inclusive, o cumprimento das condições não caracteriza reincidência e nem deverá constar nas folhas de antecedentes do investigado, a não ser para impedir que se valha dos benefícios consensuais nos próximos cinco anos (§12).

Nada obstante não se tratar de pena, certamente as condições são sanções *lato sensu*, pois restringem, ainda que de forma consensual, direitos fundamentais do investigado, que terá que cumpri-las, inclusive com possibilidade de rescisão do acordo. Caracterizá-las como sanções, ainda que não como pena, é relevante, pois impõe que se observe o devido processo consensual, o procedimento, as garantias e os limites previstos em lei. Dito de outra forma, o fato de ter surgido em consenso não afasta a necessidade de que existam garantias ao investigado, pois não se pode perder de vista que se trata sempre de uma interferência repressiva no campo pessoal do indivíduo. Ademais, disto deriva outra consequência: em caso de rescisão do acordo, se houver identidade entre a medida cumprida em razão do acordo e a pena restritiva de direitos aplicada na sentença, parece-nos possível haver detração, ao menos em tese. Assim, por exemplo, se antes da rescisão do ANPP o agente cumpriu 10 meses de prestação de serviços à comunidade, devidamente fiscalizada, se aplicada esta pena restritiva de direitos na sentença, o juiz poderá determinar a detração do período cumprido em razão do acordo.

As condições podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente. A escolha delas e a necessidade ou não de cumulação deverá ter em consideração a adequação à pessoa do investigado (adequação subjetiva) e ao caso concreto (adequação objetiva), sempre à luz da necessidade para prevenir e reprimir a infração. Ademais, cada uma das condições deve ter a extensão e gravidade orientada pelo princípio da proporcionalidade, evitando-se propostas padrão ou apenas por adesão. Sobre o tema, a Coordenadora da 2ª CCR Luiza Cristina Frischeisen asseverou que “a estipulação de uma ou mais obrigações [no ANPP] dependerá da gravidade da infração penal, de suas consequências e da exigência de alcançar resposta necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Deve-se também estipular, de forma proporcional, a extensão de tais condições, tendo em conta prazo e valores. No tocante à prestação pecuniária, deve-se levar em consideração a situação econômica do investigado. Circunstâncias agravantes e atenuantes previstas em lei também podem ser usadas como parâmetro de fixação da resposta estatal.”³¹ Inclusive pode-se exigir do investigado que esclareça sua situação econômica, até mesmo por meio de preenchimento de formulário de avaliação

obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência”.

³¹ Voto nº 2028/2020, Processo nº 5004708-06.2019.4.03.6181, origem: juízo da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo; Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen.

socioeconômica, nos termos do item 9 da Orientação Conjunta nº 03/2018, constando neste documento que “eventual informação falsa poderá caracterizar infração penal, bem como motivo para rescisão do acordo”.

4.1. Reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo

A primeira condição prevista é a reparação do dano, que significa a restituição ao *status quo* anterior à conduta delitiva, seja pela restituição do produto do crime, seja pela reparação do dano causado. Não se trata de uma sanção adicional, “mas o mínimo a se exigir, sob pena de o crime compensar”, como afirmou o Min. Barroso.³² O STF, em diversas oportunidades, já se manifestou sobre a possibilidade de se impor a reparação de dano como condição para o deferimento de benefícios previstos na legislação penal, reforçando a lógica do ordenamento de estimular “a composição dos prejuízos causados pelo delito, mesmo antes do seu julgamento definitivo (v.g., arts. 16 e 312, § 2º, do CP), sem conferir-lhe, no entanto, caráter de obrigatoriedade, mas apenas de pressuposto para o gozo de determinado benefício”.³³ Surgirão discussões teóricas e práticas sobre o que se entende pela necessidade de reparação do dano. Vejamos algumas delas.

De início, o parcelamento da reparação do dano é suficiente para considerar satisfeito o requisito, aplicando-se por analogia o art. 50 do CP.³⁴ No caso de concurso de agentes, todos os responsáveis são devedores solidários do valor integral, nos termos do art. 942 do Código Civil³⁵ e da jurisprudência do STF, embora possa cotizar-se com os demais, por iniciativa própria.³⁶ Portanto, em princípio, exige-se reparação integral para que seja possível o acordo, não apenas da quota-parte do agente. Ademais, a propositura de ação para reparação do dano pela vítima, a inscrição do valor em dívida ativa e até mesmo a garantia do débito fiscal, ainda que aceita na execução fiscal, são insuficientes para caracterizar a reparação do dano.³⁷ Em todos estes casos há ainda uma situação futura e incerta, ou seja, que o pedido seja julgado procedente ou que bens passíveis de penhora sejam encontrados, em montante suficiente para quitar o débito e, ainda, vendidos para satisfação do dano.

³² Voto proferido na EP 22 ProgReg-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014

³³ STF, RHC 71.400, Rel. Min. Ilmar Galvão, Segunda Turma, julgado em 07.06.1994.

³⁴ Nesse sentido decidiu o STF ao interpretar o art. 33, §4º, do CP, que exige reparação do dano para progressão do condenado por crime contra a administração pública, aplicando, por analogia, o art. 50 do CP: “Na hipótese de celebração de ajuste com a União para pagamento parcelado da obrigação, estará satisfeita a exigência do art. 33, § 4º, enquanto as parcelas estiverem sendo regularmente quitadas” (STF, EP 22 ProgReg-AgR, Rel.(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014).

³⁵ “Os bens do responsável pela ofensa ou violação do direito de outrem ficam sujeitos à reparação do dano causado; e, se a ofensa tiver mais de um autor, todos responderão solidariamente pela reparação. Parágrafo único. São solidariamente responsáveis com os autores os coautores e as pessoas designadas no art. 932.”

³⁶ STF, EP 22 ProgReg-AgR, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 17/12/2014.

³⁷ Tratando da inscrição em dívida ativa de valor de multa e o afastando sua caracterização como adimplimento, salvo parcelamento, cf. STF, EP 16 ProgReg-AgR, Rel.(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015. Entendendo que mesmo a garantia da execução fiscal não caracteriza pagamento do tributo e, assim, reparação do dano, cf. STJ, HC 389.315/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 19/09/2017 e STJ, AgRg no AREsp 831.642/PI, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 16/06/2016.

No tocante à cláusula “salvo impossibilidade de fazê-lo”, é ônus da defesa demonstrar a inviabilidade de reparação do dano. Nesse sentido o item 14 da Orientação Conjunta nº 03/2018, que assevera que o interessado pode fazê-lo com base em documentos, “tais como, extratos de conta corrente, conta de luz, imposto de renda ou outros documentos”, sem prejuízo de pesquisas, por parte do membro do MP, aos sistemas disponíveis. A comprovação da impossibilidade somente deve ser admitida se demonstrado que a reparação não pode ocorrer sem sacrifício dos recursos indispensáveis ao sustento próprio e de sua família. Aqui se deve evidenciar a “absoluta insolvabilidade que o impossibilite até mesmo de efetuar o pagamento parcelado da quantia devida”.³⁸ No entanto, no caso de valores obtidos mediante desvio de recursos públicos ou de vítimas determinadas, deve-se ter uma interpretação absolutamente restritiva quanto à cláusula “salvo impossibilidade de fazê-lo”, sob pena de estímulo à conduta delitiva e à ideia de que o crime compensa.³⁹ Isto é reforçado para situações em que o agente tem condições de trabalhar, de sorte que “poderá parcelar a dívida e pagá-la em inúmeras vezes”, como afirmou o Ministro Ricardo Lewandowski em seu voto proferido na EP 22 ProgReg-AgR.

É de se questionar se a reparação do dano precisa ou não ser integral. Segundo nos parece, em princípio deve se estabelecer o completo retorno ao *status quo ante*, reparando-se todo o dano causado, sob pena de enriquecimento ilícito e de prejuízos à vítima. No entanto, excepcionalmente e de maneira fundamentada – e nesse ponto o ônus argumentativo é da defesa e do membro do MP que aceita firmar o acordo – pode-se excepcionar a reparação integral, caso demonstrada a sua impossibilidade e a viabilidade apenas da reparação parcial, se aplicada em conjunto com outras condições.⁴⁰

Em crimes tributários, há dificuldade em como interpretar a ideia de reparação do dano, pois, como sabido, o pagamento integral do tributo, a qualquer tempo, leva à extinção da punibilidade.⁴¹ Se assim é, basta ao investigado quitar o tributo para ficar livre da persecução penal. Neste caso, não terá interesse em celebrar o acordo, no qual terá de confessar o delito, assumir outras obrigações e, ainda, ficar impedido de obter benefícios consensuais nos próximos cinco anos. Por outro lado, a reparação do dano é

³⁸ Voto do Relator proferido na EP 16 ProgReg-AgR, Rel.(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 15/04/2015.

³⁹ No Voto proferido na EP 22 ProgReg-AgR, o Rel. Min. Roberto Barroso afirmou: “Por isso que eu acho que, no caso de crime contra a Administração Pública, nós não podemos fazer essa exceção, porque, eu insisto, é a devolução do dinheiro, não é multa. É o dinheiro que o Tribunal reconheceu que foi apropriado indevidamente. Então, se ele distribuiu o dinheiro entre os amigos ou entre os familiares e não tem mais o dinheiro, não precisa mais devolver? Eu não consigo imaginar. O pressuposto dessa condenação e do § 4º do 33 é que houve desvio de dinheiro. Aí o sujeito diz: Gastei o dinheiro. Sinto muito. Com todo respeito, eu acho que a exceção não se aplica no caso de peculato, porque senão não vai faltar o peculatório que distribua o dinheiro. É verdade, ele não tem mais o dinheiro”. No mesmo sentido o Min. Celso de Mello asseverou: “O Supremo Tribunal Federal, na decisão que está a proferir, não pode, realmente, transmitir uma mensagem dúbia, pois quem criminosamente se apropriou de valores públicos, além de merecer severa reprimenda penal, necessita devolvê-los, em ordem a restabelecer o ‘status quo ante’”.

⁴⁰ Nesse sentido é o item 15 da Orientação Conjunta nº 3: “A reparação do dano não terá, necessariamente, de ser integral, quando aplicada em conjunto com outras condições”.

⁴¹ STF, AP 516 ED, Rel. p/ Acórdão: Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 05/12/2013.

uma exigência prevista em lei, que não pode ser desconsiderada pelo intérprete. Conforme visto, a reparação do dano pode ser considerada satisfeita se houver parcelamento do débito ou, ainda, excepcionada em casos de absoluta insolvabilidade, que inviabilize até mesmo o parcelamento. No entanto, fora estas situações, como compatilizar a exigência de reparação do dano do ANPP com o pagamento do tributo como causa extintiva da punibilidade? Uma possibilidade de interpretação, que busca dar sistematicidade ao ordenamento, é entender que, *para fins do ANPP*, bastaria a reparação do valor principal do tributo exigido, devidamente atualizado pela correção monetária (que apenas corrige o valor nominal) e pelos juros (em razão da utilização do valor). Não seria necessário, para celebrar o ANPP, o pagamento da multa qualificada imposta pelo Fisco, que é sancionatória (que por vezes é bastante elevada, chegando a 150% do valor do tributo sonegado). O valor restante, não pago no ANPP, poderia ser cobrado pelo Fisco em execução fiscal ou até mesmo ser objeto de discussão em outras vias. Essa possibilidade é ainda mais factível se aplicada em conjunto com outras condições, nos termos do item 15 da Orientação Conjunta nº 3 (que, como visto, admite a reparação parcial do dano). Nesse caso, a extinção da punibilidade somente ocorrerá com o cumprimento de todas as condições previstas no acordo. É verdade que essa interpretação traz o risco de se afirmar que o dano, no caso de crimes tributários, seria apenas o valor do tributo principal – o que não é, em hipótese alguma, a intenção. Busca-se apenas dar utilidade para o instrumento no caso de crimes contra a ordem tributária e para os fins específicos do modelo consensual, sem repercussões em outras esferas e sem redefinição do que se considera dano para fins penais tributários.⁴²

Assim, no tocante aos crimes tributários, haveria as seguintes possibilidades para o investigado: (i) firmar o ANPP, com o pagamento do tributo principal, devidamente corrigido e com juros, assim como com outras condições, deixando o restante (multas sancionatórias) para outras vias (execução fiscal ou discussão judicial); (ii) firmar ANPP, com o parcelamento do tributo (principal ou total) a ser pago; (iii) firmar o ANPP e demonstrar a absoluta insolvabilidade, que o impossibilite até mesmo de efetuar o pagamento parcelado da quantia devida; (iv) extinção da punibilidade, com pagamento integral do tributo.

4.2. Renúncia a bens

Outra condição é renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Os instrumentos são os bens ou equipamentos utilizados ou destinados à utilização na prática de delitos, nos termos do art. 31, 1, alínea b, da Convenção de Mérida. No nosso sistema penal, como regra, somente serão perdidos os instrumentos que foram ilícitos em si, com exceção de alguns casos expressamente previstos (como os instrumentos, mesmo que lícitos, utilizados para o crime de tráfico de drogas ou para a prática de crimes por organizações criminosas e milícias, nos termos do art. 91-A, §5º, do CP, incluído pelo Pacote Anticrime). Segundo a doutrina nacional, o produto do crime “corresponde o resultado útil imediato da operação delinquencial: bens, ou bem, produzidos pela

⁴²Agradeço as ponderações de Fernanda Regina Vilares, Daniel Zaclis e Marcelo Cavali sobre o tema.

indústria do infrator”. É o veículo furtado ou o dinheiro roubado, assim como os valores recebidos a título de corrupção. Por sua vez, o proveito do crime corresponde ao “resultado útil mediato da operação delinquential: o ganho, o lucro, o benefício que ao delinquente adveio da utilização econômica do produto direito do crime”.⁴³ Assim, é proveito o numerário obtido com a venda do veículo furtado, bem assim o imóvel comprado com dinheiro roubado ou com a propina da corrupção.

Assim, como regra, somente os instrumentos ilícitos em si serão objeto do ANPP, embora nada impeça que haja ampliação consensual. O acordo deve abranger, ainda, qualquer bem que derive ou que foi obtido, direta ou indiretamente, por meio do cometimento de um delito. A inclusão da renúncia aos instrumentos, ao produto e ao proveito no ANPP é uma importante medida, que exige especial atenção dos operadores. Aqueles bens que estiverem apreendidos e que não forem objeto de renúncia deverão ser devolvidos, salvo aqueles ilícitos em si (droga, por exemplo). Isto porque a homologação do ANPP não traz juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências, portanto, serão apenas aquelas estabelecidas no acordo e no art. 28-A. Nesse sentido, em um caso no qual uma motocicleta fora utilizada na prática delituosa, mas em que houve omissão na transação penal sobre ela, o STF determinou a sua restituição.⁴⁴

4.3. Prestação de serviços à comunidade

O art. 28-A, inciso III, prevê, como condição, a prestação de 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. Esta prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas consiste na atribuição de tarefas gratuitas ao condenado, segundo art. 46, §1º, do CP. Embora o dispositivo afirme que caberá ao juízo da execução indicar as entidades beneficiárias para prestação de serviço à comunidade, é relevante e oportuno que o Ministério Público indique, de maneira fundamentada, as entidades que devem ser beneficiadas pela medida. Também deve Ministério Público, sempre que possível, estabelecer atividade de fiscalização, paralela e concomitante, ao cumprimento do acordado, independentemente de abertura de vista pelo juízo.⁴⁵

4.4. Prestação pecuniária

Previu-se, também, o pagamento de prestação pecuniária 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. A prestação pecuniária consiste no pagamento em dinheiro, em valor não inferior a 1 (um) salário mínimo nem superior a 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos.

⁴³ PITOMBO, Sérgio M. de Moraes. *Do sequestro no processo penal brasileiro*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, p. 9/10.

⁴⁴ Cf. Tema 0187, fixado no Recurso Extraordinário 795567, julgado em 28/05/2015.

⁴⁵ Nesse sentido, Grupo de atuação especializada em segurança pública GAESP. Manifestação n. 009/2020. Referência: PA MPPR-0046.20.008852-7, p. 38.

4.5. Cumprir outras condições compatíveis e proporcionais

Há, ainda, a possibilidade de se entabular o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. O objetivo desta cláusula é permitir que as partes construam o acordo mais adequado ao caso concreto e à pessoa do investigado. É claro que os membros do MP devem evitar medidas excessivas, desproporcionais ou que criem obrigações para terceiros que não fazem parte do acordo.

Assim, **é possível que as medidas cautelares alternativas à prisão dos art. 319 e 320 do CPP sirvam como parâmetro**, desde que compatíveis e adequadas ao caso concreto, como previa o Projeto de Lei nº 10.372/2018, que deu origem ao Pacote Anticrime, tais como: (i) o comparecimento periódico ao juízo, ao MP ou à polícia para informar e justificar suas atividades, (ii) a proibição de frequentar determinados lugares, (iii) a proibição de contato com outros investigados, (iv) a proibição de se aproximar da vítima, (v) a proibição de ausentar-se da comarca ou do país, sem comunicação prévia, (vi) a suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; (vii) a suspensão do porte de armas de fogo, entre outras.⁴⁶ No entanto, como a prisão domiciliar (arts. 317 e 318 do CPP) é uma forma de custódia cautelar, somente pode ser imposta por autoridade judicial, sendo inviável em ANPP.

Questão interessante é se seria possível colocar como condição do acordo que o agente responsabilize em juízo outro(s) coparticipante(s) da conduta. Embora não haja vedação, melhor a celebração de um acordo de colaboração premiada, por três motivos. Primeiro, porque a finalidade probatória é inerente a este último instituto, cuja regulamentação está na Lei 12.850, evitando a mescla de regimes jurídicos. Segundo, porque referida lei melhor disciplina os direitos, deveres, obrigações e consequências da colaboração, seja para o colaborador, para os órgãos de persecução, ou para os atingidos pela colaboração. Terceiro, porque no ANPP o agente não terá o dever legal de dizer a verdade, ao contrário do que ocorre na colaboração premiada.⁴⁷

Ademais, é possível que uma das condições seja que o ofensor se disponha a participar do processo de justiça restaurativa, prevista pela Resolução 225 de 2016, inclusive para feitos criminais. Mas se deve atentar para o fato de que um dos princípios da Justiça restaurativa é a sua voluntariedade e que é “condição fundamental para que ocorra a prática restaurativa, o prévio consentimento, livre e espontâneo, de todos os seus participantes, assegurada a retratação a qualquer tempo, até a homologação do procedimento restaurativo” (art. 2º. §2º).

⁴⁶ Segundo a Orientação Conjunta nº 3/2018: **“No caso de contrabando, por exemplo, poderá constar cláusula que vede a viagem do investigado para o país de onde trouxe indevidamente a mercadoria. Nos crimes econômicos poderá ser estabelecido o afastamento do acusado da diretoria ou do controle da empresa. Nos crimes praticados contra o Sistema Financeiro Nacional poderá ser estabelecida a proibição do acusado em operar no mercado financeiro por período determinado”.** Ademais, poderá ser entabulada **“obrigação de manter o endereço, telefone e e-mail atualizados”** (item 13, f, da mesma Orientação).

⁴⁷ Em sentido diverso, Vitor Cunha entende que “nada impede que acordos de admissibilidade de culpa, em acréscimo à renúncia da posição de resistência, imponham, ao réu, a obrigação de apresentar elementos contra outros envolvidos na prática criminosa” (CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal...*, p. 82/86).

5. Procedimento.

A doutrina moderna vem apontando a importância do procedimento para a melhor conformação dos direitos fundamentais, reconhecendo uma correlação íntima entre ambos.⁴⁸ Embora a previsão de um procedimento não signifique, necessariamente, respeito aos direitos fundamentais, é a melhor forma para potencializar o seu alcance, aumentando a probabilidade de um resultado adequado nesse sentido.⁴⁹ Ademais, também assegura transparência, previsibilidade e segurança aos operadores e, especialmente, ao investigado. Para tanto, em especial para aumentar a segurança na aplicação do instituto, essencial são as orientações internas dos órgãos competentes, nos termos do art. 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), como a já mencionada Orientação Conjunta nº 3 do MPF. Embora no âmbito do MP estas orientações não sejam vinculantes, em razão do princípio da independência funcional, são muito relevantes para auxiliar os operadores.

O procedimento do ANPP pode ser desmembrado, para fins didáticos, nas seguintes etapas ou fases: (i) tratativas e negociação do acordo; (ii) assinatura; (iii) controle judicial do acordo; (iv) fiscalização e decisão sobre o ANPP. É possível, nesse trajeto, que surjam incidentes, que desviem o procedimento de seu curso normal.

5.1. Tratativas e negociação do acordo.

As tratativas ou negociações preliminares são os “atos preparatórios tendentes direta e imediatamente à constituição do vínculo contratual apeteido”.⁵⁰ Nesse ponto urge indagar *quem* participa, *quando*, *onde* e *como* devem ocorrer as tratativas.

Inicialmente, vejamos *quem* pode negociar o ANPP e participar das tratativas. Do lado dos órgãos estatais, na ação penal pública, apenas o MP possui legitimidade para iniciar tratativas e firmar o acordo, em razão de ser o titular exclusivo da ação penal pública, por disposição constitucional expressa. O juiz não possui capacidade negocial e não pode sequer participar das tratativas do acordo, pois sua função será fiscalizá-lo. Segundo o STJ, “o juiz nunca foi, não é e nem tampouco poderá ser sujeito de negócio jurídico material ou processual”.⁵¹ O Delegado de polícia tampouco pode negociar ANPP. Trata-se de instituto diversionista, que visa evitar o processo, e que não possui finalidade probatória. Por isto, ainda que o Delegado possa firmar acordo de colaboração premiada, segundo o STF, o fundamento principal (*ratio decidendi*) que justificou aquela decisão foi a finalidade instrutória do instituto e a sua compatibilidade com as funções constitucionais exercidas pela autoridade policial.⁵² Nada disso se aplica ao ANPP, que se liga a outra lógica, de evitar persecuções penais em determinadas

⁴⁸ Em relação à correlação entre direitos fundamentais, organização e procedimento cf. ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 470/474.

⁴⁹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Teoria geral do procedimento...*, p. 39/40; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição e Déficit procedimental. In: *Estudos sobre direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 75; ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, p. 489/490.

⁵⁰ GOMES, Orlando. *Contratos*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, 18ª ed., p. 58, destaques no original.

⁵¹ STJ, REsp 1738656/RJ, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2019.

⁵² STF, ADI 5508/DF, rel. Min. Marco Aurélio, Plenário, julgamento em 20.6.2018.

situações. Esse juízo, assim como a análise da existência ou não de justa causa – se é ou não hipótese de arquivamento das investigações – somente cabe ao titular da ação penal.

E na ação penal privada? Previamente, cumpre indagar o cabimento do ANPP na ação penal privada. Nada obstante o Projeto de Lei nº 882/2019 fosse expresso quanto à possibilidade (“*O Ministério Público ou o querelante poderá propor acordo de não persecução penal*”), o certo é que a redação final foi omissa. Já há na doutrina posição nos dois sentidos.⁵³ Seguindo a posição que se consolidou no tocante à transação penal nos Tribunais Superiores, é cabível, por analogia *in bonam partem*, o ANPP também na ação penal privada, sendo da vítima a legitimidade para formular a proposta.⁵⁴ Se o querelante não propuser ou ficar silente no tocante ao ANPP, não há como forçá-lo a fazê-lo, como entende o STJ, em especial diante do princípio da discricionariedade que rege a ação penal privada.⁵⁵

Por sua vez, a negociação do acordo deve ser feita com o investigado, devidamente acompanhado por defensor, público, dativo ou constituído. Já se viu que não há direito subjetivo do imputado em firmar o ANPP. Trata-se de instituto negocial e, conforme visto, sua natureza é de negócio jurídico processual. Desconsideraria tal natureza se houvesse direito subjetivo do investigado ao acordo, pois estaria o MP, então, obrigado a fazer a proposta, sem qualquer apreciação de seu cabimento à luz do interesse público. Inclusive, o STF e o STJ pacificaram, em relação à transação e à suspensão condicional do processo, que se trata de hipótese de discricionariedade regrada – não de direito subjetivo do investigado. No mesmo sentido, especificamente sobre o ANPP, a Orientação conjunta nº 3 (item 1.2). Se o membro do MP não oferecer a proposta, deve motivar com base em elementos concretos, o que pode ser controlado pelos órgãos superiores do Ministério Público, em caso de divergência (art. 28-A, §14). Em hipótese alguma o magistrado pode propor o acordo de ofício ou sem concordância do MP, sob pena de correição parcial. O ANPP “demanda acordo de vontades que não pode ser suprido pelo juiz”.⁵⁶ Ademais, da decisão do órgão superior do MP, de não propor o acordo, não caberá recurso ou habeas corpus ao Judiciário, que não poderá interferir na questão.⁵⁷

Sobre a participação da vítima nas tratativas, o art. 28-A previu a sua intimação em caso de homologação do acordo e em seu descumprimento (§9º). Mas à luz de todo o contexto de redescoberta da vítima no processo penal, estimulada de maneira uníssona

⁵³ Entendendo cabível o ANPP, por ausência de vedação legal, cf. JUNIOR, Aury Lopes; JOSITA, Higyta Josita. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal... Em sentido contrário, baseando-se na falta de previsão legal e na ausência de solução para a hipótese em que houvesse a recusa da vítima em fazer a proposta, cf. MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal...

⁵⁴ Admitindo o cabimento da transação penal na ação penal privada e conferindo a legitimidade para formular a proposta ao ofendido, cf. STJ, APn .634/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/03/2012, DJe 03/04/2012. No mesmo sentido é a posição do STF, em relação à suspensão condicional do processo (STF, HC 81720, Rel.(a): Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 26/03/2002).

⁵⁵ Conforme decidiu a Corte Especial do STJ: APn 634/RJ, Rel. Ministro Felix Fischer, Corte Especial, julgado em 21/03/2012.

⁵⁶ TJSP, Habeas Corpus Criminal 2070494-55.2020.8.26.0000; Rel.(a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 21/06/2018.

⁵⁷ TJSP, Habeas Corpus Criminal nº 2064200-84.2020.8.26.0000; Rel.(a): Xisto Albarelli Rangel Neto; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Data do Julgamento: 05/05/2020.

pela normativa internacional e pela jurisprudência das Cortes internacionais,⁵⁸ deve haver preocupação efetiva, global e permanente com a vítima, desde o início das tratativas até o final do procedimento. A Rec. (85) 11, de 28 de junho de 1985, do Comitê de Ministros da Europa, inclusive, já recomendava que os interesses da vítima deveriam ser levados em consideração em *todas as fases* do processo de justiça criminal, devendo “ser questionada de maneira que se dê devida consideração à sua situação pessoal, seus direitos e sua dignidade”. Por isto a vítima deve ser cientificada e convidada a participar das tratativas do ANPP, assegurando o direito de saber, em tempo útil, das tratativas, de fornecer informações às autoridades, para auxiliá-las a decidir, e de se manifestar sobre o cabimento do benefício, sobre as propostas e contrapropostas e de ter seus interesses globalmente considerados – não apenas patrimoniais – nas tratativas e no próprio conteúdo do acordo. Tanto assim que o art. 28-A apontou a reparação do dano como condição do ANPP. Na mesma linha, a Resolução 181/17 do CNMP prevê, no art. 17, que o membro do Ministério Público deve tomar todas as medidas necessárias para a preservação dos direitos das vítimas, bem como para a reparação dos eventuais danos por ela sofridos. Portanto, **deve o MP zelar para que os direitos da vítima, inclusive informacionais, sejam respeitados, trazendo-a para a mesa de negociações sempre que possível. Em conclusão, quanto antes e quanto mais ampla for a participação da vítima no ANPP, melhor.**

Deve-se indagar sobre *quando* pode ser proposto o ANPP. A primeira posição é de que somente é cabível até o oferecimento da denúncia.⁵⁹ A segunda é que pode haver proposta de ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, até antes da sentença. Esta é a posição da Orientação Conjunta nº 3 do MPF (item 8) e de recente enunciado da 2ª CCR.⁶⁰

Segundo nos parece, o momento oportuno e normalmente adequado para a propositura do ANPP é até o oferecimento da denúncia. A finalidade do acordo é filtrar persecuções, impedindo a sobrecarga do Judiciário e a estigmatização do investigado. Excepcionalmente será possível o ANPP após tal momento se houver um fato novo que o justifique, de maneira excepcional. Por exemplo, no caso de eventual desclassificação na fase da sentença (art. 383, §1º, do CPP, aplicável por analogia), quando se verificar

⁵⁸ Cf., v.g., Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Gomes Lund e outros vs. Brasil. sentença de 24 de novembro de 2010, especialmente §139 e Corte Europeia de Derechos Humanos, Case of Aksoy v. Turkey. Application nº 21987/93, Julgamento de 18 de dezembro de 1996, § 98

⁵⁹ Segundo Bruno Calabrich, “Caso essa porta possa ser a qualquer momento (re)aberta, isso representará um incentivo à parte para que a utilize como estratégia processual diante do avanço do processo e quando confrontada com situações que não sejam de seu interesse – como a produção, no curso da instrução, de uma prova contundente que conduzirá a sua condenação. **Permitir que a parte suscite o acordo a qualquer momento é dar-lhe carta branca para que ela jogue com o interesse público que deve permear o processo. Se é para encerrá-lo, que seja no início, quando ainda não foram dispendidos muito tempo, esforços e recursos públicos**” (CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão, no prelo, p. 6). No mesmo sentido, FISCHER, Douglas; PACELLI, Eugenio. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 126; MPSP, CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 10.

⁶⁰ O Enunciado nº 98 da 2ª CCR, aprovado em 25/05/2020, dispõe: “É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19”.

que a nova classificação feita pelo juiz na fase de sentença permite o acordo, diferentemente da tipificação provisória feita na denúncia. Ademais, após o oferecimento da denúncia e antes da sentença, será possível o ANPP se houver algum fato novo e, ainda, se houver interesse das duas partes em realizar o acordo. Nesse caso, a confissão deverá ocorrer no curso da ação penal e o ANPP levará à não continuidade da persecução penal. No entanto, à medida que a persecução avança, diminui, gradativa e proporcionalmente, o interesse do MP em firmar o acordo e cada vez mais as condições devem ser mais gravosas para justificá-lo. Por sua vez, se a defesa tiver recusado o benefício anteriormente, haverá preclusão, sendo possível a negativa de oferta do acordo pelo MP em razão do princípio do *nemo venire contra factum proprium*, que veda comportamentos contraditórios das partes. Após a sentença de primeiro grau o ANPP se torna inviável.⁶¹ Conforme decidiu o STF, em relação à suspensão condicional, mas cujo raciocínio é em tudo aplicável, após a prolação da sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, não pode ser essa transação processual aplicada, porque “a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal”.⁶² Dito de outro modo, uma vez condenado o réu, torna-se inviável o ANPP, pois com o ato de condenação penal ficou comprometido o fim precípuo para o qual o instituto foi concebido, que é o de evitar a prolação de sentença e de imposição de pena privativa de liberdade.⁶³ Ademais, haveria problemas práticos em firmar ANPP após a sentença. Realmente, se a sentença for absolutória, o imputado não terá interesse em firmar o acordo. Se condenatória, o MP já terá uma sentença do Judiciário que fixou os fatos e uma pena definida. Como negociar nesse caso? Poderia o MP propor algo ao imputado menor do que aquilo fixado em sentença? Parece que não, sob pena de desvirtuar a lógica do sistema e o ANPP se transformar em instrumento de impunidade. Não bastasse, de certa forma o acordo tardio resultaria em anulação da sentença condenatória ou, ao menos, na paralisação de sua eficácia. E não parece que o acordo das partes possa ter o poder de suspender a eficácia de uma sentença judicial, ainda mais sem previsão legal.⁶⁴ Sobre a

⁶¹ Entendendo inviável o ANPP após a sentença condenatória, ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal após a lei 13.964/2019. In: *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020, p. 178.

⁶² STF, HC 74305, Rel.(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1996.

⁶³ STF, HC 74463, Rel.(a): Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996.

⁶⁴ Caso se admita o ANPP após a sentença – o que não aceitamos, mas apontamos apenas para fins de argumentação –, a única opção seria o MP propor, no mínimo, o imediato cumprimento da sanção fixada na sentença, caso não envolva privação de liberdade. Nesse caso, a única vantagem para o órgão de persecução seria o seu cumprimento imediato, afastando-se a demora inerente ao sistema e evitando eventual prescrição. Para a defesa, a vantagem seria evitar eventual aumento da pena (se houve recurso da acusação) e impedir a anotação da condenação em seus antecedentes e consequências derivadas da condenação (inelegibilidade, perda do cargo, etc.). E caso admitida a negociação após a sentença, como já se esgotou a prestação jurisdicional em primeiro grau, quem deve negociar é o membro do MP em segunda instância, assim como deve ser o Tribunal quem homologará eventual ANPP. Agradeço as ponderações do amigo Harold Hoppe nesse ponto, assim como pela leitura atenta do trabalho e pelas diversas sugestões feitas.

aplicação do ANPP no tempo, ou seja, para fatos anteriores à entrada em vigor da Lei 13.964, trataremos à frente (item 6 – Direito intertemporal).

Urge questionar *onde* devem ocorrer as tratativas do ANPP. Deve-se evitar, salvo quando absolutamente imprescindível, que a negociação ocorra no Poder Judiciário. Como se trata de instituto anterior à persecução penal em juízo e, primordialmente, por se basear no consenso, a exigir negociação em nível horizontal entre as partes, deve-se afastar o ambiente judicial, que, além da carga estigmatizante inerente ao processo, traz uma verticalidade pouco compatível com o consenso e com o instituto. Por isto a negociação do acordo deve ocorrer preferencialmente na sede do MP.⁶⁵

Não há vedação legal à propositura do acordo em audiência de custódia. A vantagem seria aproveitar a presença do investigado e do defensor no ato, razão pela qual vem sendo admitida em geral pelas orientações internas.⁶⁶ No entanto, parece-nos que se deve evitar a utilização da audiência de custódia para tal fim, em razão da verticalidade inerente a tal audiência e para evitar o desvirtuamento da finalidade deste ato. Pode-se aproveitar a audiência para verificar o interesse da defesa em iniciar as tratativas do ANPP, a continuarem, em data já apazada, na sede do MP. De qualquer forma, o certo é que não deve ser realizado o ANPP em audiências de plantão, pois o acordo deve ser feito pelo promotor natural.

Por sua vez, deve-se verificar *como* se realizam tais tratativas. O MP, vislumbrando presentes os requisitos para o ANPP, deve propor ao investigado o ANPP, ainda que não tenha havido confissão na fase extrajudicial. As providências envolvendo o ANPP devem ser feitas, preferencialmente, em Procedimento no âmbito do MP (na área federal, em Procedimento de Acompanhamento), especificamente instaurado para essa finalidade, com a suspensão do inquérito policial ou do procedimento investigatório interno (item 3 da Orientação conjunta nº 3/2018). Como o membro do MP não preside o inquérito policial e para impedir que eventuais incidentes do ANPP prejudiquem a continuidade da persecução (v.g., eventual impugnação da negativa ao ANPP ao órgão superior do MP), deve-se evitar, sempre que possível, que as tratativas ocorram no bojo do inquérito policial.

Entendendo ser cabível, em tese, o ANPP, o membro do MP deve intimar o investigado, por qualquer meio de comunicação admissível, para que compareça em dia e hora designado, acompanhado de advogado ou defensor público, na sede do MP, caso tenha interesse no acordo de não persecução penal. A intimação ao investigado pode ser feita por e-mail, carta, telefone, pessoal ou qualquer meio, desde que se demonstre que a finalidade foi atingida. Desta intimação deve constar: (i) que o ANPP pressupõe confissão detalhada; (ii) a necessidade de estar acompanhado de advogado e, caso não tenha advogado e nem condições de constituir um, que procure previamente a

⁶⁵ No mesmo sentido item 1.4 da Orientação conjunta nº 3/2018.

⁶⁶ A Resolução 181 do CNMP expressamente previa essa possibilidade, o que também é admitido pela Orientação Conjunta nº 03/2018 do MPF (item 5.3) e pelas orientações de alguns MP estaduais (MPSP. CAOCrim. *Roteiro para o Acordo de Não Persecução Penal e a Lei nº 13.964/19*, p. 20; Recomendação nº 2/2020-PGJ do MPMS e Orientação Conjunta nº 01/2020-PGJ do MPDFT). Segundo a Orientação nº 3, “nesse caso, o membro do MPF tomará as cautelas de praxe, especialmente quanto aos antecedentes, e poderá requerer seja oficiado à Polícia Federal sobre o acordo e a necessidade da remessa dos autos do inquérito policial ao MPF”.

Defensoria Pública;⁶⁷ (iii) que o não comparecimento será interpretado como desinteresse no acordo; (iv) a possibilidade de o investigado antecipadamente indicar desinteresse no acordo.⁶⁸

Como regra, essa intimação deve ser providenciada pelo MP – e não pelo Judiciário ou pela Polícia. Há posições em contrário, sob o argumento de que se poderia inviabilizar o funcionamento das unidades menores do MP, com o aumento do trabalho burocrático, buscando-se auxílio do Poder Judiciário. Embora se compreenda tal situação, a responsabilidade primária e precípua pela condução e negociação do ANPP é do MP - e não do Judiciário. Esta instituição pode contribuir em casos excepcionais e pontuais, em especial durante um período de adaptação, mas não se pode impor este ônus a ela permanentemente.

Na data agendada, a reunião somente deve se iniciar se presente o investigado e o defensor, sendo inviável a realização de qualquer tratativa sem a presença deste. Da mesma forma, não se admite que o advogado negocie em nome do investigado. É necessária a presença do investigado, por se tratar de *ato personalíssimo*. Até se pode admitir que o advogado compareça sem o investigado para conhecer os termos prévios do acordo, mas não se admite a formalização do acordo sem a participação direta e pessoal do investigado, por se tratar de negócio personalíssimo. Por sua vez, o membro do MP deve ter especial preocupação em informar o interessado: (i) de seus direitos; (ii) da voluntariedade do acordo; (iii) que a sua não celebração não significará tratamento mais gravoso ao investigado; (iv) a base fática que indica a justa causa para o oferecimento da ação penal; (v) o funcionamento do instituto, os requisitos necessários – dentre eles a confissão formal e circunstanciada – as condições em geral cabíveis, a necessidade de homologação judicial, as hipóteses de rescisão e a possibilidade de extinção da punibilidade em caso de cumprimento de eventual acordo; (vi) esclarecer as cláusulas do acordo e verificar se a defesa e especialmente o investigado compreenderam seus termos e implicações; (vii) esclarecer dúvidas do investigado e seu defensor. O membro do MP tem, assim, um nítido dever de informar, visando permitir que haja uma decisão consciente e informada por parte do investigado e seu advogado.⁶⁹

Não há qualquer impedimento a que as negociações do ANPP ocorram por meio de videoconferência, “especialmente quando o investigado ou o defensor residir fora da sede do Ministério Público Federal”, segundo o item 10 da Orientação conjunta nº 3/2018. O uso da videoconferência é também possível em outras situações, como no caso da pandemia envolvendo o coronavírus (covid-19) ou em outros casos em que for do interesse das partes.

Ao contrário da alteração introduzida pelo Pacote Anticrime na colaboração premiada e mesmo do que constava no Projeto de Lei nº 10.372/2018, o art. 28-A não

⁶⁷ Para racionalizar o serviço e viabilizar a realização do ANPP, a Orientação Conjunta nº 03/2018 (item 5) indica uma série de providências possíveis a serem tomadas pelo membro do MP, tais como fixar datas com a Defensoria Pública para negociar diversos acordos em um mesmo dia, estabelecer parceria com a Ordem dos Advogados do Brasil, núcleos de prática jurídica de Universidades locais ou Defensorias Públicas estaduais ou, ainda, ser solicitada ao juízo a nomeação de defensor dativo.

⁶⁸ Nesse sentido item 4 da Orientação Conjunta nº 03/2018. No mesmo sentido, Resolução Conjunta GPGJ/CGMP 20/20 do MPRJ.

⁶⁹ Esse dever de informar é previsto no item 11 da Orientação Conjunta nº 03/2018.



impôs, no ANPP, a necessidade de que as tratativas sejam registradas por meios ou recursos de gravação audiovisual. Trata-se de faculdade, caso o membro do MP assim entenda.

Findas as tratativas e entendendo o membro do MP que não é o caso de firmar o acordo, deve fazê-lo motivadamente. Mesmo que não haja direito subjetivo do investigado ao acordo, é certo que deve haver (i) *fundamentação* da decisão; (ii) *intimação do interessado* e (iii) *possibilidade de controle pelos órgãos superiores do MP*. Sobre o dever de fundamentar, decorre do princípio da impessoalidade que rege o Estado brasileiro e seus agentes (art. 37, *caput*, da Constituição), e da norma constitucional que impõe aos integrantes do MP que apontem os fundamentos jurídicos de suas manifestações (art. 129, inc. VIII e §4º, ambos da Constituição).⁷⁰ Como leciona Vladimir Aras, o investigado tem “direito subjetivo a uma manifestação fundamentada, negativa ou positiva, do Ministério Público” quanto ao cabimento do art. 28-A do CPP.⁷¹ Ademais, essa fundamentação deve ser levada ao conhecimento do interessado, para que possa provocar os órgãos superiores do MP, na forma do art. 28 do CPP (art. 28, §14 e item 1.3 da Orientação Conjunta nº3), em especial quando houve provocação da defesa. Essa intimação deve conter as razões do não cabimento do acordo e informar ao interessado sobre a possibilidade de impugnar a decisão, inclusive indicando o prazo para tanto. Excepcionalmente essa notificação pode ser feita conjuntamente com a cota de oferecimento da denúncia, a ser entregue ao imputado. Nessa oportunidade passará a contar o prazo para eventual impugnação aos órgãos superiores. Sobre a *possibilidade de controle pelos órgãos superiores do MP*, algumas questões se colocam. Primeiro, a iniciativa para submeter a questão ao controle dos órgãos superiores. A tradicional redação do art. 28 do CPP, atualmente em vigor, confere ao juiz tal iniciativa. Pela nova redação do art. 28, dada pelo Pacote Anticrime, mas atualmente com eficácia suspensa por decisão do STF, a iniciativa seria do próprio investigado. O prazo para o interessado impugnar tal decisão de não propositura do ANPP será de 30 dias, de acordo com a nova redação do art. 28 do CPP. Por fim, essa possibilidade de impugnação não possui efeito suspensivo, ou seja, a persecução deve continuar e a denúncia ser oferecida e analisada, enquanto pende de análise pelo órgão superior do MP. Caso o órgão superior do MP entenda que era cabível o benefício, o oferecimento da denúncia e os atos posteriores serão anulados.

Questão interessante é se o Poder Judiciário poderia condicionar o recebimento da denúncia à comprovação da intimação do investigado sobre a recusa da proposta. A resposta é negativa. Tal intimação não é uma condição de procedibilidade da ação penal. O que o magistrado pode e deve zelar é que o órgão do MP *fundamente o motivo pelo qual não propôs o ANPP*. Caso não exista tal fundamentação nos autos, o juiz deve provocá-lo a fazer. Se o magistrado discordar dessa fundamentação, poderá aplicar a redação tradicional do art. 28 do CPP, submetendo a questão à instância superior do MPF, ou permitir que o investigado o faça, nos termos da nova redação do art. 28 do CPP.

⁷⁰ Nesse sentido a Orientação Conjunta nº 3 exige que a recusa seja fundamentada (item 1.3).

⁷¹ ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal..., p. 171.

5.2. Assinatura do acordo.

Chegado ao acordo entre as partes, devem formalizá-lo por escrito. Referido acordo deve conter: (i) a qualificação completa do investigado, do defensor e o nome do membro do MP; (ii) a tipificação da conduta; (iii) as condições que o investigado se comprometeu a cumprir; (iv) a forma e o prazo de seu cumprimento; (v) outras obrigações acessórias do investigado, consensualmente estabelecidas (por exemplo, a necessidade de comunicar eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e a necessidade de comprovar o cumprimento das obrigações, independentemente de notificação ou aviso prévio); (vi) as hipóteses de rescisão do acordo e as suas consequências; (vii) confissão, em termo próprio e anexo ao acordo; (viii) ser firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

Assinado o acordo, o membro do MP deve submetê-lo ao Judiciário, em petição requerendo sua homologação. Nesta petição deve, ainda que sucintamente, tipificar a conduta, indicar a justa causa para a persecução e a presença dos demais requisitos do ANPP. Deve, também, justificar eventuais outras condições fixadas (art. 28-A, inc. V), para demonstrar a sua adequação ao caso concreto e o respeito ao princípio da proporcionalidade.

Segundo nos parece, de maneira coerente com a importância da vítima no procedimento do ANPP, deve-se assegurar-lhe a possibilidade impugnar a decisão de firmar o ANPP, submetendo a questão aos órgãos superiores do MP.

5.3. Fase do controle judicial do acordo

O juiz que analisa o acordo é o juiz responsável pela investigação (o juiz das garantias, nos termos do art. 3º-B, inc. XVII, CPP, embora esse dispositivo esteja com a eficácia suspensa) ou pelo processo (caso se entenda cabível na fase processual). No caso de foro de prerrogativa de função, a incumbência cabe ao relator, monocraticamente, sendo possível agravo interno ao órgão colegiado.⁷²

A fiscalização do Judiciário deve ser no tocante: (a) *à base fática*, para analisar se há justa causa para a denúncia (função cognitiva do Judiciário);⁷³ (b) *à voluntariedade*, ou seja, verificar se o acordo foi feito livre de coações e com consentimento informado pelo investigado. Deve o juiz, assim, constatar se o investigado está devidamente ciente dos termos do acordo, das condições que assumiu e, ainda, das consequências em caso de descumprimento do acordo. Inclusive, para tanto, designa-se uma audiência em que o juiz irá ouvir pessoalmente o investigado, na presença de seu defensor. Há divergência se o membro do MP deve ou não estar presente nesta audiência, pois a lei não previu a sua participação. Para parte da doutrina, a ausência do MP seria para garantir a voluntariedade do acordo; (c) *à legalidade* do acordo, o que inclui a análise sobre o cabimento do acordo (se preenche os requisitos positivos e negativos) e sobre as condições acordadas.

A homologação judicial é verdadeira condição de eficácia do acordo. Se o juiz não homologar o acordo, abrem-se quatro alternativas ao MP: (i) reformular a proposta

⁷² Nesse sentido decidiu o Plenário do STF na Pet 7074 QO, em 29/06/2017, no tocante à colaboração premiada, mas cujo raciocínio é aplicável ao ANPP.

⁷³ HOPPE, Harold. *O consenso como meio de simplificação do procedimento criminal...*, p. 215.

(§5º); (ii) complementar a investigações, se necessário, (iii) oferecer denúncia (§8º); (iv) ou interpor recurso em sentido estrito (art. 581, inciso XXV, do CPP). A alternativa a ser adotada pelo membro do Ministério Público dependerá do caso concreto. Por exemplo, se o magistrado entender faltar justa causa para o acordo, poderá ser o caso de complementar as investigações. Se o membro do Ministério Público entender que a decisão de não homologação está correta (por faltar um requisito objetivo, por exemplo), poderá oferecer denúncia. Será possível, ainda, reformular a proposta, em conjunto com a defesa, caso o juiz discorde de alguma condição ou cláusula estipulada. Se o juiz não homologar o acordo, será ainda possível interpor recurso em sentido estrito (art. 581, XXV), que não possuirá efeito suspensivo. Nesse caso, deverá o membro do MP formar instrumento (ou seja, extrair cópia das principais peças), com o intuito de permitir que o tribunal conheça da questão e decida. Enquanto isso, o membro do MP poderá promover a complementação das investigações ou oferecer denúncia, pois o recurso não terá efeito suspensivo.

Se o magistrado homologar o acordo, deve fundamentar a decisão. Esta decisão leva à suspensão da prescrição, nos termos do art. 116, IV, do CP. O termo *a quo* da suspensão é a data da homologação (se ocorrer na própria audiência, na data desta; se ocorrer por despacho, no dia de sua publicação, ou seja, no dia em que se tornar pública, independentemente da intimação das partes). A suspensão da prescrição vai até a extinção da punibilidade ou até a data em que houver a rescisão do acordo pelo juiz. A vítima deve ser comunicada da homologação do ANPP pelo Judiciário, mesmo que não haja dano a ser reparado. A responsabilidade por esta intimação é do Poder Judiciário, em especial em razão de seu momento, embora o MP deva zelar por ela. No entanto, em sentido contrário, o item 20 da Orientação nº 3 dispõe que é atribuição do MP referida intimação, devendo fazê-lo preferencialmente por meio eletrônico ou telefone.

5.4. Fiscalização e decisão final sobre o acordo

Homologado o acordo, o juiz responsável pela fiscalização será o da vara de execuções penais (art. 28-A, §6º). Há, assim, uma cisão funcional da competência entre os juízes responsáveis pela homologação e pela fiscalização.

O membro do MP deve também zelar pelo cumprimento do acordo. Segundo o item 19.2 da Orientação Conjunta nº 3, pode inclusive solicitar ao juízo da execução para fiscalizar diretamente o cumprimento do acordo no âmbito do Ministério Público Federal. Mas nesse caso eventuais incidentes somente podem ser decididos pelo juiz.

Cumprido devidamente o acordo, conforme estipulado, será o caso de extinção da punibilidade. Nessa hipótese, devem ser restituídos todos os bens apreendidos, salvo aqueles que forem objeto de renúncia ou que forem ilícitos em si (droga, documentos adulterados, etc.). Também devem ser restituídos os valores prestados a título de fiança, salvo disposição convencional em contrário (ou seja, se a fiança tiver sido destinada a pagar as condições).

Se houver descumprimento doloso do acordado, será possível haver rescisão do acordo. Nesse caso, uma vez solicitada a rescisão pelo Ministério Público há necessidade de ouvir a defesa, para que possa apresentar eventual justificativa para o descumprimento. Ademais, a questão pode demandar a instauração de eventual dilação

probatória, ainda que sumária, podendo ser necessário, nesse caso, formar um procedimento incidental. Em seguida as partes se manifestam e o juiz decidirá. Foi isso que ocorreu na Pet 7.003, em trâmite perante o STF, em que se analisa eventual rescisão de acordo de colaboração, cujo raciocínio se aplica ao ANPP.

A lei é omissa sobre qual juiz deve decidir sobre a extinção da punibilidade (em caso de cumprimento) e sobre a rescisão do acordo (em caso de descumprimento): se o juiz da vara da execução ou o que homologou o acordo. O tema é divergente na doutrina. Segundo nos parece, o art. 28-A, §6º, indica que a função do juiz da execução se limita a executar o acordo. Assim, sua competência funcional limita-se aos estreitos limites do cumprimento e fiscalização do acordo, podendo, em torno a tais aspectos, decidir profundamente (por exemplo, onde e como deverá ser cumprido). No entanto, questões decisórias envolvendo o acordo (eventual pedido de modificação do acordo) ou questões envolvendo o integral cumprimento do acordo ou sua rescisão devem ser decididas pelo juiz que homologou o acordo. A analogia aqui deve ser com um juízo que deprecia a outro o cumprimento das condições da transação e da suspensão condicional do processo. Assim como ocorre nestes casos, o juiz da execução (assim como o juízo deprecado) não possui competência para extinguir a punibilidade ou considerar o acordo rescindido. Nestas hipóteses, deverá devolver o processo para o juiz que homologou o acordo, para que este tome tais decisões.⁷⁴ Embora essa posição traga o inconveniente de haver mudanças na competência, com possíveis deslocamentos do feito, tem a vantagem de impedir que haja duas decisões contraditórias, entre o juízo da execução e o do processo. Imagine-se que se entenda que o juiz da execução seja o competente para decidir sobre a rescisão e assim o faça. Nesse caso, voltando o feito para o juiz do processo, se este entender em sentido contrário, haverá um impasse de difícil solução. Desta forma, o membro do Ministério Público que atua perante a vara das execuções penais deverá cientificar o membro atuante perante o juízo que homologou o acordo para eventual extinção da punibilidade ou rescisão do acordo. Sobre o mérito, portanto, quem se manifestará será o membro do MP e o juízo que homologou o acordo.⁷⁵ Qualquer que seja o juízo, a vítima deve ser intimada da rescisão do acordo.

A lei previu, corretamente, que a rescisão do ANPP pode ser utilizada como justificativa para a não propositura da suspensão condicional do processo (§11), à luz do microssistema do consenso.

Importante apontar que, logicamente, o oferecimento da denúncia presume e pressupõe a rescisão prévia do acordo pelo juízo competente, diferentemente do que

⁷⁴ Nesta linha é o Enunciado 28 do CNPG.

⁷⁵ Anote-se, no entanto, que o item 21 da Orientação Conjunta nº 3 dispõe em sentido parcialmente diverso, asseverando: “Após o cumprimento das condições acordadas, e sua certificação nos autos pelo serventário da justiça, o membro oficiante requererá a extinção da punibilidade *perante o juízo de execução*.” Entendendo caber ao juiz da homologação rescindir e ao juiz da execução declarar extinta a punibilidade, DEZEM, Guilherme Madeira. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020, p. 109.

constava na Resolução 181.⁷⁶ Assim, deve o membro do Ministério Público primeiro pedir a rescisão do acordo. Apenas após o seu deferimento é que deve oferecer denúncia. Na prática, o membro do Ministério Público pode optar por oferecer a denúncia *no mesmo ato* em que solicita a rescisão do acordo. No entanto, o juiz somente analisará a denúncia *se e quando* decidir pela rescisão do acordo. Logicamente a rescisão do acordo será questão prejudicial ao recebimento da denúncia, ainda que o membro do Ministério Público resolva ofertar a denúncia juntamente com o pedido de rescisão.

Questão que surgirá é o que fazer se o juiz discordar e não rescindir o acordo. Nesse caso, diante da omissão do art. 581, inc. XXV, deverá o Ministério Público interpor apelação com base no art. 593 inciso II. Tal recurso terá efeito devolutivo, mantendo-se o acordo íntegro até decisão do tribunal. Nesse ínterim, a prescrição também estará suspensa. Da mesma forma, se o juiz rescindir o acordo, o interessado poderá apelar da decisão, com base no mesmo dispositivo, também sem efeito suspensivo.

6. Direito Intertemporal

Tem havido divergência sobre a aplicação do ANPP no tempo, ou seja, sua aplicação para fatos delitivos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019. Para primeira posição, o art. 28-A teria caráter misto – de norma processual e penal – em razão da extinção da punibilidade prevista. Nesse sentido, retroagiria para delitos cometidos antes da entrada em vigor da lei, nos termos do art. 5º, inc. LX, da Constituição, desde que preenchidos os seus requisitos. Dentro desta posição, há variantes quanto ao grau de retroatividade, alguns entendendo que se aplicaria apenas se não recebida a denúncia (enunciado 20 do CNPG), outros até a sentença⁷⁷ ou mesmo após a sentença penal recorrível.⁷⁸ Para outros a norma possui caráter processual, aplicando-se apenas para feitos em que ainda não houve denúncia.

Segundo nos parece, o instituto do ANPP, embora em seus aspectos essenciais seja instituto de ordem processual, no tocante às suas consequências possui caráter material, diante da possibilidade de extinção da punibilidade, devendo, assim, retroagir. Traduz-se “em uma providência de ordem processual penal (...) que pode conduzir a uma consequência penal material – a extinção da punibilidade”.⁷⁹ Essa posição está em linha com o entendimento do Plenário do STF, no tocante aos institutos despenalizadores da Lei 9099. Naquela ocasião o Supremo afirmou que tais mecanismos afastam a própria incidência da sanção penal e asseverou que “as

⁷⁶ Referida Resolução previa que o Ministério Público poderia *imediatamente* oferecer a denúncia (art. 18, §9º). Tal previsão possuía fundamento na ausência de suspensão do prazo prescricional na época daquela resolução e no risco de prescrição, caso não se ofertasse imediatamente a denúncia. Esse risco não existe mais com a nova lei, diante da suspensão do prazo de prescrição durante o acordo, razão pela qual não se previu mais a possibilidade de oferta imediata de denúncia.

⁷⁷ Nesse sentido, ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal..., p. 178; LOPES Jr., Aury; JOSITA, Higyra. *Questões polêmicas do acordo de não persecução penal...*; MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso...*

⁷⁸ QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime...

⁷⁹ Voto do Ministro do STF Moreira Alves no HC 74305, Rel.(a): Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1996.

prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata”.⁸⁰ No entanto, o mesmo STF entendeu que há um limite a tal incidência retroativa: a existência de sentença condenatória. Segundo decidiu o Plenário do STF, uma vez condenado o réu, torna-se inviável a realização dos fins para os quais tais mecanismos foram concebidos, qual seja, evitar o processo, a prolação de sentença condenatória e a imposição de pena privativa de liberdade. Segundo o Supremo, há limites à aplicação retroativa da *lex mitior* “quando a lei posterior, malgrado retroativa, (...) a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal”.⁸¹ Esse limite de incidência da norma material mais benéfica decorre da própria natureza destes mecanismos consensuais. Portanto, como afirmou o Ministro Celso de Mello, “a existência de decreto condenatório, ainda que recorrível, atua como causa obstativa da aplicação do instituto”, não havendo mais a possibilidade de invocação útil da norma que prevê o mecanismo consensual.⁸²

Portanto, a conclusão é que, nada obstante retroativa, a aplicação do ANPP aos fatos anteriores dependerá se houve ou não sentença condenatória no dia em que entrou da Lei 13.694 – ou seja, 23 de janeiro de 2020.⁸³ Assim: (i) para os processos que na data da entrada em vigor da lei não tiverem sentença prolatada, caberá o ANPP; (ii) para aqueles processos em que, na data da entrada em vigor, já havia sentença condenatória prolatada, não caberá o ANPP.⁸⁴

7. Conclusão.

O ANPP irá revolucionar a persecução penal nacional, ao permitir a filtragem de uma ampla gama de persecuções, de baixa e média gravidade. Trata-se de um negócio jurídico processual cuja finalidade é evitar o processo, sem reconhecimento de culpa, visando desafogar o Judiciário e evitar a estigmatização do investigado pelo processo e pela sentença condenatória. Inclui-se dentro do modelo consensual, ao lado da transação e da suspensão condicional do processo, criando um microssistema. Os requisitos,

⁸⁰ STF, Inq 1055 QO, Rel.(a): Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 24/04/1996.

⁸¹ STF, HC 74305, Rel.(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 09/12/1996.

⁸² Voto no HC 74463, Rel.(a): Celso de Mello, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996.

⁸³ Nesse sentido, quanto à suspensão condicional do processo, cf. STF, HC 75518, Rel.(a): Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 04/11/1997.

⁸⁴ Recentemente o STJ negou a aplicação do ANPP se houver condenação confirmada por Tribunal de segundo grau (STJ, Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial n. 1.668.298/SP, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 26.5.2020, publicado no DJ em 3.6.2020)

condições e procedimento do ANPP foram regulados pela Lei 13.964, visando dar segurança aos operadores e melhor tutelar os direitos do imputado. A análise da natureza jurídica do acordo – negócio jurídico processual –, assim como a constatação da existência de um microsistema e de um verdadeiro modelo de justiça consensual são essenciais para se compreender devidamente o seu âmbito de alcance e sua extensão. É certo que o ANPP ainda passará por um lento processo de amadurecimento e decantação. De qualquer sorte, as estruturas iniciais do instituto já estão delineadas, cabendo à doutrina e à jurisprudência definir e superar alguns outros pontos divergentes, visando conferir ainda mais segurança aos operadores e ao próprio instituto.