

ALGUNS PONTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

SOME POINTS OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Alneir Fernando Santos Maia¹
Matheus Henrique Menezes Sabino²

Resumo: os institutos negociais no processo penal brasileiro decorrem da década de 90. Com o aperfeiçoamento das legislações existentes, foi incluído pela Lei nº 13.964/2019 o acordo de não persecução penal, que traz a ideia de um acordo formulado entre a defesa e o Ministério Público, com a participação imprescindível do juiz para verificação das condições, viabilidade e posterior homologação ou não do pactuado. As regras gerais e as formalidades devem ser observadas nos termos da legislação de regência, principalmente o rol das condições impostas que pressupõem habilidades importantes no momento da realização do pacto. Os direitos e garantias legais e constitucionais devem ser norteadores do acordo.

Palavras-chave: código de processo penal; pacote anticrime; acordo de não persecução penal; justiça negocial.

Abstract: The negotiations institute in the Brazilian criminal process are from the 90s. With the improvement of existing legislation, Law No. 13.964 / 2019 included the non-criminal prosecution agreement, which brings the idea of an agreement formulated between the defense and the Public Ministry, with the essential participation of the judge to verify the conditions, feasibility and subsequent approval or not of the agreement. The general rules and formalities must be observed under the terms of the governing legislation, especially the list of conditions imposed, which presupposes important skills at the time of making the pact. Legal and constitutional rights and guarantees must guide the agreement.

Keywords: penal procedure code; anti-crime package; non-criminal prosecution agreement; negotiation justice.

Sumário: Introdução. 1. Requisitos Necessário Para O Acordo De Não Persecução Penal. 1.1 Confissão Formal E Circunstancial Da Infração Penal. 1.2. Ausência Dos Requisitos Para Arquivamento Do Inquérito, Crime Sem Violência E Grave Ameaça, E Crime Com Pena Mínima Inferior A Quatro Anos. 3. Regras Gerais Para O Acordo De Não Persecução Penal. 4. Condições Para O Acordo De Não Persecução Penal .5. Formalidades Para O Acordo De Não

¹ Advogado; Mestre em Direito pela UFMG; Professor da Universidade FUMEC; Professor de Direito Penal da ESA-OAB/MG; Membro Comissão Direito Penal Econômico OAB/MG; Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP)

² Advogado; Pós-Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Estácio de Sá; Pós-Graduando em Direito Penal Econômico na PUCMINAS; Membro do Instituto de Ciências Penais (ICP)

Persecução Penal. 6. Momento Para Realização Do Acordo De Não Persecução Penal. Conclusão.

INTRODUÇÃO

A alegação do crescente aumento do número de violência que vem assolando o Brasil nos últimos tempos impôs aos gestores públicos a necessidade de reestruturação do sistema penal para combater o avanço da criminalidade. O enfoque principal visa o combate à corrupção que se instaurou nos últimos anos, bem como o desmantelamento das organizações criminosas.

Para isso, seria necessário o aperfeiçoamento e/ou reestruturação da legislação existente (Código Penal, Código de Processo Penal, Lei de Execução Penal, Lei de Crimes Hediondos, dentre outras normas) visando dar efetividade ao combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção (DEZEM, SOUZA, 2020, p. 101).

A partir disso, foi editado um projeto de lei que, após a tramitação legislativa, entrou em vigor no dia 23/01/2020, surgindo a Lei nº 13.964/19 (denominado Pacote Anticrime).

A legislação citada acima, além de diversas modificações, trouxe inovação no Título III do Livro I, do Código de Processo Penal (CPP), especialmente com a inclusão do art. 28-A, criando um instrumento “negocial” para a solução de questões penais, o denominado acordo de não persecução penal (ANPP).

O ANPP constitui um negócio jurídico processual, através do qual as partes, réu e Ministério Público, firmam acordo mediante o cumprimento de requisitos e condições a serem cumpridas, a fim de evitar a instauração do processo penal devido, sendo imprescindível a homologação judicial, situação na qual o juiz deve analisar as condições do acordo e a sua viabilidade.

A justiça negocial penal é uma tendência não só no direito brasileiro, a partir das reformas da legislação de processo penal e do sistema de justiça criminal, mas é operada em vários locais da América Latina.

No direito americano, guardadas as devidas proporções em relação ao nosso sistema, também se usa com frequência a negociação para a solução de questões criminais.

Diante do avanço do tempo e da evolução histórica do direito e da justiça, as formas de desburocratização tornaram-se mais acessíveis e nítidas para a solução consensual de conflitos. Em relação ao direito penal, busca-se a ideia de que a pena de restrição de liberdade (prisão)

não mais comporta *status* principal de sanção punitiva, atrelando-se à justiça negocial a garantir também o caráter da pena de natureza retributiva, preventiva e reeducativa.

As políticas de desencarceramento têm sido adotadas em vários países para evitar a segregação decorrente da prática de determinados crimes de “menor expressão”, digamos assim. No Brasil não poderia ser diferente.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci descreve que:

“Em diversos países, criaram-se vários instrumentos de política criminal para evitar o encarceramento de quem comete uma infração de menor expressão, admite o erro e pretende não mais delinquir.” (...)

Essa reforma atenua, ainda, mais o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, mas é o reflexo da nova política criminal assumida por diversas nações, da qual não deveria ficar por fora a legislação brasileira. (NUCCI, 2019, p. 123).

Os institutos negociais no processo penal brasileiro vêm desde a década de 90. A Lei nº 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, trouxe no seu artigo 76 o instituto da transação penal, bem como em seu artigo 89 a suspensão condicional do processo. Tais regramentos são harmônicos com a disposição contida no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Nesse contexto, nasceu também a Lei nº 12.529/2011 que previu o acordo de leniência, bem como a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850/2013), que regulamentou o instituto da “colaboração premiada”, hoje com redação dada pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime).

Conforme já citado alhures, o ANPP veio trazendo um *plus* ao direito negocial, no qual as partes transacionam com estipulação de cláusulas contratuais e abdicação de alguns direitos, característica clara dos acordos. O *Parquet* não prossegue com a persecução penal, enquanto o sujeito investigado abdica do próprio processo, garantia que lhe é assegurada constitucionalmente (como forma de responsabilização penal sem pena privativa de liberdade).

Essa possibilidade de evitar a aplicação ou o cumprimento de pena é reflexo de nova política criminal. Com a amplitude do acordo de não persecução penal, os horizontes se abriram e os efeitos do acordo, inclusive, vão além das possibilidades negociais até então existentes.

Como todo novo instituto, muitas controvérsias e lacunas estão surgindo e surgirão em decorrência da aplicação na prática do referido dispositivo inserido no Pacote Anticrime, sendo que alguns pontos serão debatidos neste artigo.

1. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

1.1. Confissão formal e circunstancial da infração penal

Inicialmente, sabemos que a confissão do suposto agente é requisito essencial para a aceitação do acordo.

O art. 28-A, *caput*, do CPP, dispõe que “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal (...)”.

Nessa senda, orientação fundamental para o acordo, que envolve uma questão tão complexa quanto a confissão, é de que ele deve ocorrer fora do ambiente judicial, diferentemente das outras hipóteses negociais alhures mencionadas.

A proatividade do advogado é fundamental para um bom acordo, pois depender do judiciário para uma convocação de audiência e deixar para o ambiente forense a lavratura do acordo pode limitar as possibilidades ou até mesmo inviabilizar a negociação.

Desse modo, o Ministério Público deve ser procurado para a discussão dos termos do acordo. Essa postura inclusive pode implicar em um aumento na confiança em relação as intenções do agente e uma ampliação das possibilidades de negociação.

Diante desse contexto a confissão é importante, pois somente o agente pode assumir a responsabilidade pelos fatos apurados, evitando que alguém o faça por ele.

Trata-se de uma negociação complexa. A própria confissão precisa ser negociada, bem como os seus termos. As provas até então apuradas devem ser sopesadas para fins de dimensionar a amplitude da confissão e a sua densidade.

A defesa e o Ministério Público devem ter atenção para o fato de que a confissão não advém de um interrogatório e muito menos de uma instrução processual. Assume-se o fato apenas como meio para a obtenção do acordo.

Dito isso, a confissão deve ter, nesse caso, um propósito único, qual seja, evitar os riscos de uma persecução penal, com futura condenação, colocando-se, na balança, os benefícios de obstar a investigação ainda em fase embrionária de apuração.

Pode soar polêmico, mas até mesmo em casos de inocência, mas lastreada no fato de não ter o agente provas robustas de sua tese defensiva, pode ocorrer a confissão. O contexto fático-probatório pode ser desfavorável ao agente e impulsionar a confissão, mas frise-se, apenas para fins do acordo.

Por isso ela é uma confissão especial ou circunstancial, com um fim próprio, exigindo-se dos envolvidos essa habilidade negocial.

Noutro norte, a confissão formal e detalhada por parte do investigado nos aponta duas questões importantes que devem ser discutidas.

Caso o investigado deixe de cumprir as condições estipuladas no ANPP, com posterior rescisão do acordo e oferecimento da denúncia, a confissão realizada poderá ser utilizada na fase processual/instrutória? E quando o sujeito em sua confissão delata terceira pessoa, poderá essa confissão ser utilizada contra este?

A resposta é simples. A confissão não poderá ser utilizada como prova na ação penal em nenhuma das hipóteses elencadas acima.

A utilização da confissão na ação penal (após a rescisão do ANPP) choca com os princípios constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, dispostos no art. 5º, incisos LIV³ e LV⁴, da CRFB/88.

Extrai-se da legislação em estudo que a confissão para a formalização do acordo é realizada extrajudicialmente perante o Ministério Público, ou seja, analogicamente equivale a confissão realizada na fase investigativa, atraindo, portanto, a regra insculpida no art. 155⁵, do CPP.

Ademais, “apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal” (CUNHA, 2020, p. 129).

Portanto, em síntese, a confissão não poderá ser utilizada como prova para eventual ação penal a ser deflagrada.

1.2. Ausência dos requisitos para arquivamento do inquérito, crime sem violência ou grave ameaça e crime com pena mínima inferior a quatro anos

Em primeiro lugar, constata-se que não sendo o caso de arquivamento do inquérito, poderia ser proposto o ANPP. Pondera-se aqui que antes de tudo cabe ao Ministério Público tal aferição, já que o art. 28 do CPP, com a redação dada pela Lei n 13.964/2019, é claro no sentido de que cabe a tal órgão o arquivamento do inquérito policial.

³ Art. 5º - LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

⁴ Art. 5º - LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁵ Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Em segundo lugar, o crime a ser confessado pelo sujeito de forma circunstanciada e detalhada, obrigatoriamente deverá ser sem violência e grave ameaça. O intuito do referido instituto negocial em comento visa evitar o encarceramento daqueles sujeitos que cometem uma infração de menor expressão, conforme salientado na introdução.

Em terceiro lugar, o crime deve ter pena mínima inferior a quatro anos. Para aferição da pena mínima, o artigo 28-A, §1º, do CPP, dispõe que “serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.”

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

“para encontrar o mínimo, deve-se aplicar a menor diminuição e o máximo aumento. Ilustrando: se um delito possui a pena mínima em abstrato no montante de 5 anos, mas foi praticado na forma tentada, terá uma diminuição de 1/3 a 2/3. Para o cálculo do benefício (para mínima de 4 anos), deve-se usar a menor diminuição (porque ela pode ser usada pelo juiz); então retira-se de 5 anos a quantia de 1/3, totalizando 3 anos e 4 meses (pode-se usar o acordo), caso a pena mínima seja de 3 anos, em tese caberia o acordo, mas há uma causa de aumento de 1/6 a 2/3, deve-se usar esta última; a pena vai para 5 anos (inviável o acordo).” (NUCCI, 2019, p. 202)

Portanto, infere-se que os requisitos descritos no *caput* do art. 28-A, do CPP, obrigatoriamente devem ser preenchidos de forma cumulativa, sendo certo que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a realização do ANPP.

2. REGRAS GERAIS PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Além dos requisitos imprescindíveis citados no tópico anterior para a formalização do ANPP, é necessário observar outras regras dispostas no § 2º, do art. 28-A, do CPP.

O inciso I, descreve que não cabe o ANPP se for possível a transação penal. Trouxe aqui o referido inciso a separação entre as infrações comuns e as de menor potencial ofensivo de competência do Juizado Especial Criminal, para que cada um dos institutos negociais pertinentes possa ser oferecido pelo órgão ministerial competente, já que possuem ritos e legislações diferentes.

É vedada ainda a aplicação do referido acordo de não persecução penal quando o investigado for reincidente ou se houver algum elemento probatório que indique conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificante as infrações penais pretéritas (inciso II).

Conforme já apontado, tal pretexto segue a política criminal adotada pelo acordo, ou seja, visa evitar o encarceramento daqueles sujeitos que cometem uma infração de menor expressão e que sejam, em regra, primários.

No entanto, pondera-se que tal inciso deve ser analisado com a devida atenção, já que a análise da “conduta habitual, reiterada ou profissional” será baseada em documentos (em regra, certidão de antecedentes ou folha de antecedentes criminais), podendo gerar interpretações diferenciadas das referidas condutas.

Guilherme de Souza Nucci, pondera que:

“Ressalta-se que o fator impeditivo da reincidência somente deve dar-se em crime doloso, não envolvendo delito culposo. Em segundo, apesar de primário, o investigado por ter maus antecedentes pode ter o ANPP negado. Entretanto, a norma não aponta a simples pontuação em maus antecedentes; vai além, demandando habitualidade delitiva (não confundir com o crime habitual), reiterada (sucessivas infrações) ou profissional (pessoa que vive da prática de crimes). Noutros termos, a simples verificação de haver maus antecedentes não configura um empecilho para o acordo de não persecução penal. Torna-se imperioso que os maus antecedentes indiquem, com clareza, a habitualidade delitiva, a reiterada prática de crimes ou o profissionalismo do agente; nem sempre quem tem antecedentes preenche esses três fatos.” (NUCCI, 2019, p. 103)

Prosseguindo, é defeso a realização do ANPP se o sujeito já tiver sido beneficiado com o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração (inciso III).

Nesse ponto, a vedação de aplicação do acordo de não persecução penal nos casos em que o sujeito já foi beneficiado com transação penal nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, contradiz o disposto no inciso II, já que tal instituto da transação é aplicada apenas aqueles delitos de menor potencial ofensivo, encaixando-se, portanto, na segunda parte do inciso anterior: “exceto insignificantes as infrações penais pretéritas”.

Ou seja, percebe-se que tal vedação foge a política criminal adotada pelo novo artigo inserido no Código de Processo Penal, não se justificando o impedimento supra.

O inciso IV proíbe a realização do ANPP nos casos de violência doméstica ou familiar, praticados contra a mulher por razões da condição do sexo feminino, vedação essa, também presente naqueles institutos negociais da Lei nº 9.099/95.

Por fim, cabe esclarecer que o disposto no *caput* do art. 28-A, do CPP deve estar em estrita consonância com as disposições do § 2º, do mesmo dispositivo legal, para aferição da aplicação do ANPP.

3. CONDIÇÕES PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O *caput* do artigo 28-A, do CPP, traz um rol de condições a serem ajustadas entre as partes para a realização do acordo.

Iniciando, o inciso I dispõe sobre a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Sabe-se que muitos dos réus não possuem condições de se encaixar em tal obrigação. Por isso, importante a exceção apresentada pelo legislador na segunda parte do referido inciso, que abarcaria não só os réus pobres sem condições de reparação do dano, mas também aqueles casos em que por algum motivo externo tornou-se impossível a restituição da coisa à vítima, medidas que serão avaliadas no momento da confecção do acordo.

A renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo MP como instrumento e produto ou proveito do crime (inciso II) é parte de uma das condições, devendo-se averiguar que, de fato, trata-se apenas de produtos ou proveito oriundo do crime em discussão, com renúncia voluntária a eles pelo agente.

Infere-se, também a possibilidade de aplicação de prestação de serviço à comunidade (inciso III), ou seja, trata-se de pena restritiva de direito que será fixada pelo período correspondente à pena mínima do crime, diminuída de um a dois terços, observada a forma prescrita no art. 46 do Código Penal.

Já o inciso IV, quando estabelece o pagamento de prestação pecuniária, deve guardar correspondência com o bem jurídico igual ou semelhante aos aparentemente lesados pelo delito, em observância ao art. 45 do Código Penal. Pondera-se que a análise dessa condição deve ser minuciosa, uma vez que dependendo do bem jurídico lesado o sujeito não conseguirá arcar com a prestação pecuniária no valor correspondente.

Por fim, o inciso V deixa a cargo do Ministério Público a estipulação de outras condições, por prazo determinando, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ora, essa última condição nega vigência ao princípio da legalidade ao atribuir ao *Parquet* a possibilidade de inserir qualquer condição como proporcional. *Data venia*, tal condição fere o art. 1º⁶, do Código Penal e art. 5º, inciso XXXIX⁷, da CRFB/88, na medida em que deixa em aberto para o Ministério Público a criação aleatória de penas, vedada pela legalidade penal.

Nesse sentido, Cezar Roberto Bitencourt ensina que:

“em termos bem esquemáticos, pode-se dizer que, pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência desse fato exista uma lei definindo-o como crime e cuminando-lhe a sanção correspondente. A lei deve definir com precisão e de forma cristalina a conduta proibida. Assim, seguindo a orientação moderna, a Constituição brasileira de 1988,

⁶ Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁷ Art.5º - XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

ao proteger os direitos e garantias fundamentais, em seu art. 5º, inc. XXXIX, determina que ‘não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal’.

(...)Para que o princípio da legalidade seja, na prática, efetivo, cumprindo com a finalidade de estabelecer quais são as condutas puníveis e as sanções a elas cominadas, é necessário que o legislador penal evite ao máximo o uso de expressões vagas, equívocas ou ambíguas. Nesse sentido profetiza Claus Roxin, afirmando que: ‘uma lei indeterminada ou imprecisa e, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma autolimitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer. Ademais, contraria o princípio da divisão dos poderes, porque permite ao juiz realizar a interpretação que quiser, invadindo, dessa forma, a esfera do legislativo’.

Assim, objetiva-se que o princípio de legalidade, como garantia material, ofereça a necessária segurança jurídica para o sistema penal. O que deriva na correspondente exigência, dirigida ao legislador, de determinação das condutas puníveis, que também é conhecida como princípio da taxatividade ou mandato de determinação dos tipos penais”. (BITENCOURT, 2019, p. 100)

Apesar da crítica, essa condição, em alguns casos, pode ser benéfica ao acusado, já que há a possibilidade de se criar hipóteses que se enquadrem no perfil do agente da infração.

O Ministério Público deve ter prudência na aplicação dessa condição, estipulando condições que realmente sejam proporcionais, adequadas e justas ao delito que o sujeito está sendo investigado, a fim de evitar a prática de acordo abusivo e desproporcional.

Conforme explanado no tópico da introdução, o ANPP necessita de habilidades negociais, já que a abertura imposta pelo referido inciso citado acima pode ser usada de forma favorável ao investigado. Exemplificando, se o sujeito é dentista, poderia oferecer sua mão de obra gratuitamente para atendimento a uma das entidades carentes designadas pelo MP, no período estipulado pelo acordo entre as partes, ou seja, deve-se utilizar tudo que está ao seu alcance para estabelecer a melhor condição para o agente investigado.

4. FORMALIDADES PARA O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O artigo 28-A, § 3º, do CPP prevê que o acordo será formalizado por escrito e firmado entre as partes (MP, investigado e defensor), com designação de audiência para homologação do pactuado, momento em que o juiz deve avaliar a voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, da legalidade do ANPP (§ 4º).

O controle da legalidade do acordo é realizado pelo magistrado, que se considerar inadequada, insuficiente ou abusiva as condições impostas, devolverá o instrumento ao Ministério Público, com a concordância do investigado e seu defensor, para que seja reformulada a proposta (§ 5º). A ausência de requisitos legais e a não adequação do acordo

(reformulação), poderá constituir motivo para recusa da homologação à proposta, nos termos do § 7º, dando-se continuidade aos atos processuais ou investigativos (§ 8º).

A atividade judicial, *in casu*, deverá ser exercida pelo juiz de garantias que irá decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal, quando formalizado durante a fase investigativa, nos termos do art. 3º-B, inciso XVII,⁸ do CPP.

Apenas para esclarecer do que se trata o chamado juiz de garantia, ele foi criado, em síntese, para evitar um comprometimento do magistrado competente para a condução e julgamento da ação penal, ou seja, que será distinto daquele responsável pela supervisão e atuação na fase de investigação criminal (juiz de garantias).

Entretanto, os artigos do CPP que tratam sobre o juiz de garantias (art. 3º-B ao 3º-F, do CPP) foram suspensos pela concessão de medida liminar pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Fux na análise das ADI's 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Com a suspensão do juiz de garantias pelo Supremo Tribunal Federal (STF) a política adotada por este instituto influencia no caso de descumprimento pelo sujeito do ANPP. Ora, em caso de descumprimento do acordo entre as partes, o sujeito investigado será julgado pelo mesmo juiz que foi responsável pela homologação do acordo, ou seja, o juiz da instrução terá conhecimento do conteúdo da composição, evidenciando aqui um ponto preocupante, ainda mais quando se trata da necessidade de confissão do acusado para confecção do pacto.

Retomando a exposição, se o acordo estiver dentro da legalidade, o juiz homologará e devolverá ao Ministério Público, para que este inicie a execução perante o juízo penal (§ 6º), com intimação da vítima para tomar ciência do que foi pactuado (condições) pelas partes (§ 9º).

Deve ser esclarecido que a celebração do acordo e o seu cumprimento não constarão na certidão de antecedentes criminais, exceto para o fim previsto no inciso III do § 2º do art. 28-A (§ 12), bem como que o cumprimento integral do acordo acarreta a extinção da punibilidade (§ 13º).

Noutro norte, quanto ao descumprimento do pactuado, cabe destacar que desrespeitada qualquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juiz para fins da sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (§ 10º). O descumprimento do acordo gera reflexos no oferecimento da suspensão condicional do processo, já que poderá ser utilizado pelo *Parquet* como justificativa para o não oferecimento do referido instituto previsto na Lei nº 9099/95 (§ 11º).

⁸ Art. 3-B -XVII – decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação;

Por fim, a única hipótese de encaminhamento dos autos para o órgão superior do Ministério Público, seria no caso de recusa por parte do *Parquet* em propor o ANPP, na forma do art. 28⁹, do CPP.

5. MOMENTO PARA A REALIZAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Uma das polêmicas que envolve o ANPP seria o momento para a realização do acordo, já que a legislação é omissa nesse sentido.

A discussão sobre o marco de viabilidade do acordo é variável, já que alguns entendem que poderia ocorrer até antes do recebimento da denúncia, outros até o início da instrução, ainda até a sentença, e até a condenação em segundo grau etc.

Inicialmente, ao analisarmos detidamente a norma, percebe-se que o art. 28-A trata de uma norma penal mista, já que criou no seu § 13^o uma causa extintiva da punibilidade, ou seja, possui conteúdo de norma penal (material) e de norma processual penal. Ao adquirir essa natureza, automaticamente é submetida ao princípio da retroatividade benéfica, disposto no art. 5^o, inciso XL, da CRFB/88 e art. 2^o, do CP. Veja-se:

“Art. 5^o

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;”

“Art. 2^o - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.”

Ao dissertar sobre o tema, Eugênio Pacelli aduz que o acordo deverá ser realizado na fase pré-processual:

⁹ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1^o Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 2^o Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

“[...] A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.

Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada (com remessa ao órgão superior interno do parquet em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal)”. (PACELLI, 2020, p. 116)

Por outro lado, Aury Lopes Junior, entende no sentido de retroatividade para atingir processos em curso na data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, com denúncias já recebidas, entretanto, sem sentença prolatada. Vejamos:

“1ª) Cabe ANPP para processos em curso na data da entrada em vigor da Lei n. 13.964/19, com denúncias já recebidas, mas sem sentença prolatada? Sim. Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei. Nesse sentido, a doutrina de MAZLOUM:

Iniludível, pois, a natureza híbrida da norma que introduziu o acordo, trazendo em seu bojo carga de conteúdo material e processual. O âmbito de incidência das normas legais desse jaez, que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, deve ter aplicação alargada nos moldes previstos no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.” Nesta senda, entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequente cumprimento das condições convencionadas”. (JUNIOR, 2020)

Diante das divergências de entendimento apresentadas e sustentadas em diversos artigos e livros, vê-se a necessidade de acompanhar os entendimentos dos Tribunais.

Especificamente o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, editou Portaria Conjunta nº 20/PR-TJMG/2020¹⁰ que dispõe sobre a aplicação do ANPP e determina aos servidores que realizem seleção e triagem dos processos nos quais, em tese, o referido acordo seria viável, dentre eles possibilitando a identificação dos processos “ainda não sentenciados” e “inquiridos em andamento”.

¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/acordo-de-nao-persecucao-penal.htm#.X4grF9BKlUk>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.

Portanto, até a formação de entendimento em contrário, o Tribunal Mineiro estaria caminhando para a mesma tese levantada por Aury Lopes, ou seja, seria possível a aplicação do ANPP aos processos em curso na data da entrada em vigor da Lei nº 13.964/19, com denúncias já recebidas, entretanto, sem sentença prolatada.

Pondera-se que esse ponto sensível do acordo de não persecução penal deve ser analisado com cautela, na medida em que ainda há discussão de até qual fase processual poderia ser atingido pela retroatividade a aplicação do ANPP. A par das polêmicas acerca do momento de aplicação do ANPP, em razão de sua natureza mista e seu caráter benéfico, talvez até mesmo nos casos de processo em execução seja cabível a sua incidência.

CONCLUSÃO

Pelo fato de ser uma relação negocial, ambas as partes devem pesar os custos de sua prestação no acordo, já sabendo que perdas podem ocorrer. O importante é saber: vale a pena essa perda?

Nesse ponto cabe a defesa fazer um trabalho de análise de risco e de possibilidades de condenação, de modo a instruir o agente acerca de todas as consequências, tanto do acordo quanto de possível condenação.

Portanto, o aspecto negocial do acordo reflete uma verdade circunstancial e não necessariamente uma verdade real.

Deve ser observado o arcabouço jurídico aplicável aos contratos, como, por exemplo a boa-fé objetiva e outros princípios contratuais basilares.

As teses defensivas e as provas para a absolvição, se não muito consistentes, podem ser um grande motivador para o acordo de não persecução penal.

Para a mensuração da robustez ou não das teses defensivas é de fundamental importância a investigação defensiva.

Essa investigação pressupõe a passagem por todas as possibilidades de robustecimento das teses defensivas. Se, nessa fase inquisitorial, a prova não evidenciar a melhor tese de defesa para o agente, aconselhável o acordo de não persecução penal.

A investigação pode ser, inclusive, uma fase de atuação da defesa, considerando a possibilidade atual do acordo. De qualquer forma, não aceito o acordo, a prova colhida na fase preliminar à ação penal pode ser usada quando do processo, ou seja, não se trata de serviço “perdido”, em tese.

Aconselha-se que o acordo seja firmado antes da instrução, pois maiores são as chances de êxito e de proveito do que será proposto e negociado com o Ministério Público.

Propor o acordo depois que a instrução está avançada tende a levar ao insucesso da negociação.

Além disso, a negociação deve ser conduzida por profissional que não tenha se indisposto com o Ministério Público. Nesse ponto, a importância de se resolver o acordo nas fases iniciais da persecução penal.

Se a defesa está intencionada em fazer um acordo de não persecução penal, deve-se evitar “atrito” com o Ministério Público.

A combatividade defensiva deve ser deixada para o caso de instrução processual, frustrada ou afastada a negociação. Um bom acordo pressupõe, em tese, um advogado sem “fricções” com o Ministério Público.

A advocacia negocial é diferente da advocacia belicosa.

Como exposto alhures, a negociação é complexa, que pressupõe estratégias e etapas. Inclusive uma dica: não se deve fazer as primeiras tratativas no MP com a participação do agente (cliente).

É claro que o advogado precisa estar credenciado para agir negocialmente, sobre pena de ele, inclusive, manchar a sua reputação diante de uma “refugada” do cliente, que pode voltar atrás, desistir ou não ratificar todas as negociações levadas a efeito.

Nesse caso, diante da não ratificação do cliente, a postura esperada do advogado é a renúncia ao mandato.

Sugere-se estabelecer então limites para a negociação para que a defesa possa saber até onde pode avançar na negociação e quais termos acertar com a acusação.

Um ponto crítico e que pressupõe habilidades importantes é a análise do rol de condições impostas. Na Lei Anticrime fica aberto ao Ministério Público a possibilidade de imposições de condições não previstas em lei, que podem ser abusivas e devem ser repelidas no acordo.

Mas a amplitude legislativa não pode ser vista como deletéria, pois em certos casos até mesmo a defesa pode ser beneficiada, pois o não engessamento das condições permite o ajustamento ao caso concreto, de modo que o que foi oferecido por ela ou exigido pelo MP pode associar com as pretensões do agente, viabilizando a negociação. Alternativas podem ser criadas e agradar o Ministério Público, bem como podem ser admitidas pelo juiz.

Uma observação importante é a apuração da pena, que deve ser observada em perspectiva e analisada de acordo com a jurisprudência aplicável ao caso para fins de possível cabimento do acordo.

Acordo não é briga, mas sim composição.

Até mesmo o perfil do membro do Ministério Público deve ser analisado. Para isso o agente deve oferecer condições atrativas ao Ministério Público para que o acordo seja viabilizado.

Em alguns casos a composição com a vítima e a reparação de danos por ela experimentados pode ser um *plus* para a viabilização do acordo, mas sem oportunismo ou condicionantes.

Toda arrogância da defesa deve ser afastada. Não se negocia com ignorância. A lógica é a do ganha-ganha.

Portanto, essas são algumas habilidades negociais que podem auxiliar no acordo de não persecução penal, com alguns apontamentos importantes que devem ser levados em consideração no momento da realização do ANPP.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT. Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. 25ª ed, Saraiva jur:2019. P. 100.
- BRASIL. **Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/servicos/acordo-de-nao-persecucao-penal.htm#.X4grF9BKikUk>. Acesso em: 15 de outubro de 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.
- DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime Lei 13.964/2019**. São Paulo: Editora RT, 2020, p. 101.
- JUNIOR. Aury Lopes Junior. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Consultor Jurídico, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 13 de outubro de 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote anticrime comentado: Lei nº 13.964, de 24.12.2019**. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 123.
- PACELLI. Eugênio. **Comentário ao CPP e sua jurisprudência**. 12ª ed, Atlas: 2020, p. 116.
- PRADO. Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**. 03ª ed, Forense: 2019.