

Opinião: ANPP — a atuação ex officio do Poder Judiciário

A Lei nº 13.964 de 2019, popularmente denominada pacote "anticrime", inaugurou no ordenamento brasileiro o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), acrescentando ao Código de Processo Penal o artigo 28-A. O ANPP, embora previsto na legislação processual penal pátria, condiciona elementos materiais e processuais, vez que disciplina o direito e garantia pessoal do investigado e/ou acusado, nos termos defendidos por Gustavo Badaró [1], além de extinguir a punibilidade e, simultaneamente, as regras de composição entre as partes, sendo um instituto, portanto, regulado por



A importância de o ANPP estar disciplinado por legislação

mista, e não puramente processual, reside no fato da possibilidade de se aplicar *concomitantemente* os princípios da retroatividade da lei penal mais benéfica, previsto nos artigos 5º, inciso XL, da Constituição e 2º, parágrafo único, do Código Penal, e do *tempus regit actum* (artigo 2º, do CPP), de modo que impede a declaração de invalidade dos atos processuais praticados anteriormente à promulgação da Lei nº 13.964/2019 e na possibilidade de o instituto negocial incidir a quaisquer processos em andamento.

Todavia, há uma nítida divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o momento processual limite para o oferecimento do ANPP.

A Resolução 181/2017, alterada pela 183/2018, ambas do CNMP, texto-base utilizado pelo legislador para a inclusão do artigo 28-A do CPP, externou o posicionamento sobre seu cabimento para ações penais já em andamento quando da vigência da legislação federal.

Nesse cenário, tanto os tribunais federais [2] [3] e estaduais [4] quanto a 6º Turma do STJ [5] entenderam pela possibilidade de oferecimento do ANPP em qualquer fase processual até o trânsito em julgado [6], inclusive com início antes de a lei entrar em vigor. A matéria, contudo, ainda não é pacífica no âmbito do STJ, eis que, em recente julgamento (HC 628.647), a mesma 6º Turma adotou posicionamento diverso, afirmando que o ANPP pode retroagir, mas desde que a denúncia não tenha sido recebida, acolhendo o entendimento da 5º Turma e do Supremo Tribunal Federal [7] [8]. Em outros termos, a Portaria Conjunta nº 20 do MP-MG e do TJ-MG [9] e autores como Aury Lopes [10] limitam o ANPP até a sentença.

Para tentar sanar as divergências, o ministro Gilmar Mendes, no Habeas Corpus nº 185.913/DF, afetou o tema a julgamento pelo Plenário do STF, que deverá decidir: 1) o ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/2019?; 2) qual é a natureza da norma inserida no artigo 28-A do CPP?; 3) é possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

Ocorre que, enquanto isso, diversos magistrados, *ex officio*, vêm convertendo os feitos criminais em diligência, determinando a imediata intimação do Ministério Público para que oferte ou justifique a impossibilidade de oferecimento do ANPP, reconhecendo o instituto como despenalizador e passível de aplicação aos feitos já em curso. Por exemplo, em denúncia decorrente da operação Carne Fraca [11], iniciada em 2014, mesmo após apresentadas alegações finais, o magistrado federal, em 2020, converteu o feito em diligência e intimou o *Parquet* federal para oferecimento do ANPP. Não distante, em denúncia da "lava jato" [12], após seu recebimento, o magistrado intimou o Ministério Público para que se manifestasse a respeito da possibilidade de oferecimento do ANPP aos acusados.

O Tribunal do estado da Bahia [13], através do ato normativo conjunto nº 003, de 25 de fevereiro de 2021, artigo 2º, determinou que os magistrados, com competência em matéria criminal, deverão "*identificar as ações penais e os inquéritos que se amoldam aos requisitos previstos no artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal*" e intimar a defesa para se manifestar quanto ao interesse em celebrar o ANPP com posterior encaminhamento ao Ministério Público.

Referidas diligências conduzem a duas outras questões importantes: o oferecimento do ANPP é um direito subjetivo do suspeito? O magistrado pode provocar *ex officio* o Ministério Público para que proponha o acordo?

Aury Lopes Jr. entende que [14], preenchidos os requisitos legais, o ANPP se trata de um direito público subjetivo que não pode ser negado ao réu. Todavia, essa linha está sendo paulatinamente descartada pela jurisprudência, visto que retiraria a natureza de acordo, abrindo a possibilidade de o juízo determinar a sua realização de ofício. Já Higyna Josita [15], no mesmo artigo, entende que não se trata de um direito subjetivo, sendo faculdade do Ministério Público propor o acordo, desde que justifique o seu não oferecimento. No mesmo sentido, o entendimento da 5ª Turma do STJ no julgamento do AgRg no RHC 130.587/SP [16]. Em outros casos, a questão foi levada ao TRF-4, onde, no mesmo julgado [17], o desembargador federal Luiz Carlos Canalli assevera que o magistrado age dentro do seu dever constitucional, enquanto a desembargadora federal Salise Monteiro Sanchotene alude que a decisão (intimar o MP sobre o oferecimento do ANPP) é tumultuária, pois inova procedimento não previsto em lei.

Inobstante tratar-se — ou não — de direito subjetivo do acusado, pensamos ser correto afirmar que é um dever do magistrado, verificando a inércia do MP ou a ilegalidade do não oferecimento do ANPP, agir de ofício para levar o caso à apreciação do órgão superior do Ministério Público.

É certo que um dos objetivos do ANPP é a busca da uniformização de políticas criminais pelo Ministério Público, dando-se primazia à resolução de crimes graves. Dessa forma, a análise subjetiva quanto à necessidade e suficiência do acordo para a reprovação e prevenção do crime não pode ser levada a efeito isoladamente por um único promotor de Justiça e mediante critérios amplamente fluídos [18] [19], restando necessário, em prol de um alinhamento institucional, que a decisão possa ser revista pelo órgão superior do Ministério Público [20].

Assim, se compete ao magistrado averiguar a inadequação, a insuficiência ou a abusividade das condições dispostas no acordo (CPP, artigo 28-A, §5º), resta claro que a inércia do MP e a opção (carente de fundamentação) pela trilha do processo demonstra uma via inadequada e abusiva para solução do caso penal, que não pode passar despercebida pelo Poder Judiciário, pois não é possível se pensar a administração da Justiça sem um marco de garantias e sem a afirmação de direitos individuais preferíveis aos fins da própria aplicação da pena em sua vertente conflitiva [21]. Outrossim, constitui dever dos membros do MP (LONMP, artigo 43, III e VI) "*indicar os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos processuais...*" e desempenhar as suas funções com presteza.

Nos termos do artigo 61 do CPP, se em qualquer fase do processo o juiz visualizar causa extintiva da punibilidade, deverá declará-la *de ofício*. Dessa forma, considerando que o ANPP tem como consequência — após o seu adimplemento — a decretação da extinção da punibilidade, e visualizando que o membro do MP deixou de oferecer o acordo, é dever do magistrado impulsionar o feito para manifestação do órgão superior do MP. Não podemos olvidar que o ANPP pode se mostrar viável até mesmo no curso do processo, especialmente nos casos de desclassificação e parcial provimento da denúncia, o que ensejaria uma reanálise quanto ao seu cabimento.

Com a celebração do ANPP, os casos criminais poderiam ser encerrados já em primeira instância, evitando um prolongamento indefinido e custoso da relação material que acaba por eclipsar uma das finalidades do direito objetivo, qual seja, o de alcançar a paz jurídica em prazo razoável [22], fazendo valer o direito fundamental disciplinado na Constituição (artigo 5, LXXVIII).

A tramitação desarrozoada do processo, por sua vez, torna cada vez mais incerta a decisão judicial, acarreta enormes prejuízos financeiros ao acusado e ao Estado e, aos olhos de terceiros, mitiga a própria presunção de inocência, fomentando a estigmatização do acusado [23].

Conforme asseverado pelo vice procurador-Geral da República no Habeas Corpus (HC) 185.913/DF, o objetivo primário do ANPP é abreviar o processo-crime, tratando-se de instituto destinado a favorecer e facilitar o decurso do feito.

O juiz tem o dever de exercer a função de defensor da legalidade, inclusive avaliando o acordo quando remetido para homologação, tratando-se de terceiro desinteressado. A abertura de vista, ou, em caso de inércia, o encaminhamento do feito para o órgão superior do MP não atentaria contra sua imparcialidade e não violaria o sistema acusatório, considerando que o cabimento do acordo ainda competiria ao *Parquet*.

Nesse ponto, cabe a reflexão da analogia com instituto semelhante, a suspensão condicional do processo, cuja legitimidade de proposta igualmente é do MP, no qual o juiz pode remeter de ofício ao órgão superior do MP caso tenha sido negado na primeira instância, aplicando o artigo 28 do CPP, conforme entendimento sumulado pelo STF no Verbete nº 696.

A natureza pública do ANPP reflete certa discricionariedade regrada, ao tempo que figura como interesse mútuo de todas as partes, inclusive do Poder Judiciário, em desafogá-lo de processos evitáveis, caso preenchidos todos os requisitos legais.

Dessa forma, em que pese não haver um consenso doutrinário e jurisprudencial sobre o momento limite para oferecimento do ANPP ou mesmo se é ou não direito subjetivo do suspeito, é certo que o objetivo de sua inserção em nosso ordenamento jurídico é a economia processual nos crimes de menor gravidade, mediante um acordo entre o Estado, representado pelo Ministério Público, e o suspeito, suficiente para a repressão e prevenção da conduta ilícita praticada, visando à extinção da punibilidade.

Assim, observando o magistrado hipótese legal de aplicação do ANPP, deve intimar o Ministério Público para manifestação sobre o seu oferecimento e, em caso de recusa insuficientemente fundamentada, encaminhar os autos ao órgão superior do Ministério Público para revisão.

[1] "Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material". (BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 3º Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2015. p. 95).

[2] TRF-4 – Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109/RS. Rel. Des. Thompson Flores Lenz. 4º Seção, j. 21/05/2020

[3] TRF-3 – ApCrim 00126350820164036119/SP. Rel. Des. José Lunardelli. 11º Turma, j.12/11/2020.

[4] TJ-RS – HC 70084854967/RS. Rel. Volnei dos Santos Coelho. 5ª. CCrim, j. 11/02/2021.; TJ-PR – 2ª C.Crim – 0001196-42.2016.8.16.0060 – Cantagalo – Rel. Des. Luís Carlos Xavier – Rel.Desig. p/ o Ac: Des. Laertes Ferreira Gomes – J. 17.07.2020.

[5] STJ – AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª. T, j. em 08/09/2020, DJe 14/09/2020; STJ – Pext no AgRg no HC 575395/RN. Rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª. T, j. em 15/12/2020, DJe 18/12/2020.

[6] LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*, 17ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 318.

[7] REsp. n. 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ – 5ª Turma. No mesmo sentido: Brasileiro de Lima, Renato. *Pacote Anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 225; e Enunciado nº 20 do Encontro Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça: Enunciado 20 (artigo 28-A). Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". Disponível em: <https://bit.ly/397SaPI> e acessado em 24/03/2021.

[8] STF, HC n. 187.341. No referido julgamento, o STF entendeu ser inaplicável a retroatividade do §5º do artigo 171 do Código Penal às hipóteses nas quais o Ministério Público tiver oferecido a denúncia antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19.

[9] "artigo 2. Os Juízes de Direito com competência em matéria criminal deverão determinar às respectivas Secretarias Judiciais, que em até 60 (sessenta) dias, identifiquem os processos ainda não sentenciados, e inquiridos em andamento, que se amoldam aos rigores previstos no artigo 28-A, "caput" do Código de Processo Penal". Disponível em: <https://bit.ly/3slsGFN> e acessado em 24/03/2021.

[10] Portaria Conjunta n. 20, do Ministério Público de Minas Gerais.

[11] Ação Penal nº 50295488420204047000, 14ª VF de Curitiba-PR.

[12] Ação Penal nº 50288383520184047000, 13ª VF de Curitiba-PR.

[13] <https://bit.ly/3sUZxBH>.

[14] <https://bit.ly/3sD5K4V>. No mesmo sentido: LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 221.

[15] <https://bit.ly/3fyOiuH>. No mesmo sentido: CABRAL, Rodrigo Ferreira Leite. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador. JusPodivm, 2020, p. 197-199.

[16] AgRg no RHC 130.587/SP, Rel. Min. Felix Fischer, 5ª. T, j. em 17/11/2020, DJe 23/11/2020.

[17] TRF-4 – Correição Parcial: 5009342-97.2020.4.04.0000/RS, Rel. Luiz Carlos Canalli, 7ª Turma, DJ 05/05/2020

[18] Conforme esclarece Franco, trata-se de requisito "genérico, subjetivo e se presta a abusos de toda ordem". (FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In. Acordo de não persecução penal, 2ª. ed., org. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 438).

[19] Antonio Fonseca aduz, por exemplo, que usar a repercussão social da conduta do agente para não celebrar o acordo "ao arbítrio unicamente da acusação parece discutível". (FONSECA, Antonio. *Acordos de não persecução e ambiguidades das normas legais*. Consultor Jurídico – Conjur, 10 de março de 2021, disponível em: <https://bit.ly/3cnTlfA>, acesso em 26/03/2021).

[20] Ao dissertar a respeito do requisito da "prevenção e reprovação do delito", Cabral vislumbra ser necessária a análise da gravidade do injusto e, para tanto, recomenda que o membro do Ministério Público verifique os "parâmetros normativos da própria Instituição, com o objetivo de uniformizar a atuação, evitando-se tratamentos desiguais". (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In. Acordo de não persecução penal, 2ª. ed., org. Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 370).

[21] COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; AVELAR, Daniel R. Surdi de. A duração razoável do processo: em busca da superação da doutrina do "não-prazo". In. *Direito e Processo Penal. Entre a prática e a ciência*. Org. Paulo Busato. Curitiba: Luiz Carlos Centro de Estudos Jurídicos, 2013, p. 196.

[22] PASTOR, Daniel R. *Acerca del derecho fundamental al plazo razonable de duración del proceso penal*. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, vol. 52, p. 293, jan/2005, p. 02.

[23] COUTINHO; AVELAR, op. cit, p. 204.

Date Created

05/04/2021