



do acordo de não persecução penal

Instituto inserido no art. 28-A do CPP pelo Pacote anticrime, o Acordo de

Não Persecução Penal vem na perspectiva de ampliação do chamado espaço de consenso ou justiça negociada no processo penal, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Para que seja oferecido pelo Ministério Público a lei exige que: a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o agente confesse o crime; c) a pena em abstrato seja inferior a 4 anos; d) não seja crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (doloso); e) não seja crime de violência doméstica f) não seja o agente reincidente; g) não seja cabível a transação; h) o agente não possua antecedentes que denotem conduta criminoso habitual (aplica-se a Súmula 444 do STJ ao caso); e, l) não ter sido beneficiado nos últimos 5 anos com ANPP, transação ou sursis processual.

Preenchidas tais condições, o representante do Ministério Público designará audiência em seu gabinete ou sede da Promotoria para as tratativas iniciais sobre discussão de que condições serão aplicadas, que vão desde a reparação do dano até a prestação pecuniária ou de serviço à comunidade, especificadas na lei. Depois disso haverá uma audiência perante o Juiz das garantias (com eficácia suspensa pela decisão liminar do Min. Fux dada na ADI 6298, até julgamento pelo Plenário do STF) que, após averiguar a presença da legalidade e voluntariedade do acordo, homologa-o. Haverá, ainda, uma terceira audiência perante o Juízo das Execuções para decidir sobre local e outros assuntos referentes ao cumprimento das condições que, ao final, terá sentença de extinção da punibilidade proferida por este mesmo Juízo, após constatação do cumprimento de todas as cláusulas do acordo pelo agente. Imiscuídas dentro desse contexto, existem questões práticas que não encontram resposta na lei e que estão aqui nominadas como “polêmicas”. Eis as perguntas e suas respostas:



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^[1]:

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.

2ª) Cabe ANPP aos processos de ação privada? Sim. Cabível o ANPP por ausência de vedação legal aos crimes de ação privada que tramitam na Justiça comum desafiando o rito especial (art. 519 a 523, CPP) ou que tramitam no JECRIM, mas o querelante não tem direito a transação, nem a sursis processual. Inclusive, pensamos que esse debate seguirá o mesmo rumo que no passado existiu em torno da transação penal.

Para a primeira audiência de tratativas perante o Ministério Público deverá também a vítima ser intimada para comparecimento, com vistas a, exemplo do que ocorre na transação penal, participar da audiência e discutir as condições. Caso não compareça ou se negue a oferecer o acordo isso não impede o membro do *Parquet* o proponha, na qualidade de custos legis.

3ª) Quando a fração da causa de aumento ou de diminuição a incidir sobre o mínimo da pena em abstrato for variável, aplica-se a maior ou a menor fração para aferir se o agente faz jus ao ANPP? Deve-se levar em conta, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir. Por vezes o crime tem uma causa de aumento ou diminuição, a exemplo do crime tentado, que tem diminuição prevista no art. 14, II do CP. Nesse caso, como fazer para saber se a pena mínima ultrapassará ou não os 4 anos após a aplicação da causa de diminuição ou aumento?

O dispositivo legal que tratou do tema não especificou como deveria ser feita esse cálculo, limitando-se no § 1º do art. 28-A a dizer 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”. Deixa dúvida sobre que fração usar.



A doutrina diverge a respeito do tema. Cremos, entretanto, que deve-se ser levado em conta o direcionamento proposto pela Súmula 723 do STF que afirma:

“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”.

Tal direcionamento deverá ser levado em conta por analogia também ao instituto do ANPP. Desse modo, para se saber se o investigado tem direito ao ANPP quando o crime tiver causa de aumento ou de diminuição variável, leva-se em conta: na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir.

O enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores Gerais) e GNCCRIM (Grupo nacional de coordenadores de centro de apoio criminal) dispõe que “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 nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal”.

O STJ (HC 505.156) já decidiu que:

[...]

3. A suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.095/1995, requer que a pena mínima cominada ao delito seja igual ou inferior a 1 ano. O delito de contrabando, previsto no art. 334-A do CP, prevê sanção que varia de 2 a 5 anos de reclusão. Em sua forma consumada, portanto, é inviável a concessão do benefício.

4. Entretanto, em se tratando de crime tentado, deve ser considerada a menor pena cominada em abstrato para o delito, reduzida pela fração máxima prevista no art. 14, II, do Código Penal, isto é, de 2/3, o que possibilita a suspensão condicional do processo, na medida em que a pena mínima em abstrato, com a redução pela tentativa, é inferior a 1 ano.

[...]

4º) *Em caso de descumprimento do ANPP, a confissão feita pelo investigado poderá ser usada contra ele durante o curso do processo que a caso venha a surgir?* Não. A confissão não poderá ser usada com prova contra o investigado no curso do processo.

A respeito do tema MAZLOUM^[2] afirma que “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável a regra do artigo 155 do CPP. Ademais, a situação assemelha-se à delação premiada desfeita, em que as provas autoincriminatórias não podem ser utilizadas em desfavor do colaborador”.



Na mesma linha de raciocínio SANCHES^[3] aduz que “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”.

5º) *O Ministério Público é obrigado a propor o ANPP, caso o agente preencha os requisitos?* Essa é uma questão que irá gerar muita discussão, não havendo consenso nem entre os autores dessa coluna. Aury Lopes Jr. entende que – preenchidos os requisitos legais – se trata de direito público subjetivo do imputado, um direito processual que não lhe pode ser negado. Determina o § 14 que se deve aplicar por analogia o art. 28 do CPP, com o imputado fazendo um pedido de revisão (prazo de 30 dias) para a instância competente do próprio MP, que poderá manter ou designar outro membro do MP para oferecer o acordo. Essa é uma leitura possível do novo art. 28 e sua incidência em caso de inércia do MP. Contudo, é possível cogitar de outra alternativa. Acolhendo a tese de que se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-?ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-?acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. Mas já imaginamos que essa posição encontrará resistência e que a tendência poderá ser pela aplicação do art. 28 do CPP (seja o art. 28 antigo ou pelo novo dispositivo – cuja liminar suspendeu a eficácia – quando entrar em vigor).

Já Higyna Josita entende que não é direito subjetivo, mas faculdade do MP. Como já decidiu o STJ (AgRg no RHC 74.464/PR), a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensuada. O MP não é obrigado a ofertar o acordo mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo, até mesmo porque o agente tem direito a saber a razão da recusa pelo MP para ter como desenvolver sua argumentação no pedido de revisão que poderá fazer junto ao Órgão Ministerial Revisional para o qual poderá dirigir um pedido de reconsideração, com remessa dos autos (art. 28, § 14, CPP). Isso se chama exercício do direito a ampla defesa.

Enfim, muitas questões ainda precisarão ser resolvidas ao longo dos próximos anos, mas o acordo de não persecução é uma realidade e precisamos aprender a lidar com ele.

[1] Retirado da página internet, em 18/02/20: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniaao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>



[2] Retirado da página internet, em 18/02/20: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-acoas-curso>

[3] CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodium, 2020. p. 129.

Date Created

06/03/2020