

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

NON-PROSECUTION AGREEMENT

Alexandre Wunderlich¹
Camile Eltz de Lima²
Antonio Martins-Costa³
Marcelo Buttelli Ramos⁴

RESUMO

A Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime) ampliou os espaços de consenso no processo penal brasileiro e instituiu o instituto jurídico do acordo de não persecução penal no art. 28-A do Código de Processo Penal. Diferentemente dos institutos despenalizadores anteriores, trazidos nas primeiras dimensões da justiça consensual no Brasil, o ANPP tem contornos e pressupostos próprios, que são examinados no presente ensaio. É um negócio jurídico bilateral, um espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente acusado.

PALAVRAS-CHAVE: Justiça penal negocial. Acordo de não persecução penal.

Processo penal. Lei anticrime.

ABSTRACT

Law 13.964/2019 (Anti-Crime Law) expanded the areas of consensus in the Brazilian Criminal Proceeding and has instituted the legal institute of the agreement of non-criminal prosecution in art. 28-A of the Criminal Procedure Code. Unlike previous decriminalizing institutes, brought in the first dimensions of consensual justice in Brazil, the NPA has its own contours and assumptions, which are examined in this essay. It is a bilateral legal deal, a space of consensus between the prosecution and the investigated, which accepts a reduced sanction proposal in exchange for not being formally accused.

KEYWORDS: Criminal justice negotiation. Non-prosecution agreement. Criminal proceedings. Anti-crime law.

SUMÁRIO: 1 Primeira introdução – o instituto do ANPP na construção de um sistema acusatório. 1.1 Segunda introdução – as dimensões da Justiça Criminal Negocial no Brasil. 2 ANPP – conceito, requisitos e impedimentos para sua aplicação. 2.1 Requisito quantitativo – pena mínima. 2.3 Impedimentos para aplicação – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional. 3 ANPP – é direito

¹Advogado, Doutor em Direito, Professor de Direito Penal na PUCRS e de Direito Penal Econômico e Empresarial no Insper e na Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP

²Advogada, Especialista e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Conselheira da OAB/RS

³Advogado, Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS e Professor de Direito Penal na Fisul

⁴Advogado, Especialista, Mestre e Doutorando em Ciências Criminais pela PUCRS

público subjetivo. 4 ANPP – não é meio de obtenção de prova. 4.1 DIREITO INTERTEMPORAL – novatio legis in melius. 5 Exigência de confissão – formal e circunstancial. 5.1 confissão extrajudicial homologada no anpp – efeitos no processo penal. 5.2 Confissão extrajudicial homologada no anpp – compartilhamento e efeitos. 6 ANPP – reparação do dano 6.1 ANPP – reparação do dano nos crimes econômicos, financeiros e tributários. 7 ANPP – não homologação e meio de impugnação. 7.1 ANPP – não propositura e meio de impugnação administrativo. 8 ANPP – rescisão. 9 Considerações Finais. 10 Referências.

1 PRIMEIRA INTRODUÇÃO – O INSTITUTO DO ANPP NA CONSTRUÇÃO DE UM SISTEMA ACUSATÓRIO

A figura do acordo de não persecução penal (ANPP) foi recentemente introduzida em nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime), que, dentre inúmeras alterações, adicionou o art. 28-A ao Código de Processo Penal⁵:

Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Ao instituir verdadeiro espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente acusado e, assim, não responder à ação penal, o ANPP alarga – pela sua densidade de abrangência – o modelo de justiça penal consensual no Brasil,⁶ razão que justifica

⁵ Antes da regulamentação do instituto jurídico foram publicadas as Resoluções 179 e 181 de 2017 e 183 de 2018, todas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), bem como Atos Normativos regionais.

o presente estudo que intenta decantá-lo, debruçando-se, também, sobre questionamentos que se apresentam em dimensões doutrinárias e jurisprudenciais.

A incorporação do instituto inclina-se a promover, especialmente no campo prático, a implantação de um modelo de persecução penal de feições acusatórias no Brasil. Passados mais de 30 anos da promulgação da Constituição Federal, há um grande distanciamento entre o que estabelece o plano legal-teórico e o que produz o plano prático-operacional. O modelo processual penal mantém os traços do autoritarismo e da inquisitorialidade, um processo gestado na época de exceção do Estado.⁷ Logo, o modelo processual idealizado não encontra sintonia com o processo penal concretizado. Ainda, não temos um modelo processual essencialmente democrático, afeito à paridade de armas e ao respeito máximo ao sistema de garantias materiais e processuais, o que revela um certo desencanto tanto sobre a forma, como sobre a estrutura e o funcionamento do modelo de justiça criminal.⁸

⁶ Sobre os mecanismos consensuais de solução de conflitos penais, assenta Vinicius Vasconcellos: “Em meio ao cenário contemporâneo de intensos questionamentos acerca da morosidade judicial, inúmeras são as propostas de transformação do processo penal em instrumento eficaz de concretização do poder punitivo estatal a partir de relativizações a direitos e garantias fundamentais que permeiam a pretensão de proteção das liberdades públicas. Uma das principais concepções projetadas nesse sentido diz respeito às ideias de aceleração e simplificação procedimental, que almejam abreviar o caminho necessário para a imposição de uma sanção penal, cujo maior expoente é a justiça negocial, essencialmente caracterizada pela barganha. Tal fenômeno representa tendência contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, por meio do seu reconhecimento de culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, visando facilitar a atividade acusatória (...) e a anular a postura defensiva de resistência à denúncia.” (VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *BARGANHA E JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018, p. 23-24).

⁷ Para Ricardo Jacobsen Gloeckner, o campo da processualística penal constitui espaço privilegiado a partir do qual se pode perscrutar e sentir, em toda a sua potência, os deletérios efeitos resultantes do cultivo de cultura jurídica autoritária. De acordo com o autor, a existência de amplas faculdades instrutórias reservadas à figura dos magistrados, o (recente) posicionamento do Ministério Público como um importante ator da cena política nacional e, finalmente, a politização cada vez mais intensa dos discursos de persecução penal, constituem “metástases” de um discurso gestado em um contexto histórico de superestimação do Estado e menoscabo dos direitos e liberdades individuais. Cf. GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76-77.

⁸ POLI, Camilin Marcie de; DELLA VILLA, Giovani Frazão. “A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019”. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais – reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: Ematis, 2020, p. 177. No plano ideal, na linha apontada pelos autores, o acordo de não persecução só tem sentido numa estrutura processual acusatória, pois a “principal problemática em torno do instituto surge quando é utilizado na estrutura inquisitória, vez que em razão do princípio fundante deste sistema, ele resta deturpado, servindo como um mecanismo a serviço do poder punitivo do Estado, em detrimento dos direitos e garantias individuais.”. A avença de não persecução penal “faz sentido em uma estrutura acusatória, em que o órgão julgador é mantido em seu lugar de imparcialidade, devendo zelar pelo cumprimento da legalidade, enquanto as partes,

Aceleração, tempo, velocidade marcam o mundo moderno – período representado pelo constante dinamismo, “*porque a vida, por definição, é movimento, inscrito no tempo de maneira irreversível, sem possibilidade de voltar atrás. O que já foi não voltará a acontecer, e qualquer decisão, qualquer ação, modifica o curso da história de cada um ou de todos*”⁹ – e, portanto, exigem, cada vez mais, soluções imediatas e simplificadas para os conflitos complexos. No âmbito direito penal e processual penal não é diferente. Contudo, se se quer concretizar pela constitucionalidade do sistema jurídico-penal não pode ser diminuído o rígido sistema jurídico de garantias materiais e instrumentais.

Nesse sentido, ao não priorizar a interpretação do instituto à sedutora, porém, perigosa *vis attractiva* do eficientismo penal e suas práticas de resultados e de performance, avançamos na reflexão proposta por meio da consignação das seguintes advertências: (i) “*a inclusão do artigo 28-A do CPP comprova a evolução no sistema jurídico penal brasileiro na resolução abreviada dos conflitos penais, alargando os espaços de consenso, em caminho alternativo ao processo penal tradicional de resistência*”¹⁰, razão pela qual (ii) “*não há como compreender o novo espaço de consenso com a velha mentalidade fruto de atuação no espaço contencioso. Contudo, acreditamos que é possível criarmos espaços de consenso pautados por um ‘devido negócio legal’, assegurando garantias aos jurisdicionados*”.¹¹

1.1 Segunda introdução – as dimensões da Justiça Criminal Negocial no Brasil

Até a incorporação do ANPP, o Brasil havia experimentado essencialmente *duas dimensões*¹² de Justiça Negocial: (i) nas infrações de menor potencial ofensivo

acusador e cidadão acusado (amparado por uma defesa técnica), competem dispor sobre o acordo.”.

⁹ RAUX, Jean-François. “Elogio da Filosofia para construir um mundo melhor”, p. 13, in MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (orgs.). A Sociedade em Busca de Valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo. Lisboa: Piaget, 1996.

¹⁰ SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

¹¹ WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - *novatio legis in melius?*”. *Conjur*. Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>.

¹² REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019.

(Lei 9.099/95)¹³ e (ii) mais fortemente¹⁴ nas infrações de alta complexidade praticadas por Organizações Criminosas (Lei 12.850/13) – não obstante legislações¹⁵ anteriores estabelecerem prêmios aos réus em troca de informações, sobretudo de autoria e materialidade delitivas. Com o advento da Lei Anticrime e inclusão do art. 28-A no CPP, galga-se à (iii) *terceira dimensão* negocial na justiça criminal que atinge, por sua vez, o sistema punitivo como nunca antes visto, dado o critério quantitativo de pena mínima prevista para as infrações penais como limite para sua propositura e possibilidade de aplicação.

De notar que, antes mesmo do projeto de lei ser aprovado, Miguel REALE JÚNIOR e Alexandre WUNDERLICH criticaram o texto, justamente por acreditarem que o legislador daria, como efetivamente deu, um passo demasiadamente largo. Assim como manifestado naquele ensaio, é preciso reafirmar que não somos avessos à:

(...) quebra de paradigma que decorre do aumento dos espaços de consenso no processo penal, com a promoção do retorno do agente à área de licitude, tendência internacional e que não pode restar resumida aos institutos da transação penal, suspensão condicional do processo e da colaboração premiada. É cediço que, se aplicadas com segurança, as soluções negociadas na seara penal podem contribuir para a resolução de conflitos, para a redução da morosidade judicial e para a diminuição do inchaço penitenciário.¹⁶

¹³ Ver crítica de CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; *Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. E, ainda, PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

¹⁴ “Por representar uma das formas de resolução de conflitos penais complexos e de graves consequências, o instituto da colaboração premiada aparece fortemente no Brasil justamente num segundo momento de construção de espaço consensual no processo penal, uma fase de intensa investida dos órgãos de controle do Estado contra práticas de corrupção sistêmica perpetradas por políticos e suas organizações criminosas, o que se faz de forma visível na Operação Lava Jato.” (“Colaboração Premiada: o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais”, p. 21, in Colaboração Premiada, MOURA, Maria Thereza e BOTTINI, Pierpaolo, RT, 2017).

¹⁵ De pontuar que o instituto da delação premiada recebeu alteração na nomenclatura com a Lei 12.850/2013, como bem anotado pelo Min. Dias Toffoli no HC 127.483, julgado pelo Plenário do STF, em 27/08/2015, que representou o verdadeiro *leading case* do instituto: “Sem a pretensão de esgotar a matéria, reputo pertinentes algumas reflexões a respeito do instituto da colaboração premiada, denominação que, por ter sido expressamente adotada pela Lei nº 12.850/13, mostra-se mais adequada que delação premiada.” Prosseguindo, tal instituto recebeu tipificação nas seguintes leis: Lei 8.072/1990 (crime hediondo, alterada pela Lei 9.269/96); Lei 9.034/1995 (crime organizado, revogada pela Lei 12.850/2013 e recentemente alterada pela Lei 13.964/19); Lei 7.492/1986 (crimes contra o sistema financeiro nacional, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária e econômica, alterada pela Lei 9.080/1995); Lei 9.613/1998 (lavagem de capitais, alterada pela Lei 12.683/2012); Lei 9.807/1999 (proteção de vítimas e testemunhas) e, Lei 11.343/2006 (Lei de Drogas).

¹⁶ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019: “A recente experiência brasileira com a

Realmente, acreditamos que a experiência vivida nas últimas décadas deve guiar-nos para uma adequada resolução dos problemas, “a fim de alcançarmos um nível maior de confiança nas instituições e de segurança jurídica”.¹⁷ Entretanto, o ANPP ingressou no ordenamento jurídico nacional que ainda busca a sua afirmação enquanto modelo processual acusatório, o que dificulta muitíssimo a aplicação do instituto e certamente produzirá abusos e práticas equivocadas, mormente advindos da lacuna deixada pelo legislador em temas importantes que redundam sua aplicação. Portanto, é imperativo pensar o instituto a partir de um sistema de garantias penais e processuais penais que seja capaz de impor limites e regras para sua aplicação e que, ademais, ancore-se no ser humano, tanto na perspectiva da sua dignidade, quanto em sua autonomia de vontade.

2 ANPP – CONCEITO, REQUISITOS E IMPEDIMENTOS PARA SUA APLICAÇÃO

A partir do exame da base normativa vigente, podemos dizer que o ANPP é um *negócio jurídico bilateral*, um espaço de consenso entre a acusação e o investigado, que aceita uma proposta de sanção reduzida em troca de não ser formalmente

justiça negocial em matéria penal não nos faz crer que as propostas tenham qualquer efetividade. (...), não seremos conduzidos para um ambiente de maior segurança jurídica. Em nosso juízo, o Brasil experimentou duas diferentes dimensões de soluções penais negociadas: (a) a justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13). Sobre a primeira dimensão, a experiência no âmbito dos Juizados Especiais Criminais não tem sido frutífera. Ressalvadas as exceções, o tratamento dos espaços de consenso no âmbito das infrações de menor potencial não tem garantido o direito de defesa e, para além de não haver uma sensível desburocratização judicial, há seletividade e, até, um contínuo despreparo dos agentes públicos e privados na mediação dos conflitos, um verdadeiro apego ao processo contencioso e à cultura punitiva.(...) É bem verdade que a evolução tem sido constante, mas muito ainda há de ser ajustado no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Diante da primeira experiência na década de noventa, era previsível que o fracasso da justiça negocial nas infrações de menor potencial refletisse na hipótese negocial das infrações de maior complexidade, como é o caso dos crimes praticados por meio de organizações criminosas. Especialmente nesse tipo de infração, objeto da justiça negocial de *segunda dimensão*, o Brasil experimenta dois modelos de acordos de colaboração premiada, ambos aceitos/homologados pelo Supremo Tribunal Federal. Temos uma hipótese de acordo em que a (a) *sanção premial é fechada*, no qual a pena é acertada entre o Ministério Público e o colaborador da Justiça quando do contrato e, depois, o clausulado é homologado pelo juiz. E, outra, de (b) *sanção premial aberta*, a ser definida pelo Juízo na sentença condenatória, nos termos legais. De fato, no que tange ao fenômeno das infrações de maior complexidade, há dois modelos de acordo que convivem na atual praxis forense. Neste particular aspecto, as propostas contidas no cognominado Projeto Anticrime não colocam fim aos inúmeros problemas dos modelos de negócios jurídicos bilaterais em matéria penal, que têm por objeto a contraposição entre o poder-dever de punir do Estado e o direito de liberdade do cidadão ao qual é imputado um crime.”.

¹⁷ REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim do IBCCRIM*. n. 318, maio de 2019.

acusado. Pelo ANPP, o investigado deve confessar o crime, aceitar as exigências legais determinadas pelo MP – compreendendo, a reparação do dano, outras atitudes colaborativas e o cumprimento antecipado de uma sanção reduzida –, evitando, com isto, a ação penal. Uma vez cumprido o acordo, haverá a extinção da punibilidade do acordante, sem os efeitos penais de uma condenação.

Conforme o *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, se não for o caso de arquivamento, o ANPP será oferecido pelo MP desde que, na linha do antigo art. 59 do CP, seja “necessário” e “suficiente” para “reprovação” e “prevenção” do crime, mediante os seguintes requisitos: (a) prática de infração penal com pena mínima prevista inferior a 4 anos, cometida sem violência ou grave ameaça; (b) confissão formal e circunstancial, que pode já ter sido realizada junto da Autoridade Policial ou perante o Ministério Público e, (c) não ser caso de arquivamento do inquérito policial/expediente criminal.

Assim, as condições *legais* para o ANPP são, conforme o art. 28-A, incisos I, II, III, IV e V do Código de Processo Penal, cumulativa ou alternativamente: (a) reparação dos danos ou restituição da coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; (b) renúncia voluntária aos bens e direitos indicados como produto ou proveito de crime; (c) prestação de serviços à comunidade pelo período da pena mínima diminuída de 1/3 até 2/3; (d) prestação pecuniária e, (e) cumprimento de outra condição indicada pelo MP.¹⁸

Também derivam da lei as impossibilidades de realização do ANPP (art. 28-A, §2º do Código de Processo Penal), fundamentalmente: (a) se for cabível “transação penal”; (b) se o réu for “reincidente”; (c) se a conduta do investigado/acusado for “habitual” (reiterada ou profissional), exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (d) no caso de crimes de violência doméstica (Lei 11.340/2006) ou praticado contra mulher em razão do seu gênero e, (e) caso o agente tenha sido beneficiado por ANPP, “transação penal” ou “suspensão condicional do processo” nos últimos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração.

¹⁸ Algumas orientações técnicas de órgãos do Ministério Público criaram algumas condições “específicas”: (a) comunicação de modificação de endereço (MPRS, MPSC, MPGO, MPMS, MPPA, MPPI, MPRJ, MPSE); (b) demonstração em Juízo do cumprimento das obrigações em até 5 (cinco) dias após o prazo ajustado ou comprovação da impossibilidade de fazê-lo (MPSC) e, (c) comprovação mensal do cumprimento das condições acordadas, independente de notificação ou aviso prévio (MPRS, MPGO, MPMS, MPBA, MPPI, MPRJ, MPSE).

Neste particular aspecto, entendemos que o Ministério Público e/ou Juiz não podem ir além do texto legal, sendo vedada a criação de novas hipóteses de “óbices” ao oferecimento do acordo, como já se tem visto na prática, por exemplo, a vedação do ANPP quando o caso tiver como objeto “Organização Criminosa” (MPRS, MPGO, MPMS, MPPI) ou quando “apurar crime hediondo ou equiparado” (MPRS, MPGO, MPMS, MPPA e MPPI).

2.1 Requisito quantitativo – pena mínima

A lei estabelece que a infração penal deve fixar pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e que *“para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”* [§1º do art. 28-A]. É importante lembrar o teor da súmula n. 723 do STF: *“não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano”*. No ponto, advogamos a aplicação analógica do entendimento sumular, devendo o grau de aumento ser o mínimo legalmente previsto.

Quanto à causa de diminuição, não há critérios e nem entendimento pacificados. Temos que a diminuição no patamar mínimo não deixaria qualquer espaço para dúvidas. É esta também a posição firmada pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais no enunciado n. 29 do Caderno de Enunciados Interpretativos da Lei 13.964/2019: *“para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados números 243 e 723, respectivamente, STJ e STF”*.

2.2 Requisito quantitativo – concurso de crimes

A lei não proibiu a realização do ANPP em casos de concurso de crimes. Partindo do requisito legal – pena mínima legal inferior a 4 anos –, entendemos que incidirão os critérios de aumento de pena previstos no CP, a saber: (a) regra do acúmulo material para o concurso de crimes, na forma do art. 69, ou (b) da

exasperação, na forma dos arts. 70 ou 71, todos do CP, conforme for o desenho dado pela acusação. Portanto, em caso de concurso material, se a soma das penas mínimas dos delitos resultar quantidade menor que 4 anos, será possível realizar o acordo. Na hipótese de concurso formal, se sobre a pena mais grave se aplicar o menor percentual de aumento e não atingir 4 anos, igualmente será possível o acordo, da mesma forma que, se no crime continuado, for aplicado o menor acréscimo previsto, não chegar-se aos 4 anos.

2.3 Impedimentos para aplicação – conduta criminal habitual, reiterada ou profissional

O legislador recorreu a conceitos juridicamente novos e sem tradição. Foi criativo e optou por termos vagos e abertos. Dentre os impedimentos para a realização do acordo, constam no inciso II, § 2º, do art. 28-A, do Código de Processo Penal: “*se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*”. Aqui, pensamos que errou o legislador, pois o único critério objetivo que pode ser utilizado é a reincidência.

No que tange à “criminalidade habitual”, entendida como prática de infrações reiteradas, tem-se que o legislador foi extremamente inconsequente. Não trabalhou o conceito, não definiu a quantidade de infrações penais e não discorreu sobre lapso temporal dos seus cometimentos. Em nosso juízo, não é suficiente para impedir o oferecimento de um acordo quando for constatada a prática de duas ou de poucas infrações. Para que a “habitualidade” seja configurada é necessário mais do que isto. Assim, num primeiro olhar, a régua a ser utilizada deve ser a da “continuidade delitiva”, incorporando ao ANPP as condições objetivas e subjetivas previstas à continuidade.

O problema é similar ao que ocorre em relação ao conceito de “criminalidade profissional” – será o caso de agente que “vive” da prática de crimes? Ou será termo aplicável aos crimes praticados mediante o emprego de técnicas e conhecimentos profissionais, tais como sonegação fiscal empresarial, práticas profissionais em operações de câmbio e as infrações contra o sistema financeiro, por exemplo?

Ao que se transparece, o legislador quis evitar que o ANPP seja utilizado por agentes que pratiquem desvios de forma reiterada. A verdade é que, na casuística, a tipicidade e o *modus operandi* e, quiçá recorrente, das infrações penais é que determinarão a possibilidade de oferecimento do ANPP. Neste ponto, a súmula 444 do STJ deverá servir de baliza garantista: “*é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*”.

3 ANPP – É DIREITO PÚBLICO SUBJETIVO

A lei emprega a expressão “poderá”, indicando que a propositura do ANPP é uma faculdade da acusação. Não entendemos que é um poder discricionário do Ministério Público, evidentemente. É um poder regulado, ao passo que, quando o investigado preenche todos os requisitos legais (subjetivos e objetivos), ele passa a ser portador de um efetivo *direito público subjetivo* ao acordo, que só lhe pode ser subtraído mediante justificativa idônea e fundamentada. O investigado não pode ser refém do humor de ocasião ou da impaciência seletiva e criteriosa do representante ministerial, que deve pautar sempre a sua atuação com base no princípio da impessoalidade.

É verdade que a lei não trouxe regramento materialmente adequado para resolver a questão da falta de proposta de ANPP. Pensamos que, em caso de recusa, deveria, por analogia (art. 3 do Código de Processo Penal), fazer-se presente a obrigação instituída pelo § 1º, *in fine*, do art. 3-B da Lei 12.850/2013: “*A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado*”. Em nosso juízo, a interpretação é útil diante de recusas baseadas em assertivas sintéticas, por exemplo: a medida é insuficiente para fins de prevenção/reparação do crime.

Ademais, dado que a lei estabeleceu no § 14 do art. 28-A, do Código de Processo Penal, que: “*No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.*” – tem-se que, em não havendo uma substancial motivação, a irresignação da parte ao órgão superior ficará enfraquecida e cerceada.

A questão, sabemos, é de difícil resolução, a depender do ângulo de observação, dado que, pelo lado do investigado, uma vez preenchidos os requisitos legais e havendo interesse na confissão e em não se ver processado criminalmente, o ANPP *deve* ser realizado, inclusive como meio de blindar eventuais atos abusivos originários do não oferecimento da avença de forma imotivada, por subjetivismo ou mera implicância com o autor do fato, por exemplo.¹⁹

4 ANPP – NÃO É MEIO DE OBTENÇÃO DE PROVA

A Lei Anticrime, ao modificar a Lei 12.850/2013, estabeleceu: “Art. 3-A. O *acordo de colaboração premiada é negócio jurídico-processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse públicos.*” Diferentemente do acordo de colaboração premiada, o ANPP não é meio de obtenção de prova.²⁰ Não há no art. 28-A do Código de Processo Penal qualquer informação sobre o acordo ser meio de obtenção de prova e nem mesmo da necessidade de obtenção de um ou mais resultados com a celebração, como os estabelecidos no art. 4º da Lei 12.850/2013.

Entendemos que o MP não pode exigir do candidato ao ANPP a indicação do nome dos coautores/partícipes nas infrações praticadas em concurso ou qualquer outro detalhamento que implique terceiros, e nem mesmo que apresente dados de corroboração sobre sua confissão. Não é uma tarefa fácil conjugar a confissão formal e circunstancial com a não exigência de obtenção de prova. A situação prática deverá receber temperamento, pois delitos, não raras vezes, são praticados em concurso de agentes, o que conseqüentemente, em alguma medida, será exposto e assumido na narrativa da confissão.

¹⁹ No ponto, o art. 10 da Recomendação PGJ 01/2020 do MPPE auxilia no entendimento: “Quanto ao acordo da não continuidade da ação penal, instituto criado por analogia e sendo direito líquido e subjetivo do acusado, abrangerá os casos em que já houve o recebimento da denúncia”.

²⁰ Conferir SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: Conjur. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>: “Importa dizer que, a despeito de o caput fazer alusão à confissão formal e circunstancial da prática do crime, o ANPP, no nosso entender, não é meio de obtenção de prova, tal como é o acordo de colaboração premiada (introduzido na Lei 12.850/13 e que também recebeu maiores regramentos na lei “anticrime”), já que o legislador não impôs, como requisito, a obtenção de resultados.”

4.1 Direito intertemporal – *novatio legis in melius*

O lapso temporal disponível para realização do ANPP estende-se até o oferecimento da denúncia – *fase pré-processual*. Todavia, diante do amplo espectro de abrangência do instituto, que afeta milhares de ações judiciais que estão em curso, entendemos que, se for do interesse do acusado e do Ministério Público, é possível o oferecimento do acordo de não continuidade da ação penal ainda que a denúncia já tenha sido oferecida e, inclusive, em casos já sentenciados.²¹

A norma deve retroagir²² – sendo vedada a proibição por meio de criações de enunciados e orientações – pois há que se ter presente sua natureza essencialmente material, além do que não há restrição objetiva na lei à retroação. Nos casos de infrações praticadas após a vigência da Lei Anticrime, o recebimento da denúncia será efetivamente o limite temporal para a proposta do acordo. Contudo, acreditamos ser possível a realização do acordo até o interrogatório do acusado, antes do proferimento de sentença, uma vez que a finalidade da lei é a criação de um novo e amplo espaço de consenso no processo penal, o que enseja flexibilização de lapsos temporais – discussão essa que poderá ganhar espaço e

²¹ Neste particular aspecto, há posicionamentos divergentes como, por exemplo, o Enunciado n. 20 do Caderno de Interpretações da Lei 13.964/2019 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE): “*Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”. De igual modo, é o teor do art. 1º, § 2º, do Provimento n. 01/2020 da Procuradoria-Geral de Justiça do Rio Grande do Sul: “*Caberá acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”.

²² DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, RB-3.9: “Por fim, em sede de direito intertemporal é de se destacar que a partir do momento em que entrar em vigor a lei haverá a necessidade de apresentação de proposta para aqueles que façam jus a esse direito. Não haverá maiores discussões para os casos em que ainda não tenha sido oferecida denúncia. O problema está com os casos em que já houve denúncia recebida. Nesses casos, dado o conteúdo de norma mista (pois afeta também direito material, já que fala em extinção da punibilidade), entendemos que enquanto não for julgado o processo deve ser feita a proposta de acordo de não persecução penal, devendo o juiz encaminhar os autos ao Ministério Público para que atue nesse sentido. Situação mais delicada envolve processos já julgados e pendentes de julgamento de apelação ou de julgamento de recurso extraordinário ou especial. Da mesma forma entendemos que, dado o conteúdo de norma mista, deve ser aberta possibilidade de oferecimento desse acordo. Assim, a nosso ver, somente não seria cabível para os processos com trânsito em julgado, dada a incompatibilidade ontológica das situações de condenado com trânsito em julgado e de proposta de acordo de não persecução penal. No entanto, deve surgir segunda posição no sentido de que, uma vez sentenciado o feito, não seria mais possível o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal. Discordamos dessa posição, pois ela é incompatível com o disposto no artigo 383, § 1º, do CPP (que permite suspensão condicional do processo até mesmo em segundo grau) e a Súmula 337 do STJ.”

força se houver inclinação ao entendimento de ser o ANPP direito público subjetivo do réu.

Claro que a lei afetará o sistema de justiça criminal em sua integralidade, mas se o acordo for do interesse da acusação e da defesa, se for voluntário, com cumprimento dos requisitos legais e com a consequente reparação do dano (se possível for), não há óbice para firmar a avença, ainda que já iniciada a ação penal. A Lei Anticrime é de 24/12/2019 e entrou em vigência após 30 (trinta) dias de sua publicação. A lei disciplina instituto que, em nosso juízo, é favorável ao acusado.

É caso, portanto, de retroatividade – *novatio legis in mellius* –, sobretudo porque a norma é de conteúdo material e processual.²³ Concordamos o entendimento de que:

A norma de aplicação da medida restritiva antecipatória torna possível a celebração do negócio jurídico em qualquer fase processual, uma vez que não foi estipulado pelo legislador um regramento de transição. Portanto, se não existe regra de direito transitório, a problemática intertemporal só poderá ser resolvida mediante o recurso às já conhecidas regras de sucessão de leis penais, imperando a retroatividade da lei benéfica.^{24 25}

Em nosso juízo, o ANPP é negócio jurídico bilateral que, quando ingressa no ordenamento jurídico, é aplicável em qualquer fase processual, inclusive em via recursal, sendo a lógica da retroatividade da nova norma mais benéfica.²⁶

²³ No ponto, vale lembrar a ADI n. 1719, na qual o STF deu interpretação conforme o art. 90 da Lei 9.099/1995 declarando “inconstitucional” (sem redução de texto) a interpretação que impedia a aplicação de normas de conteúdo misto, favoráveis ao acusado, em ações judiciais com instrução iniciada à época da vigência daquele diploma legislativo.

²⁴ WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - *novatio legis in mellius*?. *Conjur.* Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>. Os autores fundamentam a necessidade de retroatividade nos artigos 2º, § único, CP, 5º, XL, CF, 3º do CPP, 3º, §§ 2º e 3º, e 932, I, ambos, do CPC/15, em virtude do relator em segunda instância dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes. Da mesma maneira, “em caso de desclassificação jurídica da conduta, afastadas eventuais agravantes e causas de aumento, de forma que a pena cominada não supere o patamar legal”, os autores apontam que o julgador é obrigado a “devolver os autos ao MP para que exercite o seu poder-dever de propositura do ANPP, avaliando a possibilidade de não continuidade da ação penal, por extensão teleológica do art. 383, §1º, do CPP.”

²⁵ O tema do ANPP em sede de *execução penal* foi bem enfrentado por Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli em recente trabalho monográfico: “O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal”. In: SCHIMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J.P. (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D’Plácido, 2020, p. 125.

²⁶ Ver: TRF4, 4ª Seção, Embargos infringentes 5001103-25.2017.4.04.7109/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Rev. Des. Cláudia Cristina Cristofani, Questão de ordem suscitada pelo Des. João Pedro Gebran Neto (TRF4, 8ª Turma, Apelo 5009312-62.2020.4.04.0000), vencidos no ponto do ANPP, os Desembargadores Leandro Paulsen e Salise Monteiro Sanchotene. Por maioria, a Corte Regional Federal determinou a cisão do processo com relação a um dos réus, com

5 EXIGÊNCIA DE CONFISSÃO – FORMAL E CIRCUNSTANCIAL

A Lei Anticrime não regulamentou a forma de manifestação do investigado, referindo apenas o requisito da confissão formal e circunstancial da prática de infração penal, nos termos do art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal. É, pois, um instituto jurídico dirigido a culpados, pessoas que se envolveram na prática de infrações penais e que desejam confessar para se desvencilhar das amarras da Justiça, mediante a imediata reparação do dano e o cumprimento de outras obrigações acordadas, retornando, assim, mais rapidamente à legalidade.

É certo que, no espaço de consenso no processo penal, é útil a contribuição originária das legislações que tratam das colaborações premiadas e que adotam o conceito de voluntariedade, o que implica aceitarmos que a confissão no ANPP pode decorrer de sugestão dos órgãos de persecução – Polícia e Ministério Público. Aliás, é o que tem acontecido na prática forense: a notificação do investigado para se

ordem de retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que seja examinada pelo MPF a possibilidade de oferecimento do ANPP e, posteriormente, se oferecido o benefício, para que a defesa se manifeste em oportunidade única e improrrogável nos termos do julgado. Ainda que sem unanimidade, houve (...) aplicação do direito novo aos casos já denunciados, e a tendência a equiparar tal instituto à suspensão condicional do processo - aplicada temporalmente (...).” “Há efeitos de direito material que emanam dessa lei e por isso mostra-se forte a tendência a retroação (...).” E, na linha de precedente do STJ citado expressamente, imperou a “retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).” No mesmo sentido, ver Enunciado 98 da 2ª CCR: “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 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020”. No mesmo sentido, decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO QUALIFICADO PELO CONCURSO DE PESSOAS E PELO ARROMBAMENTO (CP, ART. 155, § 4º, I E IV). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DE UM ACUSADO. 1. PRESCRIÇÃO. PENA. MARCOS INTERRUPTIVOS. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (CP, ARTS. 107, IV, 109, V, 110, § 1º, 115 E 117; E CPP, ART. 61, CAPUT). 2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (CPP, ART. 28-A). INSTITUTO DESPENALIZADOR. CARÁTER MATERIAL. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL BENÉFICA (CF, ART. 5º, XL, E CP, ART. 2º). PRECLUSÃO. 1. O prazo prescricional, com base na pena aplicada igual a dois anos de privação de liberdade, é de 4 anos. Porém, diante da menoridade relativa do acusado, esse prazo deve ser minorado pela metade. Se tal lapso transcorreu entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, extingue-se a punibilidade do acusado. 2. As prescrições legais que consagram medidas despenalizadoras qualificam-se como normas penais de caráter material benéficas e, por força de princípio constitucional, têm aplicação inclusive aos casos em curso, não ocorrendo preclusão do direito de propositura do acordo de não persecução penal se este instituto passou a vigor após a denúncia e não houve ao acusado oportunidade para manifestar-se quanto ao tema. DECLARADA EXTINTA A PENA DE OFÍCIO QUANTO AO ACUSADO NÃO RECORRENTE. JULGAMENTO CONVERTIDO EM DILIGÊNCIA. (TJSC, Apelação Criminal n. 0001339-31.2015.8.24.0064, de Balneário Camboriú, rel. Des. Sérgio Rizelo, Segunda Câmara Criminal, j. 30-06-2020).

manifestar sobre a eventual confissão quanto ao fato delituoso que incorreu e, ato contínuo, realizar com o compromitente o acordo.

Salutar, no ponto, foi a previsão da obrigatoriedade de advogado na celebração do acordo: “Art. 28-A, § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.” – o que serve para auxiliar na evitação de pactos excessivos e que extrapolem os limites legais e que avancem na obtenção de informações e detalhes não exigidos pelo legislador.

5.1 Confissão extrajudicial homologada no anpp – efeitos no processo penal

Existe diferenciação doutrinária sobre a espontaneidade e a voluntariedade da confissão:

“(…) espontâneo significa algo que alguém faz por si mesmo, sem ser incitado ou constrangido por outrem”, “no ato voluntário não se exige que a ideia de praticá-lo seja do próprio agente, isto é, mesmo que ele tenha ouvido conselhos alheios, acaba por praticar ato voluntário, embora não espontâneo.”²⁷

As consequências jurídicas da confissão extrajudicial da prática de infração penal não estão devidamente previstas na lei. Em nossa opinião, se o agente autor do fato realiza o ANPP, conseqüentemente, não poderá figurar no polo passivo da ação penal, mas eventualmente poderá ser demandado a reiterar o conteúdo de sua confissão formal e circunstancial perante Juízo, no curso de ação penal, especialmente nos casos em que a ação prossiga em relação a coautores.

Neste particular aspecto da possibilidade de implicação de terceiros, defendemos que o implicado pelo compromissário-réu tem o direito **de falar por último em todas as fases processuais, assim como deve ocorrer nos casos clássicos de chamada de corréu e nas colaborações premiadas** (art. 4º, 10-A, Lei 13.964/19) – “em todas as fases do processo, deve-se garantir ao réu delatado a oportunidade de manifestar-se após o decurso do prazo concedido ao réu que o delatou”.

²⁷ Especificamente, DOTTI, René Ariel. “A atenuante da confissão”. In: *Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 356; GOMES, Luiz Flávio; CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 135.

É claro que a confissão, por si só – ainda que feita formalmente, na presença de defensor constituído e de maneira circunstancial – não serve para firmar um juízo condenatório. Exige-se mais. Contudo, a confissão do agente acordante e firmatário do ANPP, uma vez confirmada em juízo, mediante contraditório, pode ser utilizada como fundamento (não exclusivo, evidentemente) para embasar uma conclusão condenatória.

Logo, para que a confissão extrajudicial tenha validade, defendemos a necessidade da oitiva judicial do compromissário-réu, nos termos da primeira parte do art. 155 do Código de Processo Penal.²⁸ Em nossa ótica, a força da confissão extrajudicial contida no acordo é similar ao conteúdo de um depoimento de assunção de culpa pela prática da infração penal perante autoridade policial ou ministerial. O depoimento deverá obrigatoriamente ser prestado na presença de advogado e, como ato extrajudicial, isoladamente, não tem *standard* probatório suficiente que possa validar exclusivamente uma condenação no processo penal de garantias.

A confissão judicial é apenas um meio de prova a ser utilizado pelo Juiz, como um dos elementos para absolver ou incriminar terceiros envolvidos na hipótese acusatória. É da essência dos espaços de consenso no processo penal o recurso à palavra do réu-celebrante como meio probatório, fundamentalmente quando há admissão de culpa, em confissão que, ainda que seja circunstancial da prática de infração penal, atingirá terceiros envolvidos – isso é inegável. Contudo, também deriva do texto legal, que a mera “palavra do Colaborador” da Justiça não pode servir de base para o proferimento de sentença penal condenatória, no caso das colaborações premiadas (art. 4º, §16, Lei 13.964/19)²⁹, pois torna-se evidente a falta de justa causa por ausência mínima de prova. No caso do ANPP, não é diferente.

5.2 Confissão extrajudicial homologada no ANPP – compartilhamento e efeitos

Eventualmente, poderá ocorrer o compartilhamento da confissão extrajudicial que acompanha o ANPP homologado com os outros órgãos de persecução do

²⁸ “Art. 155, CPP: O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial.”

²⁹ Precedentes: STF, 2ª Turma, Min. Rel. Gilmar Mendes, HC 158.319/SP, por maioria, vencido Min. Luiz Edson Fachin, j. 02/06/18; STF, 2ª Turma, Min. Rel. Dias Toffoli, Inq 3.998/DF, j. 09/03/18.

Estado. De igual modo, a confissão confirmada em juízo, garantidos o contraditório e a ampla defesa, também poderá ser compartilhada. Não é incomum, ainda, a utilização da confissão, seja extrajudicial ou judicial, por terceiro, especialmente pela vítima.

De fato, poderão ocorrer desdobramentos jurídicos da confissão que integra o ANPP, o que não está devidamente previsto na legislação. No que tange à confissão judicial, as consequências já são conhecidas na doutrina e jurisprudência.

Então, a questão a ser enfrentada resta limitada ao eventual compartilhamento da confissão extrajudicial que foi homologada no ANPP por parte do Ministério Público ou por outros órgãos de persecução, que a ela tenham acesso. Não há vedação legal para que a confissão que integra o ANPP, devidamente homologado, possa ser utilizada em ações judiciais reparatórias cíveis ou de improbidade administrativa. No mesmo sentido, é o eventual uso do ANPP e da confissão formal e circunstancial que o acompanha, em processos administrativos sancionadores, junto a outros órgãos estatais, como a CGU, CVM ou CADE, por exemplo. Em nosso sentir, é impossível limitar o uso da confissão homologada judicialmente ao âmbito exclusivo do processo penal.

Entretanto, o réu-celebrante deve ser advertido das consequências jurídicas do ANPP, sendo preferível que as advertências constem expressamente no acordo. De outro lado, não há empecilho para que questões extrapenais sejam acertadas e consignadas no termo de confissão ou de acordo. Se o réu-celebrante do ANPP tem interesse na reparação do dano, é possível estabelecer na avença as condições reparatórias à vítima. Poderá ser oportuna a antecipação do que será discutido nas esferas administrativa e cível, o que, aliás, é o que se espera daquele que confessa a prática de crime e que deseja voltar à zona de licitude.

6 ANPP – REPARAÇÃO DO DANO

O dano a ser reparado é o dano *material* causado pela prática da infração penal, passível, portanto, de quantificação. A lei excepciona a reparação, quando o agente não tem condições materiais para reparação ou, ainda, quando a reparação é impossível. Da mesma forma, a lei não impõe hipóteses de indenização por danos *morais*, *sociais* ou *coletivos*, mormente porque tais cálculos envolvem

variáveis diversas – o que impõe um amplo contraditório. Em nosso entendimento, a reparação do dano está atrelada à condição econômica do investigado e sendo cumprido o acordo, haverá a extinção da punibilidade.

Ainda sobre a reparação do dano, nada impede, a depender da espécie de ilicitude praticada, que o ANPP faça referência à reparação integral dos danos, incluindo expressamente danos materiais, imateriais, sociais e econômicos para a vítima ou a serem eventualmente descontados em ações judiciais ou em acordos futuros *etc.*

6.1 ANPP – reparação do dano nos crimes econômicos, financeiros e tributários

Nos crimes econômicos, financeiros e tributários, geralmente, os danos são passíveis de apuração pelas agências estatais de controle – CADE, BACEN e Receita Federal. Portanto, trata-se de um montante que, salvo exceções ou excessos no seu cálculo, é de fácil constatação.

No que se circunscreve aos crimes de essência tributária, é cediço que o parcelamento do tributo impõe a suspensão de eventual ação penal e o seu pagamento integral é causa de extinção da punibilidade.³⁰ O fato é que, o pagamento do tributo, a qualquer tempo, mesmo depois de transitar em julgado a sentença condenatória, extingue a pretensão punitiva. Deste modo, na hipótese, não haveria razão para o agente realizar um ANPP, dado que, além do pagamento, necessitaria confessar a prática ilícita e suportar seus eventuais efeitos. Não haveria, pois, qualquer atratividade no ANPP.

De qualquer modo, somos favoráveis que, em situações de impossibilidade de aderência a programas de parcelamento, basicamente pela falta de disponibilidade financeira do réu, tal não deve servir de óbice para a não realização de ANPP. Afinal, a lei não impôs que sempre deve ser reparado o dano e, neste particular, nada impede negociação que, por outro lado ajuste o pagamento de prestação pecuniária num valor minimamente razoável.

³⁰ De acordo com a Lei 12.382/11 que alterou o art. 83 da Lei n. 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passando a da seguinte maneira: “§ 4º *Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento.*”

De lembrar, por fim, que, no nosso ordenamento, o ANPP é firmado, nos crimes tributários e econômicos, por pessoas físicas e as execuções que o Fisco promove são contra o contribuinte que costuma ser, em larga medida, a sociedade empresária – o que reforça a realização de acordo e também o fato de que a reparação do dano não deixará de ser buscada pelos órgãos, inclusive, em outras esferas e até em ações de improbidade.

7 ANPP – NÃO HOMOLOGAÇÃO E MEIO DE IMPUGNAÇÃO

Os meios de impugnação judicial permitem “o exercício pleno da cidadania e da manutenção das liberdades públicas”. São instrumentos “capazes de dar novo e melhor status à posição jurídica anterior do indivíduo-acusado”, consagram “pluralidade de graus de jurisdição” e a “retilínea aplicação da lei penal no sistema geral de garantias, visando a boa distribuição da justiça.” É, portanto, “o poder de, pela via da impugnação recursal, reexaminar as decisões judiciais”.³¹

Compreendemos “o exercício recursal” como “um exercício de cidadania”. Nas palavras de Alexandre WUNDERLICH:

“é um direito que possibilita a adoção plena do princípio constitucional e político do duplo grau de jurisdição: princípio básico em que se estrutura o poder judiciário da pluralidade de graus. Assim, no Estado Constitucional Democrático de Direito, o recurso limita o arbítrio judicial e obriga ao reexame da causa.”³²

Neste contexto, agiu bem o legislador ao estabelecer o direito ao recurso quando o juiz não homologar a proposta de ANPP do Ministério Público e o seu aceite pelo investigado. O § 7º, do art. 28-A do Código de Processo Penal estabelece a possibilidade do juiz não homologar a proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º do mesmo artigo [que trata de eventual hipótese de juiz, se considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, devolver os autos ao

³¹ WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

³² WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 26.

Ministério Público para que seja reformulada, com concordância do investigado e de seu defensor].

Simultaneamente, a Lei Anticrime alterou o art. 581 do Código de Processo Penal para incluir, no inciso XXV, a possibilidade de interposição de *recurso em sentido estrito*, justamente na hipótese de decisão que não homologue o acordo avençado pelas partes.³³

7.1 ANPP – não propositura e meio de impugnação administrativo

A lei disciplinou a possibilidade de impugnação administrativa por parte do investigado contra decisão de não propositura/recusa do ANPP por parte do agente do Ministério Público. O recurso administrativo previsto na lei deve ser endereçado ao órgão superior do Ministério Público.

A lei silenciou no que tange ao prazo recursal. Para suprir a lacuna, opinamos pelo prazo de 30 (trinta) dias, contados da data do recebimento da comunicação judicial ou extrajudicial da recusa de oferecimento do ANPP, na esteira de uma interpretação sistemática do art. 28-A, § 14, cumulado com o art. 28, § 1º, ambos do Código de Processo Penal.

Entendemos, ademais, que a previsão de recurso administrativo não impede, contudo, o eventual acesso à Justiça, em atenção do direito constitucional de petição (Art. 5º. XXXV, CF/88: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”).³⁴

³³ No ponto, concordamos com DEZEM, Guilherme e SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020, RB-3.9: “Quem poderá opor esse recurso? Tanto o Ministério Público quanto a defesa. Não tem o assistente de acusação legitimidade para interpor esse recurso por ausência de legitimidade e também de interesse processual. Caso seja dado provimento a esse recurso, a decisão do tribunal valerá, desde logo, como homologatória do acordo. Utilizo, nesse ponto, a Súmula 709 do STF por analogia: “Salvo quando nula a decisão de primeiro grau, o acórdão que provê o recurso contra a rejeição da denúncia vale, desde logo, pelo recebimento dela”.

³⁴ A este respeito, refere FREDIE DIDIER JUNIOR: “Prescreve o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal do Brasil: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Trata, o dispositivo, da consagração, em sede constitucional, do direito fundamental de ação, de acesso ao Poder Judiciário, sem peias, condicionamentos ou quejandos, conquista histórica que surgiu a partir do momento em que, estando proibida a autotutela privada, assumiu o Estado o monopólio da jurisdição. Ao criar um direito, estabelece-se o dever – que é do Estado: prestar a jurisdição. Ação e jurisdição são institutos que nasceram um para o outro.” DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento*. Vol. 1. 12ª ed. Salvador: JUS PODIVM, 2010, p. 105.

8 ANPP – RESCISÃO

Após a homologação do ANPP, caberá ao Juízo da Vara de Execuções deliberar sobre eventual pedido de rescisão, afinal, o trânsito em julgado da decisão de homologação colocaria fim à jurisdição do juízo natural ou de garantias.

Da nossa leitura, o fundamento está no §10 do art. 28-A, que prescreve: “*Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.*” Vale registrar, em relação a este ponto, nossa posição no sentido de que a decisão que determina a rescisão do ANPP deve ser precedida, em homenagem às garantias do contraditório e da ampla defesa, de audiência de justificação, a ser realizada, naturalmente, perante o Juízo da Vara de Execuções.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Certo é que o instituto do acordo de não persecução representa um alargamento do modelo de justiça criminal negocial no Brasil. Está ainda nos seus primeiros meses de vigência. De qualquer sorte, trata-se de “*é uma negociação entre as partes, que são livres para bem negociar; todavia, é preciso respeitar parâmetros mínimos para que não seja um acordo de adesão pelo investigado e/ou para que não sejam impostas duras condições pelo parquet.*”³⁵

10 REFERÊNCIAS

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre a justiça dialogal: teses e antíteses sobre os processos de informalização e privatização da justiça penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

CARVALHO, Salo; WUNDERLICH, Alexandre (org.). *Diálogos sobre juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

³⁵ SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Prefácio. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; LOPES JR, Aury; ROSA, Alexandre Morais da. *Delação premiada no limite: a controvertida justiça negocial made in Brazil*. Florianópolis: Emais, 2018.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei 13.964/2019*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

DOTTI, René Ariel. “A atenuante da confissão”. In: *Revista dos Tribunais*, 2003, p. 356; GOMES, Luiz Flávio;

CERVINI, Raúl. *Crime Organizado: Enfoques criminológico, jurídico e político-criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*, Vol. 1. Florianópolis: Tirant lo Blanch, 2018, p. 76-77.

POLI, Camilin Marcie de; DELLA VILLA, Giovani Frazão. “A disponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019”. In: CAMARGO, Rodrigo Oliveira de; FELIX, Yuri. *Pacote Anticrime: reformas processuais – reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: Emais, 2020.

PRADO, Geraldo. *Elementos para uma análise crítica da transação penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

RAUX, Jean-François. “Elogio da Filosofia para construir um mundo melhor”, in MORIN, Edgar e PRIGOGINE, Ilya (orgs.). *A Sociedade em Busca de Valores. Para fugir à alternativa entre o cepticismo e o dogmatismo*. Lisboa: Piaget, 1996.

REALE JÚNIOR, Miguel. “Colaboração premiada: natureza, dilemas éticos e consequências”. In: BENETTI, Giovana; CORREA, André R.; FERNANDES, Marcia Santana; NITSCHKE, Guilherme; PARGENDLER, Mariana; VARELA, Laura Beck (orgs.), *Direito, cultura, método: leituras da obra de Judith Martins-Costa*, Rio de Janeiro: GZ, 2019.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. “Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime”. In: *Boletim IBCCRIM*, n. 318, maio 2019.
SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. “Notas sobre o acordo de não persecução penal”. In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>.

SCHIMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J.P. (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Colaboração premiada no processo penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. “Colaboração Premiada – o direito à impugnação de cláusulas e decisões judiciais atinentes aos acordos”. In: MOURA, Maria Thereza de Assis; BOTINI, Pierpaolo (coords). *Colaboração premiada*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

WUNDERLICH, Alexandre; RASSI, João Daniel; TAFFARELLO, Rogério Fernando. “Doze perguntas sobre colaboração premiada: em busca de segurança jurídica”. In: *Portal Jota*, 10 nov. 2017 [Disponível em: <https://www.jota.info/>].

WUNDERLICH, Alexandre; NETO VIEIRA, João. “Acordo de Não Persecução Penal Recursal - novatio legis in melius?”. In: *Conjur*. Publicado em 30/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>.

WUNDERLICH, Alexandre. “Por um sistema de impugnações no processo penal constitucional brasileiro: fundamentos para a (re)discussão”. In: WUNDERLICH, Alexandre (Org). *Escritos de direito e processo penal em homenagem ao professor Paulo Cláudio Tovo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.