

DOCTRINA

Acordo de Não Persecução Penal do Artigo 28-A do CPP: Breve Introdução, Problemas Iniciais e os Limites da Exigibilidade da Reparação do Dano ao Erário e ao Particular

FLÁVIO AUGUSTO MARETTI SGRILLI SIQUEIRA

Pós-Doutorado em Democracia e Direitos Humanos – Universidade de Coimbra; Doutor em Direito Penal e Política Criminal – Universidade de Granada; Mestre em Direito Penal e Tutela dos Interesses Supraindividuais – Universidade Estadual de Maringá; Especialista em Direito e Processo Penal – Universidade Estadual de Londrina; Professor-Visitante na Especialização em Direito Penal e Processo Penal da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – Poços de Caldas; Professor Adjunto de Direito Penal, Processo Penal e Direito Administrativo – Libertas Faculdades Integradas; Defensor Público/MG.

RESUMO: O acordo de não persecução penal desvela novo instrumento de introyecção no sistema de justiça penal de elementos de consensualidade já seguindo tendências de outras experiências existentes em nosso ordenamento jurídico. O artigo tenciona trazer seus lineamentos gerais, seus problemas de (in)compatibilidade com a principiologia processual penal e como ajustar esse cenário típico do direito privado no sistema penal, reduzindo os pontos de tensão em virtude dos interesses em tela, com uma ligeira ênfase na questão da reparação dos danos à vítima.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução. Consensualidade. Reparação dos Danos.

SUMÁRIO: 1 Noções Introdutórias. 2 Legitimados, Elementos Essenciais, Requisitos e Ajustamento das Obrigações; 2.1 Requisitos do Acordo; 2.1.1 Reparação dos Danos; 2.1.2 Renúncia Voluntária de Bens e Direitos Advindos da Infração Penal; 2.1.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas; 2.1.4 Condição Inominada. 3 Impossibilidade de Firmamento do Acordo. 4 Materialização Procedimental e Controle Jurisdicional de Cláusulas do Acordo de Não Persecução. 5 Repactuação e Consequências do Descumprimento do Acordo de Não Persecução. 6 Conclusões. 7 Referências.

1 Noções Introdutórias

O acordo de não persecução penal (ANPP), que consiste “na aceitação e no cumprimento de medidas por parte do investigado e, ao final, haverá extinção da punibilidade caso não tenha sido rescindido” (DEZEM; SOUZA, 2020), foi criado no direito brasileiro por força dos arts. 18 e seguintes da Resolução nº 181/2017, do Conselho Nacional do Ministério Público.

O ato infraregal foi elaborado com violação ao art. 22, I, da CF, posto que a matéria trata da mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal e, logo, refere-se ao processo penal, nunca podendo, com vênias, ser entendida como mera otimização da atuação interna do Ministério Público.

Recorda-se que as hipóteses de discricionariedade regrada estão previstas em lei, em que recordamos, por exemplo, a Lei nº 9.099/95, os acordos de colaboração premiada das mais variadas leis (Leis ns. 12.850/2013, 9.613/98, 8.137/90 e 7.492/86, etc.).

Com a finalidade de superar esse estado de inconstitucionalidade, a Lei nº 13.964/2019, cunhada de pacote “anticrime”¹, incorporou a estrutura desse acordo no Código de Processo Penal², o qual por inserir nova causa extintiva de punibilidade é considerada norma híbrida e pode ser aplicada aos processos em curso (JOSITA; LOPES, 2020, p. 1; MAZLOUM; MAZLOUM, 2020, p. 1; CABRAL, 2020, p. 213)³, inclusive naqueles em que houve sentença

1 Marcelo Ribeiro de Oliveira pontua que: “(...) a própria locução ‘legislação anticrime’ não parece das mais felizes. Não se concebe a existência de uma legislação ‘pró-crime’ ou ainda o advento de uma lei para reparar uma lei ‘pró-crime’ antes existente. Tal menção ganha contornos mais próximos de propaganda para a população em geral do que, propriamente, uma mudança científica e pensada” (OLIVEIRA, 2020, p. 237-238).

2 Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 41 e segs.) assinala que a adoção da justiça penal negociada apresenta a redução do espaço de tempo entre o cometimento da infração penal e o pronunciamento formal do Estado acerca disso, a qual afeta o objetivo da prevenção dos delitos e, inclusive, cria o estigma de condenado quando não houve julgamento da questão. Aliado a isso vem a questão da autonomia da vontade do arguido e também da ideia de preservação da liberdade.

3 Há de se observar que o TRF da 4ª Região recentemente entendeu dessa forma, em que o Tribunal converteu o julgamento em diligência para que na primeira instância se analise a viabilidade do benefício, sob pena de supressão de instância e violação ao promotor/juiz natural: “QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA. 1. Por não se tratar de norma penal em sentido estrito, a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público não fixa normas penais, mas, apenas, procedimentos internos, pelo que não se há de falar em nulidade da ação penal em face da sua não observância previamente à propositura da ação penal. 2. O acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem também natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 3. É possível 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). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo art. 28-A do CPP. 5. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias. 6. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução

condenatória passada em julgado por ser uma “norma processual material benéfica” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.253)⁴.

O aspecto que merece destaque inicial é que o legislador processual penal tratou de prever uma solução na lei geral, portanto, aplicável a todos os casos indistintamente em vez de apresentar soluções fragmentadas e voltadas exclusivamente a tratar de certos tipos de crimes, como ocorre atualmente com a colaboração premiada⁵ que é tratada em algumas leis penais esparsas.

A alteração fixa, conforme Rogério Sanches Cunha, “(...) um ambiente de coparticipação racional, mediante vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que reforçam a confiança no cumprimento integral” (CUNHA, 2020, p. 128).

O ANPP é entendido por alguns como um negócio jurídico extrajudicial, com natureza negocial pré-processual⁶ ou pós-processual⁷, que tem por

penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal. 7. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica. 8. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar. 9. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo. 10. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários. 11. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP. 12. O art. 28-A do CPP silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal) e o concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do acordo de não persecução penal quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta – no caso de sentença condenatória já proferida – for igual ou superior a quatro anos. 13. Questão de ordem solvida para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do CP, introduzido pela Lei nº 13.964/2019” (TRF da 4ª Região, Apelação Criminal 5005673-56.2018.4.04.7000/PR, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, DJ 13.05.2020).

4 Caso ele seja aplicado na fase de execução de pena, o juiz da VEP deverá homologá-lo, determinar a suspensão do curso da execução de pena pelo acordo ser uma questão prejudicial ao cumprimento da pena, em que ele poderá invocar por analogia o art. 156 da Lei nº 7.210/84. Cumprido o acordo extingue-se a punibilidade, inclusive com a supressão do registro da condenação da folha de antecedentes, sendo que o sentenciado, inclusive, deixará de ser reincidente. Todavia, há de se registrar que a jurisprudência do STJ diz que a decisão absolutória ou extintiva da punibilidade não constará da folha de antecedentes, porém, ficará registrada no banco de dados do instituto de identificação, vez que: “não podem ser excluídas do banco de dados do Instituto de Identificação, porque tais registros comprovam fatos e situações jurídicas e, por essa razão, não devem ser apagados ou excluídos, observando-se que essas informações estão protegidas pelo sigilo” (STJ, AgRg no REsp 1.751.708/SP, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, j. 05.02.2019, DJe 22.02.2019). Contrariamente: CABRAL, 2020, p. 213.

5 Renee do Ó Souza (2020, p. 123) esclarece que não há confusão entre o ANPP e a colaboração premiada, ao dizer que “(...) o acordo de colaboração é caracterizado essencialmente pela natureza instrumental probatória de modo a permitir a ampliação da atuação persecutória, notadamente em casos de criminalidade organizada. Já o acordo de não persecução é marcado pela celebração de um negócio jurídico extrajudicial cabível em situações de média gravidade, somente em casos de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e que enseja o encerramento do caso. O primeiro é um ponto de partida da persecução; o segundo, um ponto de chegada”.

6 SOUZA, 2020, p. 122.

7 O antedito acórdão do TRF da 4ª Região pontua que ele é: “É certo que o ANPP não tem natureza despenalizante, mas, num neologismo, meramente ‘desprocessualizante’. Trata-se de instrumento de política criminal e carcerária, com objetivo claro de criar meios de solução de conflitos de forma célere, efetiva e sem sobrecarregar as partes e

finalidade diminuir o impacto do colapsado sistema de justiça penal brasileiro nos delitos de média gravidade e, noutro lado, é visto como uma obrigação assumida como equivalente funcional da pena⁸.

2 Legitimados, Elementos Essenciais, Requisitos e Ajustamento das Obrigações

A legitimidade para elaboração do acordo de não persecução pertence, exclusivamente, ao Ministério Público. A disposição da ação penal somente pode ser feita por seu titular, não podendo ser objeto de realização pelo Delegado de Polícia, como já indicamos anteriormente (SIQUEIRA, 2017, p. 468), em relação à colaboração premiada, malgrado o STF tenha entendimento distinto (STF, ADI 5.508, Rel. Min. Marco Aurélio). Todavia, existem vozes contrárias que defendem a necessidade e a possibilidade de realização desse acordo pelo Delegado de Polícia (COSTA; HOFFMANN; HABIB, 2019, p. 1), por uma razão de racionalização do sistema processual penal que já conta com poucos recursos⁹.

Posto isso, a nosso sentir, a legitimidade sempre pertencerá ao Ministério Público, que ofertará a proposta de ANPP antes de oferecer a denúncia quanto à ação penal pública e no que trata da ação penal privada subsidiária da pública temos que ela não será viável¹⁰. Não vislumbramos sua possibilidade na ação penal privada pela falta de lei e porque ela resvala em aspectos da execução de penal cuja titularidade pertence, exclusivamente, ao próprio MP, independentemente das condições serem oferecidas por este¹¹.

O art. 28-A do CPP veio com a finalidade de encampar o referido acordo de não persecução e, nele, o legislador indica claramente que é necessária a presença de um procedimento investigatório formalizado por parte do Estado (CUNHA, 2020, p. 128) e inferir em seu bojo a presença de justa causa para

o Judiciário com processos penais de potencial lesivo menos grave, cujas sanções, acabarão, quando muito, fixadas em regime aberto, se não substituídas por restritivas de direito” (TRF da 4ª Região, Apelação Criminal 5005673-56.2018.4.04.7000/PR, Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto, DJ 13.05.2020).

- 8 Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2020, p. 86 e segs.) sustenta que: “(i) com efeito, não há imperatividade nas condições, de modo que não podem elas ser consideradas como penas ou ‘quase penas’; (ii) as condições têm natureza negocial e somente podem ser avençadas pelo Ministério Público quando efetivamente se cumprirem as finalidades preventivas da pena, caso contrário, não poderá ser firmado o acordo”.
- 9 Temos que isso tem a ver com a exclusão da carreira da polícia judiciária como atividade jurídica, uma vez que não lhe cabe interpretar o direito, em especial, por não lhe pertencer a *ação penal*, sendo, pois, regido pelo princípio da legalidade estrita, e ao titular a análise e a própria disponibilidade nas hipóteses legalmente previstas.
- 10 Em sentido oposto: ARAS, 2020, p. 232. Apontando que o entabulamento de ANPP com o MP obstaculiza seu oferecimento temos: CABRAL, 2020, p. 189.
- 11 Encampano essa possibilidade: DEZEM; SOUZA, 2020, p. 1. Contrariamente para admiti-la, com arrimo nos princípios da disponibilidade da oportunidade que orientam a ação penal privada e valendo-se de analogia com a transação penal assentada no STJ (ARAS, 2020, p. 233; LOPES; JOSITA, 2020, p. 1; CABRAL, 2020, p. 186).

a ação penal¹², em que se exige que o investigado formalize uma confissão detalhada de infração penal¹³; que não pode ser daquelas com grave ameaça ou violência¹⁴ e que tenha pena mínima inferior a quatro anos¹⁵, levando em consideração causas de aumento e diminuição de pena incidentes¹⁶, como o art. 28-A, § 1º, do CPP assinala¹⁷.

Levantará a discussão acerca do cabimento do benefício em se tratar de delitos hediondos, sendo que certamente haverá quem sustente sua impossibilidade diante da parte final do art. 28-A, *caput*, do CPP, que aponta ser o instituto necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito¹⁸ (CNPJ, 2020, Enunciado n° 22).

Basta verificar que a Lei n° 8.072/90 estabelece diversas restrições para quem comete delito dessa natureza, o qual, inclusive, recebe tratamento jurídico-penal distinto por força constitucional. Em sentido oposto, caberá questionamento que não há restrição expressa para não se aplicar o instituto (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.254) e que admitir a restrição seria analogia *in malam partem*. A rejeição a proposta não pode simplesmente ser

12 Em sendo caso de arquivamento, não será cabível o oferecimento de proposta de acordo de não persecução (CUNHA, 2020, p. 128); portanto, haverá uma modificação na avaliação da dúvida nesse momento. Posto que, caso se depare com dúvida, não sanável com novas diligências entendemos que será caso de arquivamento não se aplicando o sofisma *in dubio pro societatis*.

13 A confissão deve ser materializada por algum mecanismo, sendo que a redação legal não repetiu a Resolução do CNMP, a qual deve ser adotada (CUNHA, 2020, p. 129). Renee do Ó Souza (2020, p. 129) diz que: “Trata-se, em verdade, de providência de feição preventiva, que busca assegurar que o acordo é celebrado com a pessoa cujas provas colhidas na fase pré-processual indicam ter sido a autora da infração penal. Observa-se, contudo, que a exigência da confissão não serve para a formação da *opinio delicti*, pressuposto anterior à etapa de propositura do acordo de não persecução”. A confissão aqui não servirá de prova para a condenação e temos quem repele a possibilidade de seu oferecimento por carecer de justa causa na hipótese de confissão qualificada em que simultaneamente ao relato do delito praticado é apresentada uma causa de justificação (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.261).

14 Guilherme Madeira Dezem vislumbra que: “No entanto, há especial cautela a ser observada: é possível a proposta de acordo de não persecução penal em uma hipótese. Trata-se da hipótese de infração de menor potencial ofensivo. Não haveria lógica no sistema em permitir que haja todos os benefícios da Lei n° 9.099/95 e não permitir o acordo de não persecução penal. O direito deve ser tratado como um todo lógico e sistêmico. Daí por que há essa necessidade de harmonização e, por consequência, teremos a possibilidade de acordo de não persecução penal para crimes como ameaça e lesão corporal leve. Evidentemente, o raciocínio anterior não se aplica às hipóteses envolvendo Lei Maria da Penha por expressa disposição prevista no art. 28-A, § 2º, IV, e também nos casos em que haja discriminação contra mulher” (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 1). A infração penal deve ser dolosa, em que se afasta o instituto “das *infrações* executadas com *emprego de violência ou grave ameaça* (ainda que não sejam elementares explícitas contra a pessoa)” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.254).

15 Crítico quanto à conveniência do instituto, já que compreende a maioria esmagadora dos delitos de colarinho branco (NUCCI, 2020, p. 60).

16 Toma-se como referência a menor fração para aumento e a maior para diminuição da pena (CUNHA, 2020, p. 129; LOPES; JOSITA, 2020, p. 1). Aury Lopes Jr. e Higyna Josita sugerem a adoção da Súmula n° 723 do STF.

17 Guilherme Madeira Dezem explica que: “Quanto à pena, é de se observar que a lei fala em pena mínima menor do que quatro anos. No cálculo dessa pena levam-se em conta causas de diminuição e de aumento de pena. Aqui, certamente surgirá a mesma discussão que havia em relação à suspensão condicional do processo nos casos envolvendo procedência parcial do pedido (art. 383, § 1º, do CPP e Súmula n° 337 do STJ). Entendemos aqui que, da mesma forma que na suspensão condicional do processo, se na hipótese de desclassificação ou procedência parcial do pedido houver a possibilidade de aplicação de proposta de acordo de não persecução penal, deverá o juiz abrir vista para o Ministério Público fazer a proposta do acordo de não persecução penal” (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 1).

18 Críticos em relação ao dispositivo: DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.256.

lastreada na natureza do delito (Súmula nº 719 do STF) e exige fundamentação amparada nas circunstâncias objetivas e pessoais do investigado.

A lei processual penal agiu diferentemente das demais hipóteses de justiça penal negociada, em que nos benefícios da transação penal exige-se pena máxima de até dois anos e nos acordos de colaboração premiada é irrelevante o tempo de lei, bastando que seja um delito no qual a legislação contemple sua possibilidade ou haja conexão com o delito de organização criminosa.

Assim sendo, é perfeitamente possível ofertar suspensão condicional do processo no caso de insucesso na elaboração, rejeição (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 1), ou descumprimento do acordo de não persecução, muito embora haja no art. 28-A, § 11º, do CPP a possibilidade de adotar seu não cumprimento como fundamento para deixar de oferecer a proposta de *sursis* processual.

O MP é o único legitimado para oferecer o acordo, sendo que ele, a nosso sentir, deverá propô-lo, em que renovará a discussão quanto à presença dos requisitos gerar ou não direito público subjetivo do acusado para o oferecimento do ANPP. O CPP exige a submissão do investigado a alguns requisitos assentados em lei, os quais possuem alguma similitude com os institutos despenalizantes da Lei nº 9.099/95¹⁹.

Temos que o não oferecimento imotivado de proposta de ANPP autorizará o reexame da questão perante o órgão revisor de segunda instância internamente no âmbito do Ministério Público; porém, surgirão vozes que defenderão o manejo de *habeas corpus* pelo risco do constrangimento ilegal em ser processado quando a lei processual penal lhe faculta não correr esse perigo e até mesmo que o juiz poderá concedê-lo por ser um direito público subjetivo do autor da infração penal²⁰.

19 O ANPP pode ser aplicado, inclusive, em infrações penais de menor potencial ofensivo em caráter subsidiário quando não for possível a transação penal (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.256).

20 Aury Lopes Jr. (2020, p. 1) pontua 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)”.

De início, a lei processual penal exige que o investigado²¹ confesse detalhadamente o fato delitivo²², o que é objeto de críticas pela violação ao princípio da presunção de inocência (STF, ADI 6.304/DF, Rel. Min Celso de Mello) e, para nós, não poderá ser, posteriormente, utilizado como prova contra o acusado na hipótese de descumprimento da avença penal com amparo no art. 197 do CPP²³.

A alteração do entendimento do princípio da presunção de inocência é algo que precisa ser objeto de exata compreensão no processo penal, uma vez que se importam estruturas do direito privado sem preocupação com a devida acomodação com a principiologia típica do processo penal, em especial, com o reforço a esse princípio conferido por força da decisão recente do STF, que restabeleceu seu sentido literal do texto constitucional sem mitigá-la.

2.1 Requisitos do Acordo

O art. 28-A, § 1º, I a IV, do CPP contempla as condições legais e no inciso V do mesmo dispositivo assinala a chamada condição inominada.

2.1.1 Reparação dos Danos

No que cumpre dos requisitos, temos que a lei processual penal diz que é dispensável a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima quando o agente não tiver possibilidade de realizá-lo, sendo que a lei nada diz acerca do parcelamento de eventual dano causado.

O Ministério Público terá ponderação para avaliar, em conjunto com o arcabouço probatório que “deverá indicar o valor do prejuízo causado ou

21 Na hipótese de concurso de agentes, assinala Vladimir Aras (2020, p. 233) que: “Se houver mais de um investigado, o MP e a defesa podem ajustar acordo de não persecução penal para um ou para todos os suspeitos. Os requisitos subjetivos podem afastar a possibilidade do ANPP para este ou para aquele investigado. No entanto, essas circunstâncias pessoais são incommunicáveis, e o MP não estará proibido de formalizar compromisso com aquele que cumpre os requisitos legais”. Em relação às pessoas jurídicas, a despeito de pessoalmente não concordarmos com ela, temos que ela é uma realidade na jurisprudência do STF/STJ; logo, nada impede sua aplicação com a adequação dos requisitos legais à natureza da pessoa jurídica. Na doutrina permitindo-a, com ajustes: ARAS, 2020, p. 232.

22 Guilherme de Madeira Dezem (2020, p. 1) assinala: “Caso ao final do inquérito policial o promotor verifique que não tenha havido confissão por parte do investigado e também perceba que haja elementos para o oferecimento da denúncia, nada obsta que o promotor devolva os autos à delegacia para que apresente a possibilidade de confissão ao investigado e formulação dessa proposta. Merece especial atenção o investigado que não possua defesa técnica no inquérito. Esse investigado hipossuficiente deve ter especial atenção por parte dos órgãos de Estado”. Caberá ao Delegado de Polícia, ao verificar a sinalização positiva do MP, quanto ao acordo de não persecução e este último procederá a intimação do investigado quanto a essa possibilidade e a necessidade de defesa técnica. No caso de falta de defesa ou acusado hipossuficiente, deverá, ato contínuo, comunicar o fato à Defensoria Pública para que essa preste orientação ao mesmo e o assista durante o entabulamento do acordo.

23 Anota-se que a confissão, na hipótese de não firmamento ou rescisão, não serve como prova com arrimo no art. 155 do CPP como ponderam Ali e Amin Mazloum (2020, p. 1): “o descumprimento do acordo não valida a confissão como prova porque não há processo ainda, aplicável à regra do art. 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”. Nesse sentido: CUNHA, 2020, p. 129.

da coisa retirada da esfera de disponibilidade da vítima” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.258), as condições financeiras para reparar e aceitar as propostas de parcelamento, sendo deveras salutar conclamar a participação do ofendido valendo-se, por analogia, do art. 201 do CPP para intimá-lo acerca da reparação dos danos, inclusive morais, sem contar com a anuência deste, a despeito do processo civil ser o local mais adequado para essas discussões (CUNHA, 2020, p. 130).

A reparação do dano aqui não repele eventual ação civil *ex delicto*. O “pacote anticrime” andou bem quando contemplou expressamente a possibilidade do acordo de não persecução cível do art. 17-A da Lei nº 8.429/92 projetar seus efeitos para os atos de improbidade administrativa, o que corrige, em partes, o desnível na tutela do patrimônio público, visto que o acordo de leniência contemplava os atos da lei anticorrupção, ainda que sem reflexos penais.

Logo, poderíamos ter um acordo de colaboração premiada apresentando provas para futura ação de improbidade ou da lei anticorrupção, o que apresentava riscos para o agente que firmasse o aludido acordo de colaboração.

A possibilidade de acordo em ação de improbidade era vedada na Lei nº 8.429/92, mas admitida em alguns acórdãos e também em atos infralegais do Conselho Nacional do Ministério Público, mas sem o efeito vinculante. Assim, a correção advinda da novel legislação corrige esse estado de desigualdade e insegurança jurídica na tutela do patrimônio público.

Posto isso, a reparação do dano causado ao patrimônio público não pode ser imposta como condição para o firmamento do ANPP, mas como condicionante do acordo de não persecução cível²⁴ (ANPC), na forma do art. 17, § 1º, da Lei nº 8.429/92, ou a depender do cenário de provas, a elaboração do acordo de leniência da Lei nº 12.846/2013.

Lado outro nos delitos socioeconômicos, quando a lei penal prevê a possibilidade de o parcelamento suspender o curso da ação penal e da prescrição e o pagamento extinguir a punibilidade, o faz de modo a dispensar o cumprimento de requisitos adicionais, ou seja, adimpliu, extinguiu.

Ao reverso, nos ANPPs, quando não dispensado o pagamento pelo acusado, no entendimento do MP, possuir condições financeiras ou elas não beirarem à hipossuficiência econômica, o titular da ação penal tem o dever de requerer o atendimento de requisitos cumulativos, como aponta o

24 Há quem corretamente defenda a possibilidade do ANPP incluir elementos do ANPC (CABRAL, 2020, p. 148).

art. 28-A, I a V, do CPP; porém, não condicionar o acordo ao pagamento, por exemplo, do débito tributário²⁵.

O parcelamento é um dever do Fisco quando existente lei que autorize tal sorte de beneplácito tributário como medida de política fiscal para fomentar o cumprimento das obrigações tributárias e alavancar a arrecadação, sendo certo que isso afeta o Direito Penal por afastá-lo de suas finalidades.

Nos delitos patrimoniais, estamos diante de interesse disponível, em que a faculdade do parcelamento não é prevista em lei, mas, todavia, não é vedada. Porém, se mantém nas mãos do Ministério Público a faculdade do parcelamento e aqui caberá ponderação do órgão acusatório em requerer a dispensa do pagamento quando verificar a hipossuficiência ou vulnerabilidade do agente e tolerar o parcelamento quando requerido, podendo e devendo, como dito antes, ouvir o ofendido, visto que isso acarretaria uma proteção excessiva do interesse privado em detrimento do interesse público ou fazer o ofendido ser cientificado e ter oportunidade de se manifestar.

Não se descarta que a vítima de um delito patrimonial, não raras vezes, sente mais densamente os impactos de um delito contra seu patrimônio, porém, não se pode conferir tratamento mais brando ao patrimônio público em que paira ares de indisponibilidade do interesse público.

O parcelamento por meio do acordo de não persecução gerará no ofendido uma maior segurança na recomposição de seu patrimônio²⁶, posto que há um condicionamento do adimplemento à extinção da punibilidade e a dispensabilidade da reparação do dano afigura-se medida excepcional, em que a defesa deve demonstrar a impossibilidade de sua realização.

25 Há um precedente que diz ser ilegal a exigência de reparação de danos por ocasião do ANPP em delitos contra a ordem tributária, em que o Juiz Federal Ali Mazloum determinou a remessa dos autos ao PGR argumentando que: “Além disso, observo que o legislador não estabeleceu como condição inexorável a reparação do dano, ainda que se trate de crime tributário. A própria lei prevê, expressamente, que a reparação do dano dar-se-á, ‘exceto na impossibilidade de fazê-lo’. É certo que o erário pode e deve excutir o seu crédito pelas vias próprias, havendo, para tanto, procedimento legal apropriado estabelecido na Lei de Execução Fiscal. Ali, havendo possibilidade, se dará a reparação do dano. Ademais, ao erigir a reparação de dano para os crimes tributários como condição *sine qua non* para a oferta do acordo de não persecução, estaria o MPF atuando como legislador para criar mais uma exceção à regra do art. 28-A. Logo, caso o denunciado esteja impossibilitado de reparar o dano, a lei autoriza a proposta de outras condições, conforme prevê expressamente o art. 28-A do CPP. Portanto, o argumento do MPF de que a reparação do dano em crimes tributários é condição inexorável para o acordo de não persecução penal não se coaduna com alteração legislativa trazida pela Lei nº 13.964. Desse modo, entendendo o juiz que a recusa ministerial de apresentação de acordo de não persecução não está devidamente fundamentada, deve ser aplicado o art. 28 do CPP, com redação anterior à Lei nº 13.964/2019” (TRF da 3ª R, Ação Penal 5004708-06.2019.4.03.6181, Juiz Fed. Ali Mazloum. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/decisao-acordo-nao-persecucao.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020).

26 A questão não é infensa a problemas jurídicos como verberam Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Orsini Martinelli (2020, p. 1.258): “(...) poderá ocorrer o descumprimento injustificado após o investigado ter reparado parcialmente os danos; rescindido o acordo, a denúncia é apresentada e, depois do procedimento legal, imagine a absolvição do acusado sob o fundamento de que se provou que não concorreu à infração, pois sua confissão na fase inquisitiva fora realizada para acobertar o verdadeiro infrator. Nestes termos, deverá a vítima restituir o valor recebido do então investigado? Sim! Tanto em razão do princípio da intranscendência como para evitar enriquecimento ilícito”.

2.1.2 Renúncia Voluntária de Bens e Direitos Advindos da Infração Penal

A lei processual penal indica que o agente que tender a firmar o acordo deverá voluntariamente²⁷ renunciar a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime (art. 28-A, II, do CPP).

Apuramos aqui que estamos nesse inciso de elementos que representam frutos e dividendos do objeto que sofreu a conduta ilícita que demanda minimamente lastro probatório (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.258). Dessa feita, o que a lei contempla no inciso I do art. 28-A do CPP refere-se ao objeto ou prejuízo econômico advindo do delito e, em complementariedade, os benefícios hauridos do crime, o que contempla as transformações dos bens e os lucros decorrentes.

Note-se que o *caput* menciona infração penal e o inciso II do art. 28-A do CPP cuida de crime; logo, deveria o legislador ter se atendado para constar crime e não infração penal, portanto, por vedação à analogia *in malam partem*, não se permite aplicar esse efeito para a contravenção penal.

2.1.3 Prestação de Serviços à Comunidade ou Entidades Públicas

O inciso III do art. 28-A do CPP cuida da faculdade do MP requerer o cumprimento de prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas pelo período de um a dois terços da pena mínima a ser cominada pelo(s) delito(s) em local a ser indicado pelo juízo da execução penal.

Temos, inicialmente, que a indicação do local deveria ser o juízo da Vara Criminal (CUNHA, 2020, p. 132), posto que o acordo de não persecução não se confunde com execução penal e a fiscalização deveria ficar a cargo da Vara Criminal que homologou o acordo, tal qual ocorre no Juizado Especial Criminal com a transação penal. A justificativa residiria também no aspecto atinente no descumprimento da medida ficar sob responsabilidade do promotor e juiz natural da Vara Criminal e não da execução criminal; logo, evidente o desacerto do art. 28-A, § 6º, do CPP.

Assim, o legislador assinalou que o tempo de prestação de serviços à comunidade varia de um a dois terços do tempo de pena mínima das infrações penais que deram ensejo ao acordo de não persecução. A lei não trouxe um parâmetro para indicar o referencial de alargamento da prestação de serviços

27 Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 61) assinala que se dispensa a espontaneidade e destaca a potencial divergência quando o Ministério Público insistir em bens de origem lícita.

de entre um e dois terços; logo, não apontou critérios para tal, como ocorreria com os arts. 59 ou 71 do CP.

A tendência é que a prestação de serviços seja aplicada, no mínimo, com a elevação do tempo realizada com arrimo na quantidade de infrações penais praticadas ou a circunstâncias pessoais do agente, havendo quem validamente sustente que como “não há parâmetros legais predefinidos e, diante da omissão, entendemos prudente incidir a maior fração de redução ou, como sugestão subsidiária, que se considerem apenas as circunstâncias do delito” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.259).

O inciso IV do art. 28-A do CPP contempla o pagamento de prestação pecuniária na forma do art. 45 do CP, para entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo juízo da execução penal. O legislador penal, com a finalidade de reforçar o valor do bem jurídico protegido, indica que o juízo deverá, preferencialmente, aplicar essa prestação em favor de entidades que salvaguardem o mesmo bem jurídico ou que tenha espectro similar de proteção.

A parte final do dispositivo se revela como uma providência interessante na proporção em que reforça uma das funções do Direito Penal, qual seja, a de reacender o valor do bem jurídico afetado com a infração penal. Todavia, infere-se que o juízo da execução penal não tem a obrigação de fixar o pagamento da prestação em favor dessa entidade, podendo ser outra análoga, ou, inclusive, com finalidade distinta da instituição pública ou particular voltada a salvaguardar esse interesse.

2.1.4 Condição Inominada

O inciso final do art. 28-A do CPP apresenta dispositivo similar à condição inominada já existente no processo penal brasileiro quando trata da suspensão condicional do processo. O Ministério Público aqui tem margem de discricionariedade para incluir na proposta do acordo o cumprimento de condição diversa daquelas anteriores, em conjunto com todas ou algumas delas, desde que elas guardem proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal concretamente praticada.

Em um delito de trânsito, instituir o comparecimento voluntário do infrator a programas de acompanhamento psicossocial, por exemplo, álcool-atras anônimos ou narcóticos anônimos.

Todavia, há quem seja radicalmente contra sua existência por ser uma cláusula abusiva, por ser “integralmente aberta”, sustentando que as condições eram absurdas ou simplesmente não eram fixadas (NUCCI, 2020, p. 61), o que pode ser contido pela aplicação dos §§ 4º, 5º e 7º do art. 28-A do CPP.

Rogério Sanches Cunha defende que essa cláusula genérica pode dar vazão à utilização de “condições prestacionais semelhantes àquelas penas alternativas já previstas na legislação penal, como, por exemplo, limitação de final de semana, interdição temporária de direitos, proibição de frequentar determinados lugares, etc.”.

O autor vai além, ao admitir a possibilidade de “abranger obrigações que produzam efeito prático equivalente aos efeitos extrapenais, tais como: perda do cargo, inabilitação para exercício do cargo, etc., e, ainda, aqueles de natureza extrapatrimonial” (2020, p. 134).

Temos que, com vênia, equivoca-se o autor, posto que se adotaria a condição inominada para impingir severas restrições ao direito de liberdade do acusado, sob o argumento da autonomia da vontade. Estar-se-ia inserindo novas restrições de liberdade para além daquelas indicadas no art. 28-A, III e IV, do CPP, ou seja, agravaria a situação, inclusive, mais do que com a própria sentença condenatória.

A condição inominada permite pequenos ajustes quanto à reprovação do fato, o que não autoriza uma majoração sensível com a inclusão de novas penas e/ou efeitos extrapenais que, a depender do caso concreto, como tempo de pena, não se visualizaria como aplicável.

Todavia, não seria desarrazoado exigir-se, por exemplo, a reparação de danos morais difusos em se cuidando de interesse metaindividual cujos valores seriam remetidos ao sistema de *fluid recovery* ou do ente federado que sofreu a conduta; a renúncia de mandato eletivo (art. 47, I, do CP); compromisso de não se candidatar a cargo público ou exercer função em cargo de confiança²⁸.

Em inexistindo proporcionalidade, por inadequação ou abusividade, com a infração penal praticada ou compatibilidade com as circunstâncias pessoais do agente, poderá o juiz realizar o controle da presente cláusula para rejeitá-la na forma do art. 28-A, § 5º, do CPP.

3 Impossibilidade de Firmamento do Acordo

A Lei Processual Penal põe a salvo as hipóteses em que a justiça penal negociada não ocorrerá, ou seja, indica as situações em que não será cabível o ANPP no art. 28-A, § 2º, do CPP.

As restrições legais variam desde os crimes comportarem transação penal na forma da Lei nº 9.099/95 com o afastamento das infrações penais de menor potencial ofensivo do rol de infrações que admitem esse acordo.

28 Os últimos exemplos são de: CABRAL, 2020, p. 142-143.

Em avanço, o CPP obsta a obtenção do benefício ao agente que for reincidente ou se houverem elementos probatórios que indiquem que o agente é delinquente habitual, reiterado ou profissional, salvo se insignificantes as infrações penais anteriores. O dispositivo do art. 28-A, § 2º, II, do CPP alimentará intensa polêmica²⁹, posto que a lei nada diz acerca de certidão de antecedentes criminais; logo, qual seria o elemento probatório que conduziria a certeza acerca da habitualidade, reiteração ou profissionalismo do agente? Ademais disso, temos que o legislador não trouxe nenhum conceito do que seria reiteração, habitualidade ou profissionalismo para permitir a restrição ao acordo, o que colide com a regra da taxatividade no exercício do poder punitivo e violação ao *ne bis in idem* (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.255).

Por fim, até mesmo o caráter de insignificância das infrações penais não é preciso³⁰, posto que basta uma simples pesquisa na jurisprudência para vermos a pluralidade de entendimentos que regula o tema.

Não há clareza quanto ao que seria insignificante, por exemplo, em delitos patrimoniais, mas, em outros, já há uma maior certeza, por exemplo, delitos tributários. A previsão legislativa viola frontalmente o princípio da legalidade por sua absoluta imprecisão que conduz a um estágio de insegurança jurídica.

Justamente por essa imprecisão já existe quem defenda a incongruência legal, na qual “alguém condenado poderá ser beneficiado com a oferta do acordo, mas não aquele que nem respondeu pela infração!” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.256).

Na continuidade, o legislador trouxe idêntica restrição da Lei nº 9.099/95, por fixar um período de quarentena de cinco anos para que o agente beneficiado possa obter novo benefício cujo lapso temporal irá contar a partir da extinção da punibilidade do outro acordo.

Interessante é que o legislador não trouxe a limitação a outro benefício, posto que qualquer instrumento de justiça penal negociada obsta a obtenção

29 Guilherme Madeira Dezem (2020, p. 1) pontua que: “Essa vedação deve ser interpretada com cautela, sob pena de resvalar para o arbítrio. Se o investigado é reincidente, então não é cabível a proposta. Devemos então pensar para as infrações superiores ao prazo de cinco anos ou para aquelas que, embora menores de cinco anos, não sejam aptas a gerar reincidência. Não é qualquer infração penal que é apta a impedir essa proposta. Deve haver motivação concreta por parte do Promotor de Justiça. Assim, a recusa poderá ser justificada perante a gravidade concreta do crime ou até mesmo perante a existência de elementos que indiquem que o suspeito continua a prática criminosa. Também não poderá ser o agente beneficiado se já fez uso, nos cinco anos anteriores, de transação penal, suspensão condicional do processo ou outro acordo de não persecução penal. Esse termo inicial deve ser da data do término do prazo em que extinta a punibilidade”.

30 Entre os penalistas, há quem, com razão, pontue que: “A expressão prevista na parte final do inciso, ao contrário, é utilizada para adjetivar uma infração e não para afastar o requisito da tipicidade. Sua imprecisão, indeterminação e/ou vagueza, por violar o princípio da legalidade, propiciará diversas interpretações, afina, quais infrações não teriam nem valor nem tampouco importância?” (DE BEM; MARTINELLI, 2020, p. 1.255).

de novo acordo de não persecução, o que não ocorre na Lei nº 9.099/95. Assim sendo, se o agente fora beneficiado com transação ou *sursis* processual, dentro do lastro temporal de cinco anos, não poderá firmar outro acordo de não persecução, mas nada impossibilita a elaboração de acordo de colaboração premiada pela falta de restrição legal e pelos objetivos especiais de enfrentamento ao crime apresentado nesse instituto.

O dispositivo vai ser objeto de questionamento por conta de violação ao princípio da proporcionalidade, uma vez que a Lei nº 9.099/95 limita a impossibilidade de obtenção de novo benefício apenas no campo dos institutos da própria lei; logo, a lei processual representa uma *lex gravior* quando contraposta com a sistemática do Juizado Especial Criminal.

A lei impossibilita a aplicação do benefício nos delitos praticados no âmbito de violência³¹ doméstica ou familiar e/ou praticados contra mulher em razão da condição do sexo feminino. Há um reforço aos dispositivos da Lei nº 11.340/06, por reconhecer, em alguns casos, a situação de vulnerabilidade da vítima e que o acordo poderia eventualmente neutralizar os efeitos do Direito Penal. A inovação legislativa andou bem por tratar de violência doméstica, o que admite a aplicação aos homens, aos homossexuais e aos transexuais, reconhecendo a necessária atualização do direito às modificações da sociedade.

Assim sendo, seria possível aplicar os benefícios da lei a todos que se encontrarem dentro do espectro da violência doméstica ou familiar e não somente à mulher, a qual, inclusive, poderá ser beneficiada independentemente de a violência ser ou não doméstica ou familiar pela lei cuidar da questão do gênero.

4 Materialização Procedimental e Controle Jurisdicional de Cláusulas do Acordo de Não Persecução

Quanto ao procedimento do acordo de não persecução penal temos que ele será elaborado tal qual o acordo de colaboração premiada, ou seja, por escrito, firmado entre o Ministério Público e o investigado, que deverá ter defesa técnica por meio de advogado ou Defensor Público (art. 28-A, § 3º, do CPP), podendo ser apresentado por ocasião do fim das investigações, porém, antes do oferecimento da denúncia.

O acordo será homologado em audiência específica para essa finalidade, em que o juiz verificará sua voluntariedade ouvindo o investigado que

31 Rogério Sanches Cunha (2020, p. 135) assinala que “a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado”. Logo, admite-se a elaboração de ANPP nos delitos culposos, por exemplo, homicídio, lesão corporal (SOUZA, 2020, p. 124), e nos delitos preterdolosos.

estará com representação pela defesa técnica e avaliará sua legalidade (art. 28-A, § 4º, do CPP)³², bem como assegurará que o ajuste não traga cláusulas desproporcionais ou abusivas.

O juiz, com arrimo no art. 28-A, § 5º, do CPP, deverá realizar o controle de adequação, suficiência e legalidade das cláusulas do acordo de não persecução, e, caso apure que elas estão em descompasso com a legislação e a principiologia do processo penal, devolverá o acordo ao Ministério Público para a sua reformulação, o qual deverá novamente buscar o investigado e a defesa técnica para reajustar a cláusula inquinada como inválida pela inadequação ou desproporcional.

O dispositivo é extremamente feliz ao admitir o que já vinha sendo reconhecido pela jurisprudência do STF, permitir o controle de legalidade dos acordos de colaboração premiada. A finalidade é de ajustar o acordo aos ditames da lei e evitar erros ou abusos. Antigamente, o magistrado via-se sem meios expressos de recusar a homologação do acordo por abusividade das cláusulas, o que fora corrigido com a inovação legal.

O juiz ao recusar a homologação da proposta deverá devolver os autos ao Ministério Público para avaliar a necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento de denúncia (art. 28-A, § 8º, do CPP)³³; porém, não aponta qual a consequência em razão da recusa judicial, a qual poderá ser a devolução da proposta para correção do ANPP.

O Ministério Público poderá insistir em sua homologação via recurso em sentido estrito na forma do art. 581, XXV, do CPP, já que a decisão sobre a manutenção ou não de seus termos não fica mais adstrita ao âmbito interno, em decisão do Procurador-Geral.

Alternativamente, o oferecimento de denúncia será possível quando reputar a recusa inadequada ou não desejar ajustar o acordo (NUCCI, 2020, p. 64). A legislação penal tratou de incluir a vítima no processo penal em um movimento de aproximação dela como pessoa diretamente interessada no

32 Na divergência entre autodefesa e defesa técnica, haverá quem sustente a prevalência da primeira e outros que pugnarão pela preponderância da autodefesa. Há quem sustente a adoção da autodefesa como superior (DEZEM; SOUZA, 2020, p. 1). Todavia, a questão não é tão clara e dependerá do que se questiona se é a vontade em firmar o acordo, no qual prepondera a autodefesa, mas quando nos depararmos com cláusulas que sejam desproporcionais deverá sobressair a defesa técnica.

33 Convém mencionarmos que na hipótese de desclassificação da infração penal por ocasião da sentença deverá o juiz intimar o MP para analisar a viabilidade de propositura do ANPP (ARAS, 2020, p. 237) e, caso ela se opere em grau de recurso com o trânsito em julgado da desclassificação, deverá o tribunal determinar a devolução dos autos à primeira instância para que o *Parquet* diga sobre a possibilidade de ofertar o ANPP e, caso essa resulte negativa, o juiz deverá remeter os autos ao Procurador-Geral. Ao fim, com a manutenção do não oferecimento, deverá o juiz dosar a pena em obediência à desclassificação operada em grau de recurso.

processo, abandonando sua visão como mera estatística criminal ou simples meio de prova, tal qual já ocorrera no art. 201 do CPP, modificado em 2008.

Doravante, a vítima terá que ser intimada do acordo de não persecução firmado pelo MP (art. 28-A, § 9º, do CPP) e pelo agente, até mesmo pela questão da reparação do dano, sendo, de todo irrelevante, sua manifestação de vontade para fins de homologação ou não do acordo. Até mesmo porque, caso a lei condicionasse a homologação à vontade do ofendido, dificilmente ocorreria a homologação dos respectivos acordos.

Aliás, a recusa do MP em oferecer o acordo de não persecução gerará ao juízo o dever de remeter os autos ao Procurador-Geral para decisão, nos moldes do art. 28, *caput*, do CPP (art. 28-A, § 14, do CPP).

5 Repactuação e Consequências do Descumprimento do Acordo de Não Persecução

Temos aqui que o conteúdo das condições que permeiam o ANPP “pode se tornar ou revelar-se demasiadamente oneroso ao longo de sua execução”; logo, como a Lei nº 13.964/2019 silencia a respeito da possibilidade de repactuação, há quem defenda corretamente a sua possibilidade com o emprego de analogia ao art. 128 da Lei nº 8.069/90 (ARAS, 2020, p. 229), ou, inclusive, o art. 148 da Lei nº 7.210/84.

O descumprimento de qualquer cláusula do acordo de não persecução acarreta sua revogação, em que o Ministério Público deverá cientificar o juízo e, posteriormente, oferecer denúncia. Calha dizer aqui que terá aplicabilidade, por analogia *legis*, os dispositivos da Lei nº 9.099/95 que tratam da revogação facultativa ou obrigatória, bem como da Lei nº 7.210/84 referentes à audiência admonitória.

De início, o Ministério Público pode solicitar essa audiência para ouvir as razões do descumprimento e verificar se há a apresentação de uma justificativa que autorize a prorrogação do tempo para implementação das condições. O desatendimento pode ser motivado por razões pessoais, familiares e econômicas que inviabilizem o atendimento daquela cláusula naquele momento, mas que não afetam o comprometimento do agente em ajustar-se a um novo caminho sem novas infrações penais.

Todavia, se apurado que o acordo fora descumprido por desídia do autor da infração penal, deverá o MP, atuante na Vara de Execuções Penais (VEP), requerer ao juízo da VEP providências para a apuração da necessidade de preservação ou não do ANPP, inclusive colhendo a justificativa do beneficiário.

Amealhada a prova acerca da justificativa, deverá o juiz da VEP proceder a cientificação do fato ao juiz de garantias (art. 3º-B, XVII, do CPP), ou ao juízo da Vara Criminal, que se tornou prevento para apreciar o fato para que ele decida a questão.

Ao chegar à comunicação referente ao descumprimento do ANPP ele dará vista dos autos ao Ministério Público, para que o promotor natural possa se manifestar quanto à possibilidade de novação (CUNHA, 2020, p. 139) ou oferecer denúncia.

Ajustada a novação, os autos do termo serão remetidos à VEP para averiguação de seu cumprimento e, repisamos aqui, que o melhor seria sua tramitação integral perante o juízo de garantias ou aquele que seria responsável por eventual ação penal.

A declaração da revogação do acordo deverá ser realizada pelo juízo criminal e não aquele da Vara de Execuções Penais. A nosso sentir, essa será a interpretação correta do juízo competente previsto no art. 28-A, § 10, do CPP, com a comunicação devendo ser realizada pelo juízo da VEP, posto que cabe a ele fiscalizar o cumprimento do acordo, mas não decidir sobre sua manutenção ou não por violação do juiz natural.

Todavia, há quem sustente que a questão haveria de ser dirimida integralmente dentro da Vara de Execuções Penais (CUNHA, 2020, p. 138; CABRAL, 2020, p. 181-182 e 190) com o MP atuante na VEP requerendo sua rescisão, ofertando-se a possibilidade de justificativa contraditória e ulterior decisão do juízo dessa vara com remessa do feito ao juiz de garantias ou ao juízo do processo de conhecimento.

Na hipótese de descumprimento do acordo, o tempo de cumprimento voluntário das penas restritivas de direito poderá ser objeto de detração, posto que, malgrado haja a consensualidade, ela é a mesma pena que seria imposta pelo juízo em sentença condenatória³⁴.

O descumprimento do acordo poderá ser utilizado pelo Ministério Público para fins de deixar de propor motivadamente suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 11, do CPP). A lei diz poderá, logo, cuida-se de uma faculdade conferida com margem de discricionariedade regrada ao titular da ação penal que deverá utilizar disso quando verificado que o motivo para o descumprimento fora desidioso por parte do beneficiado.

34 Contrariamente há quem defenda que ela não tem natureza de sanção penal e que o perdimento do tempo é consequência de seu relapso cumprimento. Nesse sentido: CUNHA, 2020, p. 139.

Não é todo descumprimento que dará margem à ocorrência da restrição à obtenção da suspensão condicional do processo por força da possibilidade de justificativa apresentada. Outro problema surgiria na situação em que alguém assumisse responsabilidade, confessasse o fato para proteger os reais autores do delito.

O ato de livramento seria considerado delito autônomo dos arts. 341 e 349 do Código Penal e causa de rescisão do ANPP. Por fim, a alteração legislativa avança para dizer que a celebração do acordo de não persecução não constará da certidão de antecedentes criminais, ressalvado para fins de quarentena para obtenção de novo benefício (art. 28-A, § 12, do CPP), e que cumprido o acordo, a lei processual determina a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP).

6 Conclusões

O ANPP reafirma mais um reflexo da tendência mundial de se buscar o acertamento dos conflitos sociais por vias consensuais, as quais não são estranhas ao direito penal, visto que existiam nas infrações penais de menor potencial ofensivo com a transação penal e em delitos de maior gravidade, em outras leis penais esparsas, quando falamos de colaboração premiada.

Emerge o ANPP como instrumento de justiça penal consensual destinado às infrações penais de médio potencial ofensivo.

Verifica-se que houve a tentativa de harmonização interna no CPP, posto que se estabeleceu como ponto de partida para seu entabulamento o limiar mínimo de pena de quatro anos em compasso com o exigido na mesma legislação para fins de decretação da prisão preventiva como previsto no art. 313.

A nosso sentir, o legislador andou bem ao delimitar exclusivamente a titularidade do ANPP nas mãos do Ministério Público sem permiti-la à polícia judiciária, visto que, por força da CRFB, ele é o titular da ação penal; logo, cabe a ele avaliar, dentro da discricionariedade regrada, a possibilidade de excepcionalmente dela dispor.

Dessa feita, o instituto não é cabível na ação penal privada ou na ação penal privada subsidiária da pública exatamente pelo silêncio da lei e pela possibilidade de surgir abusos no oferecimento disso pelo ofendido.

Lado outro, tem-se que o ANPP deveria permitir em seus requisitos, quando for possível, ouvindo-se o ofendido³⁵, a concessão de parcelamento

35 MALLMANN, José Henrique. *Projeto Luz para a liberdade*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/proposta/projeto-luz-para-a-liberdade/print>. Acesso em: 7 maio 2020.

da reparação de danos e, novamente, em havendo a reparação integral constar, inclusive, a impossibilidade de manejo de ação civil *ex delicto*. Logicamente que nessa hipótese deveríamos ter a participação dele firmando o termo.

Erra o legislador ao assentar que a competência de fiscalização ficaria a cargo do juízo da Vara de Execuções Penais, visto que a experiência do consenso penal levado a efeito no Juizado Especial Criminal dá conta do controle ser realizado dentro de sua própria microestrutura. Assim sendo, o correto seria que a fiscalização ficasse a cargo do próprio juízo da Vara Criminal que homologou o acordo.

Por força do asseverado no parágrafo anterior, entendemos que a decisão acerca da rescisão ou não do ANPP ficaria a cargo do juízo de garantias ou aquele do processo de conhecimento, mas não da VEP que se limitaria a fiscalizar, apurar paulatinamente seu cumprimento; porém, não sua rescisão por não se tratar de matéria do art. 66 da LEP.

Em função da demonstração do autor da infração penal revelar seu interesse em reajustar seu caminho pela legalidade, o que revela arrependimento, tem-se que se deve ao máximo buscar a preservação do acordo antes de buscar sua rescisão.

Tem-se, inclusive, a necessidade de se abrir oportunidade para manifestação do beneficiário do acordo, até mesmo antes de se promover sua rescisão, porquanto fatores alheios a sua vontade poderão gerar o descumprimento de seus termos, por exemplo, perda de emprego, questões de saúde, problemas familiares, etc.

Mecanismos como a repactuação, a renegociação e o reajustamento do conteúdo das condições devem ser realizados para se buscar a suficiência para prevenção e reprovação do crime e, ao fim, o próprio autor da infração penal consiga ficar livre dos efeitos estigmatizantes do sistema penal, além de propiciar a restauração, ainda que mínima, do sentimento de justiça na vítima.

Adere-se a isso o fato de que o ANPP, com a reparação de todos os danos, conseguiria atender a resolução do problema para todos os envolvidos no cometimento do delito e que merecem a atenção do sistema criminal: o autor da infração penal e o ofendido.

TITLE: Non-criminal pursue agreement of article 28-A of the Code of Criminal Procedure: brief introduction, initial problems and the limits of the requirement of compensation for damage to the treasury and the individual.

ABSTRACT: The non-criminal pursue agreement reveals a new instrument of introjection in the criminal justice system of elements of consensual, already following trends of other existing experiences in our legal system. This paper presents its general guidelines, its problems of (in)compatibility with criminal

procedural principles and how to adjust this typical scenario of private law in the penal system by reducing points of tension due to the interests at stake, slightly emphasizing the issue of compensation for damage to the victim.

KEYWORDS: Non-Pursue Agreement. Consensual. Compensation for Damage.

7 Referências

- ARAS, Vladimir. *Lei anticrime comentada*. Leme: JH Mizuno, 2020.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. TRF da 4ª Região, *Apelação Criminal 5005673-56.2018.4.04.7000/PR*. Rel. Des. Fed. João Pedro Gebran Neto. DJ 13.05.2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- CNPG – Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019: Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf. Acesso em: 7 maio 2020.
- COSTA, Adriano Sousa; HOFFMANN, Henrique; HABIB, Gabriel. Acordo de não persecução penal também precisa ser feito pelo delegado. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-17/academia-policia-acordo-nao-persecucao-penal-tambem-feito-delegado>. Acesso em: 30 jan. 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- DE BEM, Leonardo Schmidt; MARTINELLI, João Paulo. *Lições fundamentais de direito penal*: parte geral. 5. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- LOPES Jr., Aury; JOSITA, Higyta. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- MALLMANN, José Henrique. *Projeto Luz para a liberdade*. Disponível em: <https://www.premioinnovare.com.br/proposta/projeto-luz-para-a-liberdade/print>. Acesso em: 7 maio 2020.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amin. Acordo de persecução é aplicável a processos em curso. *Revista Consultor Jurídico*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>. Acesso em: 28 abr. 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020.
- OLIVEIRA, Marcelo Ribeiro de. As mudanças na Lei 12.850/2013: alguns avanços, mas muitas perplexidades. In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). *Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- SOUZA, Renee do Ó. Acordo de não persecução penal previsto no novo art. 28-A do Código de Processo Penal inserido pela Lei 13.964/2019. In: SOUZA, Renee do Ó (Org.). *Lei Anticrime: comentários à Lei 13.964/2019*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

Recebido em: 15.05.2020

Aprovado em: 23.07.2020