

Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal

Sauvei Lai*

Sumário

I. Introdução. II. Direito Intertemporal. III. Requisitos. IV. Inaplicabilidade. V. Natureza jurídica. VI. Condições. VII. Dupla aceitação defensiva. VIII. Homologação judicial. IX. Devolução para reformulação. X. Recusa de homologação. XI. Cumprimento. XII. Descumprimento. XIII. Comunicação à vítima. XIV. Conclusões.

I. Introdução

A Lei nº 13.964/2019 inseriu o acordo de não persecução penal (ANPP) no novel art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP), inspirado no *plea bargaining* norte-americano¹ e em institutos europeus semelhantes², que não são objeto desse estudo.

No Brasil, em linhas gerais, o ANPP consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público (MP) e o investigado com seu defensor (§3º) nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, na qual a lei comine pena mínima inferior a 4 anos, mediante o cumprimento de determinadas condições (incisos I a V), decretando-se, ao final, a extinção de punibilidade (§13) e, conseqüentemente, se evitando a deflagração da ação penal e a reincidência (enunciado nº 25 do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, doravante CNPG).

Da mesma forma que na transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995, vislumbra-se mitigação do princípio da obrigatoriedade do art. 28 do CPP (STF, RE 795.567/PR), e não uma exceção. Com efeito, o referido princípio deve ser interpretado como um verdadeiro dever do MP de agir, seja denunciando (visão clássica e tradicional do processo penal), seja acordando, não podendo se falar neste último caso em omissão ou desídia do *Parquet*.

* Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Processo Penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ). Membro do grupo de trabalho da sub-relatoria revisora do projeto do novo Código de Processo Penal (CPP).

¹ Brady v. United States, disponível em <https://www.supremecourt.gov/>.

² Roxin, Claus. LA PROHIBICIÓN DE AUTOINCRIMINACIÓN Y DE LAS ESCUCHAS DOMICILIARIAS. Tradução de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi, 2008, p. 40-44.

II. Direito Intertemporal

Neste ponto, é fundamental reconhecer a natureza híbrida ou mista do ANPP, considerando seu eventual cumprimento como causa extintiva de punibilidade (§13) e, *ipso facto*, prevalecendo sua característica penal (STF, RHC 115.563/MT) com a obrigatória retroatividade (5º, XL da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Destarte, conforme o enunciado nº 20 do CNPG, o ANPP abarcaria as investigações e os processos em curso até o recebimento da denúncia, porque a lei usa a expressão “investigado”. Ousamos discordar, entendendo que a aludida benesse alcança processos, nos quais haja desclassificação ao seu cabo, por ex. de roubo para furto simples (vide súmula nº 337 do STJ), inclusive com condenação transitada em julgado (art. 66, I da LEP e súmula nº 611 do STF), competindo ao Juízo de execução abrir vista ao órgão do MP com atribuição para o propor.

Questão interessante seria a hipótese de condenado com pena já cumprida integralmente. Possuiria interesse no ANPP? Acreditamos que sim, para afastar a reincidência de sua Folha de Antecedentes Criminais (FAC), semelhante à ação de reabilitação do art. 93 do CP c/c art. 743 do CPP, porém, a pena acordada seria absorvida e detraída da pena executada (art. 42 do CP), se (a provavelmente) mais gravosa. Nesse sentido, considerar-se-iam adimplidas as condições de imediato e, assim, viabilizar-se-ia a decretação da extinção de punibilidade e o afastamento da reincidência.

III. Requisitos

Os requisitos do ANPP estão insculpidos no *caput*: 1) confissão formal e circunstancial; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos; e 3) que a medida seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Note-se que a lei cuidou de infração penal (englobando contravenção e crime) sem violência ou grave ameaça. Essa violência constitui aquela contra pessoa (e não contra bem, como no caso de furto qualificado pela destruição de obstáculo do art. 155, §4º, I do CP) e intencional, permitindo o emprego do instituto no caso de homicídio culposo do art. 121, §3º do CP (enunciado nº 23 do CNPG). Ademais, a pena mínima inferior a 4 anos leva em conta as causas de aumento e de diminuição de pena (§1º), como, por exemplo, as da tentativa do art. 14, II do CP e do tráfico privilegiado do art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006, as das qualificadoras do art. 155, §4º do CP e as dos concursos de crimes dos arts. 69 e seg. do CP.

Pensamos que a conexão ou continência (art. 76 e art. 77 do CPP) com crime violento ou grave ameaça obstaría o ANPP, ainda que o somatório esteja no patamar legal, sob o fundamento de ausência do requisito subjetivo da suficiência para reprovação e prevenção de crime, que está também no *caput* e do qual trataremos a seguir.

De outro lado, na hipótese, a conexão ou continência com infração de menor potencial ofensivo (IMPO), vale lembrar a jurisprudência do STJ (RHC 84.633/RJ) que afasta os benefícios da Lei nº 9.099/1995, caso a soma das penas máximas

ultrapasse 2 anos (art. 61 da aludida Lei), mas não o ANPP, que contempla a pena mínima inferior a 4 anos.

Em seguida, o CPP reclama a confissão formal e circunstanciada do investigado como pressuposto do ANPP. Confissão formal implica a sua realização perante autoridade pública, seja policial, seja do MP, reduzida a termo e subscrita. Aliás, a mesma deve ser circunstanciada (art. 41 do CPP), vale dizer, com a especificação das principais características (de tempo, lugar, meio de execução etc.) da infração sobre a qual versa o acordo, sendo relevante para traçar os limites objetivos (do fato principal) de eventual formação da coisa julgada (art. 95, IV do CPP c/c art. 503 do CPC). A confissão qualificada – em que se alega uma causa de absolvição, como exculpante – reputamos imprestável à concessão dessa benesse, não obstante súmula nº 545 do STJ, que a reconhece como atenuante do art. 65, III, d, do CP na fixação da pena, caso o Juiz a use na formação de sua convicção condenatória, situação bem diversa da presente, na qual se oferece um benefício pré-processual.

Mesmo que o investigado não tenha confessado no procedimento apuratório, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo MP, a fim de iniciar a negociação do ANPP com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o *Parquet* (art. 4º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020). Essa notificação, em fase pré-processual, não pode se confundir com a intimação judicial dos arts. 370 e seg. do CPP. À vista disso, pode ser por qualquer meio, preferencialmente eletrônico (art. 6º, §1º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020), e em caso de não ter havido resposta ou efetivo contato, apesar da tentativa, resta autorizada notificação por Diário Oficial do MP (art. 6º, §1º da Resolução Conjunta GPGJ/ CGMP nº 20/2020).

Por fim, as condições negociadas no ANPP precisam se revelar suficientes e necessárias para reprovação e prevenção do crime (leia-se infração penal), objeto do negócio jurídico. Trata-se de expressão subjetiva que demanda, indiscutivelmente, contornos mais explícitos e baseados no caso concreto, e não da gravidade abstrata em si do delito. Tomemos como exemplo o crime de corrupção passiva do art. 317 do CP, em que haja desvio de milhões de reais em detrimento da saúde pública. As condições do ANPP dos incisos I a IV (como prestação de serviço comunitário e/ou prestação pecuniária) não servirão de reprimenda adequada, tampouco de efeito inibitório para a prática de novas corrupções, indicando (errada e indevidamente) que esse tipo de crime compensa.

IV. Inaplicabilidade

A esta altura, devemos diferenciar os requisitos (*caput*) das hipóteses de inaplicabilidade (§2º) do ANPP, nas quais a lei simplesmente veda sua incidência.

A lei impede, objetivamente, o ANPP: 1) quando cabível transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (§2º, I), ou seja, infração de menor potencial ofensivo (IMPO), porquanto esta é mais benéfica para o autor do fato; 2) quando o investigado

for reincidente (não excluindo o tecnicamente primário do art. 64, I do CP) ou se houver indicação de conduta criminal habitual (frequente), reiterada (mais de uma vez) ou profissional (como meio de vida), exceto se as infrações forem insignificantes (§2º, II), melhor explicando, uma IMPO, segundo enunciado nº 21 do CNPG, e não a adoção do princípio da bagatela, que afastaria a tipicidade material e qualquer tipo de persecução estatal, inclusive através do ANPP; 3) quando tenha usufruído nos últimos 5 anos ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo (§2º, III); e 4) quando se cuidar de violência doméstica e familiar ou for contra mulher por razões da condição feminina (§2º, IV).

Parece sintomático que haja, outrossim, uma vedação implícita para crimes que sejam mais graves do que uma mera ameaça (art. 147 do CP) em situação de violência doméstica e familiar, como o hediondo do art. 1º, parágrafo único, II da Lei nº 8.072/1990 c/c art. 16 da Lei nº 10.826/2006, como se reputou no enunciado nº 22 do CNPG. Pode se fundamentar no princípio da razoabilidade. De fato, não é concebível tratar com maior rigor conduta menos gravosa, vedando-se a benesse para ameaça, mas a deferindo para porte ilegal de arma de uso restrito ou proibido. Todavia, caso se enxergue eventual interpretação *in malam partem*, basta negar o ANPP por falta do requisito subjetivo da suficiência e da necessidade para repressão e prevenção do crime. A distinção entre requisitos (*caput*) e inaplicabilidades (§2º) ganha relevo diante da recusa de proposta de ANPP e do reexame pelo órgão superior do MP (§14), que, apesar da omissão legal, pressupõe notificação do investigado pelo MP, que não se confunde, repita-se, com intimação dos art. 370 e seg. do CPP e, portanto, pode ser por qualquer meio, preferencialmente eletrônico (Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020). Pois bem, o MP recusa, quando o investigado não preenche os requisitos do *caput*, cabendo notificá-lo, para fins do §14º. Por sua vez, a inaplicabilidade do §2º consiste em uma vedação legal, uma não incidência do benefício naquelas hipóteses, isto é, a lei afasta e exclui essa possibilidade, não havendo discricionariedade de se recusar ou não por parte do *Parquet* e, consequentemente, sendo inadmissível a faculdade do §14.

V. Natureza jurídica

O ANPP representa um verdadeiro benefício regrado – desde que preenchidos os requisitos e que não incida hipóteses de inaplicabilidade –, na medida em que se evita a deflagração da ação penal, não gerando reincidência (§13) nem constando das certidões criminais (§12), equivalente à transação penal (art. 76, §4º da Lei nº 9.099/1995). O CNPG preferiu classificá-lo como uma faculdade regrada por parte do MP no enunciado nº 19 e não um direito subjetivo – sobretudo com o requisito altamente abstrato da suficiência e da necessidade da medida –, como alguns tentarão interpretar do mesmo jeito que o fazem na transação penal e na suspensão condicional do processo do art. 76 e do art. 89 da Lei nº 9.099/1995, apesar da orientação do STF (HC nº 84.342/RJ).

Por ser um benefício legal, não resta dúvida quanto à sua extensão ao crime de ação penal privada, como por exemplo de dano qualificado por motivo egoístico do art. 163, *in fine*, IV c/c art. 167 do CP. Se o crime mais grave (de ação pública) é

suscetível de tal benesse, o menos grave (de iniciativa privada) também será, sob pena de transgressão do princípio da proporcionalidade. Não se pode tratar com mais severidade situação menos reprovável, raciocínio aplicável também na transação penal do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 pelo STJ (Corte Especial, AP 634/RJ), cabendo ao querelante propor o ANPP. Contudo, não vislumbramos óbice na oferta pelo MP, a título de *custos legis* (art. 257, II do CPP), diante da recusa do particular.

VI. Condições

O CPP elenca 5 condições (art. 28-A, *caput*, incisos I ao V) – autênticas obrigações –, que são negociadas e cumpridas, cumulativa ou alternativamente, pelo investigado em troca da decretação da extinção de punibilidade do §13, a saber: 1) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo (inc. I), inclusive no caso de desinteresse daquela, mediante comprovação em qualquer hipótese; 2) renúncia a instrumento (meio usado na infração penal), produto (objeto obtido pela mesma) ou proveito (lucro convertido do produto) do crime, indicados expressamente pelo MP (inc. II); 3) prestação de serviço comunitário pelo tempo da pena mínima diminuída de 1 a 2/3 em local indicado pelo Juízo da execução, na forma do art. 46 do CP, isto é, “tarefas gratuitas” (inc. III), embora consideremos isso uma intromissão indevida do Juiz na vontade das partes negociantes; 4) prestação pecuniária à entidade social indicada pelo Juízo da execução, preferencialmente com função de proteger bens semelhantes aos lesados, nos moldes do art. 45 do CP, ou seja, entre 1 e 360 salários-mínimos (inc. IV); e, derradeiramente, 5) condição facultativa, desde que proporcional e compatível com a infração (inc. V), traduzindo, em patamar distante de uma eventual pena e tendo pertinência e adequação com o crime e a situação pessoal do investigado, *verba gratia* frequentar 10 reuniões dos Alcolólicos Anônimos durante 3 meses, se investigado por embriaguez ao volante do art. 306 da Lei nº 9.503/1997.

Fiquemos atentos à recomendação do art. 5º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020, que sugere a inserção de condições de atualização obrigatória dos contatos pelo investigado, de comprovação do cumprimento das demais condições e de justificativa no caso de inobservância em 10 dias, independentemente de intimação.

VII. Dupla aceitação defensiva

A versão final da proposta negociada é escrita e assinada pelo membro do MP, bem como pelo investigado e seu defensor (§3º), devendo ser encaminhada ao Juízo competente para homologação. Destaca-se a dupla aceitação defensiva. Em caso de discordância, considera-se frustrada a tentativa de ANPP.

Contudo, mesmo que a defesa o aceite – para não precluir a oportunidade desse benefício –, nada impede a impetração de qualquer ação de impugnação, como por exemplo *Habeas Corpus* por suposta atipicidade da conduta. Assim já se julgou na concordância da suspensão condicional do processo e no posterior manejo de HC contra o recebimento da denúncia (STF, HC nº 88.393-1/RJ).

VIII. Homologação judicial

Uma vez subscrita a proposta pelas partes do negócio jurídico, cabe ao Juiz – no caso, o das garantias do art. 3-C, XVII do CPP (suspensão pela ADI 6.299/DF) – se limitar à análise da voluntariedade do investigado (se houve vício de consentimento dos arts. 138 e seg. do Código Civil) e da legalidade do acordo (requisitos e inaplicabilidade do *caput* e §2º), não podendo decerto se imiscuir no “mérito ou no conteúdo” do negócio jurídico por não ser parte negociante, sob pena de violação da imparcialidade (art. 129, I da CR/1988), consoante enunciado nº 24 do CNPG.

A voluntariedade, sobretudo, é perquirida em audiência com oitiva do investigado na presença de seu defensor (§4º) e, por isso, é admissível que o ANPP seja negociado e homologado na audiência de custódia do art. 287 e art. 310 do CPP. Homologado, este é, então, enviado ao Juízo de execução, para o início e a fiscalização do cumprimento das condições (§6º), mas, como dito acima, nada impede inserir como condição facultativa (inc. V) o dever do investigado de começar a cumpri-las, independentemente de provocação (art. 5º, V da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP nº 20/2020).

IX. Devolução para reformulação

Dependendo da hipótese, o juiz pode reputar as cláusulas inadequadas (impertinentes e sem nexo com o caso concreto e a situação do investigado), insuficientes (módicos e escassos) e abusivas (excessivas), declinando os autos para o órgão do MP proponente, a fim de reformulá-las com nova dupla aceitação pela defesa (§5º). Fica um aviso, tal múnus judicial necessita de prudência e parcimônia, para não rasgar sua imparcialidade, intervindo como parte do negócio jurídico, algo que ele não é.

X. Recusa de homologação

No entanto, se não houver readequação bem sucedida das cláusulas, incumbe ao Juízo deixar de homologar o ANPP (§7º). Do mesmo modo, se ele detectar qualquer mácula na voluntariedade ou na legalidade do negócio jurídico (item VIII).

A consequência imediata da não homologação é o retorno dos autos ao MP, objetivando a complementação da investigação ou a deflagração da ação penal (§8º), porém qualquer das partes poderá recorrer em sentido estrito em 5 dias (novo art. 581, XXV c/c art. 586 do CPP).

XI. Cumprimento

O cumprimento das condições do ANPP é causa extintiva de punibilidade (§13º), competindo ao Juízo de conhecimento (e não da execução) proferir a decisão de natureza declaratória, aplicando-se analogamente o entendimento do STF (RE 795.567/PR) quanto à extinção de punibilidade da suspensão condicional do processo do art. 89, §5º da Lei nº 9.099/1995.

XII. Descumprimento

De outra sorte, desrespeitadas injustificadamente quaisquer condições avançadas, cabe ao Juízo da execução comunicar ao órgão do MP proponente para requerer a rescisão do ANPP perante o Juízo de conhecimento (§10º) – responsável pela prolação da sentença homologatória – com observância da ampla defesa e do contraditório. Procedimento também acolhido na rescisão da colaboração premiada do art. 4º da Lei nº 12.850/2013, conforme entendimento do STF (Petição 7.074/DF) e da Procuradoria-Geral da República (Procedimento Administrativo nº 1.00.000.016663/2017-47).

Rescindido judicialmente o ANPP, o *Parquet* oferecerá denúncia de imediato com utilização da confissão formal prestada no acordo (enunciado nº 27 do CNPG) e sem proposta de suspensão condicional do processo do art. 89 da Lei nº 9.099/1995 (§11º). Até porque a prescrição fica suspensa, enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal, nos moldes do novo art. 116, IV do CP.

De outra sorte, impende esclarecer que a condição parcialmente cumprida (por exemplo, de prestação de serviço comunitário) não serve para a detração do art. 42 do CP, pois não se trata de pena imposta e executada de modo cogente, mas sim de condição negociada, aceita e descumprida injustificadamente pelo indiciado, que não pode se beneficiar da sua própria torpeza, respeitando-se por similaridade a norma do art. 565 do CPP.

Um ponto intrigante é a descoberta superveniente do descumprimento de alguma condição, após a decisão declaratória da extinção de punibilidade (§13º). Poderia haver rescisão com efeito retroativo, desconsiderando aquela sentença? Cremos que sim, pois a decisão apenas reconhece um fato gerador – cumprimento das condições, que no caso inexistiu – e declara extinta a punibilidade, como ocorre em situação parecida na suspensão condicional do processo do art. 89, §5º da Lei nº 9.099/1995 (STF, HC 95.683/GO).

XIII. Comunicação à vítima

O §9º reconheceu o direito da vítima de ser comunicada dos principais atos do ANPP: da homologação judicial e de seu descumprimento. Como já há judicialização após a homologação, compete ao Juízo notificá-la, e não ao MP, podendo ser por meio eletrônico com aplicação por analogia do art. 201, §3º do CPP.

XIV. Conclusões

Por derradeiro, depreende-se que o ANPP:

1) Trouxe novos e gigantescos desafios e aumentou sobremaneira as atribuições do MP, inclusive administrativas (v. g., notificação do investigado, controle de prazo dos autos até o seu comparecimento ou não ao órgão etc.), e exigirá uma estrutura

(física e pessoal) à altura, bem como uma mudança de mentalidade de seus membros, se despindo do hábito acusatório, para uma nova era de negociação;

2) Consequentemente, a Justiça abandonará o processamento longo, custoso e desgastante dessas infrações penais (deixará de ouvir vítima e testemunhas, de interrogar réus, de elaborar sentenças complexas etc.), concentrando seus esforços nos crimes mais graves.

Novos tempos. Que estejamos preparados.

Rio de Janeiro, 2 de fevereiro de 2020.