

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 57 - Janeiro-Março/2021

Pacote Anticrime e temas atuais de Processo Penal



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

Breves comentários sobre o acordo de não persecução penal

Gláucio Roberto Brittes de Araújo¹
Juiz de Direito no Estado de São Paulo

No contexto histórico de aproximação do nosso sistema ao acusatório mais puro, conferindo às partes mais poderes e disponibilidade sobre interesses em conflito, o Pacote Anticrime ampliou o espaço de **Justiça Negociada**. Abandonou-se há muito a ideia de que a obrigatoriedade da ação penal obstava acordos. A Lei Maior, na verdade, definiu seu titular e albergou o princípio da **legalidade**, que pode ser atendido tanto pela **obrigatoriedade** da ação, como pela **oportunidade regrada**, pois não estão em antagonismo. Ademais, a controvérsia teórica sobre o objeto e fins do processo penal (se a lide a ser composta ou crime a ser necessariamente elucidado para responsabilização pessoal inexorável), acirrada por ocasião da discussão da Lei 9099/95, restou superada, inclusive por injunções pragmáticas de **política criminal**. A despeito das críticas ao utilitarismo crescente na seara penal em detrimento do **devido processo legal**, amainaram-se as resistências à aplicação antecipada de **medidas despenalizadoras**, que não deixavam de acarretar restrições de direitos, sob a égide da presunção de inocência, antes do desenvolvimento da persecução e da elucidação da autoria e materialidade em prol do interesse público abalado. Assim, atualmente discutem-se mais os limites e **as funções de cada ator** na elaboração, homologação e execução dos acordos penais. É nesse cenário que a justiça negociada no Brasil ganhou mais um instrumento, o ANPP, enquanto o *plea bargain*, por ora, enfrenta resistências para ser consagrado na legislação. Reconhecida, então, a utilidade dessa nova modalidade, por contemplar novas infrações, restará resolver diversas questões atinentes à operação no sistema pátrio, atentando para nossas singularidades e diferenças em relação a outros institutos, como **transação penal**, **sursis processual** e *plea bargain*.

Compreensível a **exigência de confissão**, além da possibilidade de conferir valor relativo (a rigor diminuto) no julgamento, por se cuidar de apuração de infrações mais graves do que aquelas que permitem transação penal e sursis processual. As condições ajustadas também são, em tese, mais gravosas, havendo ainda obrigatórias e cumulativas. Aliás, a lei autoriza o ANPP somente se inviável a resolução da lide no **Jecrim**. O *plea bargain*, por sua vez, se viesse a ser introduzido, certamente exigiria reconhecimento pleno e formal da culpa e anuência com determinada pena, não somente condições, pois recairia sobre delitos mais graves.

Cumprе destacar, inicialmente, que o juiz perde aquela **ingerência nas negociações** e não busca ativamente conciliar ou compor as partes, como se admite na transação penal e no sursis processual. Assim como na colaboração premiada, não enceta esforços para aproximá-las e não se pronuncia sobre a **conveniência do ajuste e o mérito**

¹ Doutor em Direito Penal da USP, mestre em Direito Penal pela PUC/SP, especialista em Direito Público pela EPM e pós-doutorando da Faculdade de Direito de Coimbra, com linha de pesquisa em processo penal e direitos humanos. Professor de Direito Penal e coordenador adjunto de Processo Penal da Escola Paulista da Magistratura. Foi juiz instrutor no STF. Parecerista da revista do CNJ. Juiz criminal em SP.

das condições ajustadas. A sindicabilidade restringe-se à **regularidade**, liberdade das partes e aspectos formais e à **legalidade**, cabimento na situação concreta e extensão das cláusulas. Essa tendência de aproximação ao modelo acusatório puro reflete também nas **restrições** à inserção de medidas ou efeitos complementares, como já vinha ocorrendo com a prisão e determinação de provas **de ofício**. No Pacote Anticrime, aliás, a eliminação desses resquícios do modelo inquisitivo é evidenciada ainda pelo **arquivamento** de procedimento investigativo **sem homologação** judicial e pela previsão do **juízo de garantias**.

Prontamente, surgiu divergência sobre aplicação imediata do art. 28A da lei 13964/19 aos **processos em cursos**. Alguns operadores do direito vincularam o ANPP ao juízo de garantias, sobretudo para evitar o acesso à confissão pelo julgador, ao arrepio da **mens legis** da íntegra da inovação gestada. Somente com o julgamento da constitucionalidade pelo STF e sua implementação, seria possível o acordo, sob tal perspectiva. Outros identificaram a negociação com uma nova **etapa pré-processual**. Vencida aquela oposição inicial, tem prevalecido a ideia de que a negociação é antecedente lógico do julgamento e que se busca mais aplicar medidas **despenalizadoras** do que propriamente evitar apenas a instauração do processo, seguindo-se a jurisprudência consolidada para o sursis processual, que permitia sua homologação **até a sentença**. Segundo uma corrente minoritária, corresponderia a um **direito subjetivo** do investigado. Objetava-se que tal natureza seria **incompatível com a discricionariedade** das partes na negociação, ainda que regrada, e que não acarretaria, por si só, a dispensa da confissão, como se pretende. Condições, aliás, poderiam ser estabelecidas para o exercício de um direito. De qualquer modo, não há como obrigar o titular da ação a aceitar quaisquer condições para chegar a um acordo, pois a lei usou a expressão **“poderá”** e permitiu análise da **suficiência e necessidade** das medidas. A propósito, se fosse direito subjetivo, quando o órgão de revisão confirmasse a recusa do promotor, caberia ao juiz realizar o acordo de ofício, o que afronta a razoabilidade e a coerência do sistema. E a dispensa da confissão pelo juiz, além de **contra legem** e desprovida de amparo dogmático, tem consequências negativas para a **política criminal, inibindo o interesse** do acusador, que não desfrutaria da maior **contrapartida** do acordo conferida por lei e que não contaria com **efeito essencial da inexecução**.

Com todo respeito às posições divergentes, o **conceito** mais apropriado de ANPP é de um **negócio jurídico** extraprocessual para **resolução da lide** na seara penal, mediante **extinção da punibilidade**. Antes da lei, esse efeito não era obtido, pois a **Resolução 180 cc 183, CNMP**, previa **apenas o arquivamento** condicionado do procedimento extrajudicial, tanto que sua constitucionalidade foi reconhecida por recair sobre atividade administrativa e **não judicial**, por não afetar propriamente o processo e não viabilizar a extinção da pretensão punitiva estatal. Segundo Mazloun e Mazloun², a fase para negociação retroage por representar programa despenalizador estatal de política criminal em benefício dos réus em geral. Na verdade, consideramos a rigor que agora, por sua natureza **mista (processual e penal)**, repercutindo sobre o direito **material** em benefício do acusado, a **retroatividade** se impõe. A propósito, a despeito de discordarmos da ideia de direito subjetivo, entendemos que a lei, ao submeter o ajuste à sindicabilidade, inclusive da necessidade e suficiência, e à **homologação** judicial para gerar efeitos, compeliu o titular

² Retirado da página internet, em 18 de fevereiro de 2020: <https://bit.ly/375HhgE>.

da acusação – e mesmo o MP como *custos legis* nas ações privadas – **justificar a recusa** da proposta, não podendo decorrer de mero capricho ou arbítrio. A propósito, o investigado pode pedir a **revisão** daquela postura em 30 dias e **há quem** defenda a possibilidade de o próprio juiz provocá-la **de ofício**, embora revogado o texto do antigo art. 28. Ademais, o promotor tem o **dever de motivar** suas manifestações por força de sua Lei Orgânica e dos princípios da **moralidade administrativa, isonomia** e probidade. Não caberia a discriminação de alguns investigados sob o manto de uma ampla discricionariedade. A expressão “poderá” do caput do art. 28-A não autoriza tal conclusão precipitada, sendo comum o emprego, sem técnica rigorosa, de vocábulos de tal jaez pelo legislador ao se referir ao poder-dever de uma autoridade. Possível invocar-se ainda a jurisprudência que acolhe tal orientação para rejeição do sursis sob argumento de não preenchimento de condições subjetivas.

De qualquer modo, para atender ao escopo maior do pacote, mormente o de permitir negociação em infrações médias para concentrar esforços e recursos na punição exemplar e mais severa das graves, não há como acolher resistências infundadas por convicção pessoal, marcadas pelo subjetivismo da crença em suposto incremento da impunidade, ainda que dissimuladas por expedientes jurídicos. Enfim, cabe ao **juiz zelar pela efetividade** do instituto, tanto em prol das garantias individuais, como da legitimidade e suficiência da ingerência estatal sobre os ilícitos. Na tutela dos **direitos fundamentais**, o juiz maneja os instrumentos colocados à sua disposição, mas não impõe acordo e condições por força do princípio acusatório. Como a lei empregou a expressão “investigado”, não se limitou ao indiciado, cabendo o ANPP em **qualquer procedimento, como o PIC** (procedimento investigatório criminal instaurado pelo MP) e o PET em tribunal superior. Deve haver oportunidade para negociação também em **ação privada** e, se o querelante se recusa, embora presentes os requisitos legais, mesmo sob pretexto de insuficiência, o MP pode interceder como **custos legis, promovendo** o acordo e evitando que haja processo justamente para infrações de gravidade menor ainda, de sorte a preservar reflexamente a igualdade substancial entre infratores em situações semelhantes.

Não cabe ao juiz participar das negociações e assistir à confissão, até porque, se não houver homologação, fatalmente teria sua imparcialidade afetada por aqueles fatos no processo instaurado. Possível até mesmo que seja gravada pelo promotor apenas depois de certa a viabilidade do ajuste, novamente na ausência do juiz. Ainda que possam ocorrer em dependências do Judiciário, de sorte a lhes conferir solenidade e propiciar ao investigado condições mais propícias para opções mais livres e seguras do que no ambiente da promotoria, é recomendável que compareça à sala somente quando já frutíferas e não faça constar as condições do **termo de audiência**, como se debatidas na sua presença, mas apenas eventual **concordância do investigado e a homologação**. Nesse lance, também é conveniente, embora não obrigatória, a **ausência temporária do titular da acusação** para assegurar a tranquilidade do investigado, sob orientação de seu defensor. Se o juiz verificar sua **incerteza, ausência de requisito** ou presença de óbice legal, deve **rejeitar de plano** a homologação, decisão que desafiaria recurso em sentido estrito. Ao avaliar a **necessidade e suficiência**, **no entanto**, pode entender necessário **glosar** ou alterar alguma cláusula, motivo pelo qual o retorno do promotor à sala é útil, evitando-se a redesignação do ato. Se realizada a adequação, o magistrado homologa e, se as **partes insistirem** nos termos iniciais, novamente caberá **recurso em sentido estrito** da recusa. Se concluído o acordo, adverte o investigado sobre os efeitos, confirma sua

anuência e o homologa, podendo ainda determinar medidas **complementares para sua execução**, sem que isso represente ofensa ao princípio acusatório.

A confissão, por sua vez, não precisa contemplar, no nosso sentir, todos os detalhes, inclusive delação de coautores ou partícipes, bastando o **fato principal** com suas qualificadoras. A lei não empregou a expressão circunstanciadamente (com todas circunstâncias), mas **circunstancialmente (naquele contexto)**, e não pretendeu dificultar a negociação para expiação de culpa e obtenção de elemento determinante da condenação, na hipótese de descumprimento. Não se exige, contudo, **prévia confissão no inquérito** ou PIC, impondo-se a oportunidade para negociação, sob a perspectiva de benefícios antes não cogitados. Para viabilizar as tratativas, é possível também agora a expedição de **carta precatória**, pois a aplicação da resolução dependia da comunicação entre promotores de diferentes localidades, mas a lei previu o controle judicial, embora limitado, o que justifica a intervenção de um juízo deprecado para instar as partes às tratativas sobre condições eventualmente sugeridas pelo promotor natural, para viabilizar a gravação da confissão pelo MP local e para colher a anuência do **investigado**, restando ao deprecante a homologação. Havendo **conflito** de sua vontade com a do **advogado**, deve prevalecer a do primeiro, ao contrário do interesse recursal. O profissional o orientará e estará **presente**, mas a manifestação determinante é de quem escolherá entre cumprir condições e ser processado. Possível até mesmo que a confissão somente seja gravada pelo promotor, depois de certa a viabilidade do ajuste e da sindicabilidade, mas novamente na ausência do juiz.

Se houver agente com **prerrogativa de foro**, os autos devem ser encaminhados ao tribunal competente para que decida pela conexão ou desmembramento, quando retornarão para somente então concluir a negociação. Sustentamos solução semelhante àquela adotada para a homologação da colaboração premiada, evitando que, por exemplo, decida pela exceção à reunião das imputações, sem competência. Chegou-se a ponderar, a propósito, que o ANPP **desestimularia colaborações** por ser mais benéfico, mas, na verdade, caberá, em regra, para delitos de média gravidade, sendo que, mesmo na hipótese de organização criminosa, essa imputação geralmente viria acompanhada pela de outro delito, o que impediria o acordo e reclamaria colaboração para algum favor legal.

Quanto à possibilidade de a confissão **prejudicar** algum **comparsa** que não fez ANPP, cumpre observar que ela somente poderá ser considerada, se houver descumprimento, como seria em qualquer litisconsórcio passivo, e ainda assim poderá ser contrastada por retratação em interrogatório. Se o beneficiado, outrossim, for arrolado e ouvido em juízo, não será compromissado e não terá renunciado ao direito de ficar silente. Além de não se tratar formalmente de colaboração, urge resguardar o direito de não autoincriminação de quem poderá ser processado, em caso de rescisão. A crítica a suposto estímulo indevido às declarações comprometedoras da situação de terceiros é refutada pela consagração da atenuante da confissão e das formas de colaboração. Ainda quanto à extensão da confissão, ela **não precisa recair sobre ilícitos desconhecidos** ou posteriores cometidos pelo investigado, restringindo-se ao **objeto do inquérito**, tanto que há recomendação do CAO criminal do MP bandeirante para que o fato e a classificação jurídica sejam delimitados claramente no acordo, a fim de evitar dúvidas e tentativas de estendê-lo para eventos estranhos. Rescisão caberia por **omissão** apenas se relevante sobre dado essencial daquele fato, ao arrepio da **boa-fé objetiva** e da lealdade dos negócios. A prática de **nova infração**, por outro lado, ao contrário do sursis, não acarretará **rescisão** obrigatória, salvo se **houver previsão** nesse sentido no termo do ajuste. O acordo para o novo delito é que não será possível por expressa disposição legal.

Por fim, não é demais recomendar cautelas na avaliação da voluntariedade do agente, a fim de coibir autoacusações falsas, como de “laranjas”, coação e outros vícios, confirmando-se a consciência dos efeitos da confissão e do descumprimento do acordo. Reitere-se que, se **não homologado**, também por **lealdade** processual e moralidade administrativa, os agentes públicos não poderão levar em consideração a virtual confissão e **informações fornecidas pelo investigado**, o que não ocorre na hipótese de descumprimento culposo. A traição pelo Estado faria o instituto perder credibilidade e não ser cogitado pela defesa. Discordamos de Rodrigo Leite Cabral³, quando propõe, em caso de não homologação, a simples intimação do réu para **pedir exclusão da confissão** dos autos, pois consideramos que tal elemento passa a ser ilegítimo (destinava-se ao ANPP, perdendo sentido, inclusive para rescisão), não recaindo sobre ela propriamente **direito disponível**. Ademais, a garantia mais eficaz da imparcialidade não pode depender de iniciativa do interessado. Ao argumento de que poderia lhe interessar a **atenuante** legal opõe-se o de que precisará e bastará, para tanto, confessar no interrogatório judicial. Outra distinção importante consiste no **efeito da inexecução** (e não necessariamente da rejeição) de **obstar a suspensão** condicional do processo. Com efeito, foge à razoabilidade permitir a sobreposição de institutos e o esgotamento dos esforços na aplicação de todos, sobretudo quando o interessado trai a confiança e despreza, sintomaticamente, compromissos assumidos de maneira voluntária. Em ambas formas de composição, **suspende-se o prazo prescricional**, até porque ainda não há pena, mas **condições** para evitá-la, que não gozam de imperatividade e **não admitem execução compulsória**, como a prisão, além de não se cogitar ainda de reconhecimento de injusto típico culposo, vigorando a **presunção de inocência** em sua plenitude. São **equivalentes** funcionais da dimensão **preventiva** da sanção e encerram regras de conduta.

Quanto aos requisitos objetivos, a pena mínima cominada ao delito deve ser **inferior a quatro anos**, opção do legislador compatível com a perspectiva de substituição por restritiva de direitos, embora essa seja admitida para condenação de quatro anos também. São computadas as causas de modificação da pena, adotando-se para a **redução o maior percentual em perspectiva**, como por exemplo 2/3 na tentativa, o que fatalmente estenderá o acordo para crimes objetivamente graves, e para **aumento o menor percentual** previsto. A Súmula 723, do STF, aliás, já emprega tal critério para negar o sursis apenas se o aumento mínimo fizesse a pena superar um ano, bem assim a admissão pelo STJ do acordo para contrabando tentado, pautando-se pela redução de 2/3. Todavia, não cabe ao juiz avançar sobre a *opinio delicti* nessa etapa, vislumbrando **desclassificação** da imputação e compelindo as partes à negociação, ao arripio do princípio acusatório. Nesse diapasão, para **continuidade** delitiva considera-se o aumento **mínimo** da pena e para o concurso **material a soma** das mínimas cominadas.

O delito não pode ter sido cometido com **ameaça ou violência**, salvo contra **coisa**, surgindo divergência se contra pessoa bastaria sua modalidade **culposa**, como sustenta Cabral⁴, ou se apenas a dolosa impediria ANPP. Não nos convence o argumento de que, se o legislador desejasse, teria previsto o benefício para todas infrações culposas, como em outros diplomas, já que aqui ele apenas previu óbice, cuja exegese deve ser **restritiva**, por ressaltar a regra orientada pela pena. Concordamos, de outro giro, com a ideia de que

³ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 166.

⁴ *Ibidem*, p. 91.

a vedação inclui **violência presumida**, como na tentativa do art. 217, CP, a despeito da pena reduzida admiti-lo, e a **imprópria**, pois não deixariam de ser dolosas, reprováveis e excludentes de inúmeros favores legais, como se extrai da compreensão sistemática das normas e da coerência do nosso sistema. A despeito da alusão à admissibilidade de justificativas atinentes à reprovabilidade e consequências do homicídio culposo pela jurisprudência, na rejeição de reprimendas alternativas ou outros benefícios, insistimos que, em abstrato, o ordenamento não equiparou a gravidade das infrações dolosas e culposas, e seguiu a linha de agravar ou não atenuar a resposta apenas para violência orientada pelo dolo, restando a avaliação de eventuais circunstâncias de **culpa grave ou com consequências** assaz perniciosas em **concreto** para recusar o acordo por **insuficiência** e falta de proporcionalidade, inclusive mediante distinção, por exemplo, entre espécies de lesões e morte.

Nesse ponto, desponta a importância do terceiro requisito, relacionado aos fins de **política criminal**, consistente na **suficiência para prevenir e reprovando o injusto**, atestada a necessidade por não caber resposta mais branda. A resolução adotava para os danos o critério objetivo de valor (até 20 salários-mínimos), mas a lei conferiu ao titular da ação maior discricionariedade, embora deva ser justificada objetiva e empiricamente, como, por exemplo, na **lesividade e relevância dos bens jurídicos e/ou culpabilidade**. Aqui são úteis as noções de sistema integral de direito penal, no qual o processo realiza desideratos de política criminal, admitindo avaliação do merecimento e necessidade de reprimenda, segundo fins preventivos. Seriam sopesadas com os resultados esperados de condições bem ajustadas ao caso concreto. Todavia, à luz do princípio **acusatório, não cabe ao juiz** substituir as partes e se imiscuir na *opinio delicti* para externar posição subjetiva sobre a **conveniência do ajuste ou mérito de suas cláusulas**. Zelarà pela legalidade, como na rejeição por ausência daqueles outros requisitos legais, limitando-se a instar as partes à reformulação nas situações de **teratologia**, como se faz em HC concedido de ofício, mediante superação da Sumula 691, STF, por exemplo. Somente diante de **arbitrariedade e manifesta ilegalidade** – inclusive na forma de **absoluta leniência** com o ilícito, cuja admissibilidade certamente ensejará controvérsias na doutrina e jurisprudência – o juiz deixará de homologar, com base nesse parágrafo quinto.

À luz do princípio da interdição da arbitrariedade, é correta a hipótese preconizada por Cabral⁵, embora entendamos que não seja a única capaz de ensejar a rejeição, de emprego dos percentuais de redução (inc. III) da pena mínima cominada para fixar **duração da prestação de serviços aquém do piso** (percentual maior do que 2/3) **ou além do permitido** (menor do que 1/3), de sorte a tornar insuficiente ou desnecessária a medida, respectivamente. O titular da ação pode acatar a não homologação, oferecendo denúncia/queixa, pois pressuposta a existência de materialidade e indícios de autoria, ou recorrer, como também a defesa. A propósito, entendemos que a **única hipótese** de devolução dos autos pelo juiz para diligências e **prosseguimento da investigação** é a de justamente ser **prematura** a negociação. Nas **demais rejeições, presente justa causa, impõe-se denúncia**, até porque a **obrigatoriedade** não foi abolida do nosso sistema, subsistindo implícita no monopólio da ação penal pública previsto na Lei Maior, como já esclarecemos. Reafirma-se a importância de que somente quando madura a investigação, **excluída** a possibilidade de **arquivamento ou prescrição, abre-se a fase de acordo**, até

⁵ Ibidem, p. 136.

para que não se repita praxe verificada na implementação do JECrim, de todo contraproducente para simplificação e desobstrução do sistema de justiça, da formulação imediata de propostas açodadas com base em mero TC, sem análise, sequer perfunctória, da tipicidade da conduta e do suporte probatório mínimo, por vezes transmitidas coletivamente aos “autores do fato”.

Por outro lado, é possível que, por ocasião da audiência de **custódia**, já existam elementos suficientes de autoria e materialidade para acusação e, em tese, seja possível o ANPP, cabendo ao juiz, contudo, redobradas **cautelas** na avaliação dessa base fática e na confirmação da **voluntariedade** do investigado, dadas as circunstâncias adversas, como **entrevista** mais superficial e célere com defensor, exíguo tempo para reflexão, eventuais **efeitos de álcool** ou entorpecente. Não poderá colher manifestação do atuado sobre os fatos, mormente confissão, no termo da custódia. Deverá encerrá-lo e se ausentar das tratativas para, somente num **segundo momento**, se frutíferas, abrir **novos termos** para as providências da homologação do ajuste escrito apresentado pelos interessados. Por outro lado, auspiciosa a recomendação do MPSP de **não se fazer constar a impossibilidade** do ANPP nessa ocasião, a fim de não vincular o promotor natural da causa e inviabilizar as tratativas, quando mais oportunas e mais propícias as condições. Se concluído e homologado o acordo pelo juiz da custódia, embora fosse factível, em tese, a remessa diretamente à vara de Execuções, é certo que a **distribuição** prévia a um juiz natural de conhecimento permitirá medidas complementares, como **comunicações** a órgãos oficiais, e a fixação da competência para a hipótese de rescisão.

Reafirmamos a importância da oportunidade para **correção** dos termos do acordo, à luz do princípio da **conservação dos negócios** jurídicos e economia processual. E em caso de **recusa**, não há previsão legal da **remessa ao órgão de revisão** para tal fim, de sorte que restaria ao juiz não homologar ou reconsiderar sua posição, embora a submissão de ofício da negativa imediata e injustificada de mera negociação comporte divergências. Cabral chega a admiti-la até mesmo para retificação, mas reconhece que, se **rechaçada pelo órgão**, restaria ao juiz a **homologação ou não**. Dúvidas não pairam sobre a possibilidade de **provocação da revisão pelo investigado**, enquanto a iniciativa de ofício do juízo depende da posição adotada, refutada por quem se inclina **mais** para o sistema **acusatório** e ideia de discricionariedade das partes **ou** admitida por aqueles que concebem o controle judicial de legalidade mais amplo, na forma compreendida pela Súmula 696, do STF, para o sursis processual, sendo que a observância de suposto **direito subjetivo** do investigado contra abusos não dependeria diretamente da atuação da defesa técnica. Nessa ordem de ideias, na condução do procedimento, o juiz zelaria pela lealdade das partes, pela impessoalidade, isonomia e probidade, que vinculam também o promotor.

Orientação intermediária poderia se consolidar em torno dos critérios aqui invocados para limitar a atuação jurisdicional aos requisitos verificáveis de plano, sem incursão sobre a oportunidade regrada, na avaliação pelo MP da necessidade e suficiência das condições do ajuste. Vale dizer, o juiz **de ofício** submeteria à revisão a **resistência a sanar erro evidente** (p.ex. superado período depurador de cinco anos, descaracterizando o óbice da reincidência invocado), mas não a explicitada em reiteração de razões de **política criminal**, ainda que improcedentes, cabendo ao **investigado a provocação**. Antes da lei, surgiram questionamentos acerca de sua forma, se realizada diretamente junto ao órgão de revisão, ao promotor ou ao juiz natural. Na primeira hipótese, faleceria competência para avocar os autos e na segunda para enviar, sobretudo com a judicialização formal da negociação ora vigente, além de conferir ônus operacional ao investigado e o risco de

se indispor com a parte adversa na sequência do procedimento. Com efeito, como o juiz acompanha tal fase e fatalmente os autos estarão conclusos, caberá a ele processar o incidente. E se **procedente a revisão**, será necessário **designar novo promotor**, inspirando-se no revogado art. 28 e preservando-se a independência funcional do antecessor. Todavia, aquele designado poderá não celebrar o acordo por **outro motivo**, como a retração da confissão. De qualquer modo, a **admissibilidade a quo** como filtro para evitar **remessas inócuas** (p.ex. quem provoca é reincidente), que seria exercida pelo promotor, sob a égide da resolução do CNMP, foi conferida ao juiz, até porque, durante a revisão, o **processo ficará suspenso**, tendo liame direto com sua presidência e celeridade.

Ainda sobre o par. 5, cumpre reiterar que o controle não é vertical sobre a intensidade da resposta estatal e das condições, mas **horizontal** acerca da legalidade, como de cláusulas sobre reparação de dano inexistente, renúncia a bem de terceiro ou devolução para quem não é vítima, exemplos bem lembrados por Cabral. De qualquer modo, a finalidade precípua da **revisão** é analisar o inconformismo com a **ausência da proposta ou recusa da adequação**, motivo pelo qual recairá sobre a motivação atinente à suposta insuficiência ou desnecessidade, já que, se não preenchidos requisitos peremptórios, não se deve assoberbar o órgão competente para mera reafirmação do descabimento evidente do benefício para reincidentes, crimes com pena a partir de 4 anos ou praticados mediante violência, por exemplo. E contra o subsequente **recebimento da denúncia**, ante a inviabilidade da negociação e eventual negativa de submissão à revisão, poderá o investigado socorrer-se do HC. A decisão nessa fase deve ainda **destinar instrumentos e bens apreendidos**, mantendo vinculados ao feito aqueles de interesse probatório, com perspectiva de perda ou de ilicitude indubitável. Se frustrado o ANPP e oferecida denúncia ainda na audiência, o denunciado poderá ser **prontamente citado** por economia processual.

Cumpre ao juiz, ademais, avaliar a presença de algum **óbice legal** ao ANPP. Um deles é se tratar de crime (**não contravenção**) de violência **doméstica** (diz mais com âmbito da ocorrência) ou **familiar** (com a natureza da relação), de qualquer natureza, o que contempla a **psicológica**, até porque a real já estaria excluída na análise dos requisitos, ou ainda cuja vítima seja **mulher** (por rebaixar o sexo e não por eventuais motivos íntimos), mas **apenas em desfavor do “agressor”**. Vale dizer, admitir-se-ia o acordo com uma agressora. Quando apenas um dos delitos do concurso material o impede, sugere-se o ajuste **parcial**, se a soma das penas não superar o teto. O segundo óbice expresso na lei é o cabimento de negociação no JECrim, ponderando-se que o emprego dessa expressão autorizou, à luz da legalidade, a possibilidade de **opção** pela transação ou ANPP para infrações de menor potencial ofensivo de competência da Justiça **Eleitoral ou Militar**, como pondera Cabral⁶, cabendo mais uma vez às partes, em conformidade com a *mens legis* da comunhão de interesses e o poder que lhes foi conferido nesse modelo, e não ao juiz, embora compreensível a tendência de se prestigiar o que é mais benéfico ao investigado. De qualquer maneira, a exclusão do JECrim decorre da **isonomia substancial**, evitando-se o ANPP, objetivamente mais gravoso, mediante escolha aleatória do MP, para infrações de menor potencial ofensivo. Por fim, o último impedimento é a celebração de **ANPP, transação penal ou suspensão condicional nos 5 anos anteriores ao fato**, não implicando, a superação desse termo no curso do processo, a renovação da oportunidade para negociação.

⁶ Ibidem, p. 201-207.

No tocante aos requisitos **subjetivos**, o investigado não pode ser **reincidente**, sendo **irrelevante se específico**, e não cometer crime de maneira **habitual**, cujo conceito não veio explicitado, mas remeteria a infrações sucessivas de qualquer espécie, ou de forma **reiterada**, para qual **bastaria um antecedente** da mesma, ou ainda **profissional**, que diz com planejamento e modo organizado de execução. Divergências surgirão certamente sobre a possibilidade de considerar atos infracionais, sobre o conceito de elementos probatórios (se quaisquer **evidências dos autos ou se apenas certidão de condenação** transitada em julgado por força da presunção de inocência) e de **infrações insignificantes**. Essa ressalva legal, no nosso sentir, busca não computar aquelas condutas alcançadas pela noção de **bagatela** desenvolvida na jurisprudência e na doutrina, **prescindindo de prévia** e expressa declaração judicial. Vale dizer, as partes e o juiz podem considerar não significativo fato ainda sob apuração, interpretando-se restritivamente o óbice e prestigiando-se assim a liberdade de negociação, até porque o reconhecimento anterior certamente implicaria absolvição e tornaria inócua a exceção da parte final da norma. No mesmo sentido, para vedar o acordo, reputamos necessária ao menos certidão da condenação anterior para se concluir pela reiteração e de outras para habitualidade, pois não haverá, em regra, cognição exauriente sobre esses fatos pretéritos. De outro giro, como a lei não se referiu a coisa julgada, embora fosse possível, e incluiu a reincidência já na primeira parte da norma. Preconizamos, por fim, a exclusão das condutas realizadas quando menor por sua natureza jurídica e por conta das expressões “criminal” e “infrações penais”, que **não se confundem com ato infracional**.

O juiz deve, então, analisar se efetivamente preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos e ausentes óbices. O acordo precisa ainda atender às condições de existência, validade e eficácia. O juiz confirma se as partes são **legítimas e se suas manifestações de vontade são livres** ou se estão viciadas, por exemplo, por esqualidez ou excesso de acusação capaz de compelir o investigado a aceitar condições, sem o necessário discernimento, ou até mesmo por confissão pontual e apenas aparente com objetivo de induzir o MP a erro. Essa hipótese, contudo, não deve impor, no nosso sentido, a oitiva da gravação pelo magistrado. Enfim, não se analisa somente a hipótese de coação evidente, sendo que essa, a propósito, pressupõe promessa de **mal injusto** e não de simples oferecimento de denúncia ou de pleito de medida gravosa, como pondera aquele autor. Observa também que, no plano da validade, o autor referido admite o ajuste com enfermos, se clara a vantagem. Nessa seara, aliás, o juiz verifica se as **condições não atentam contra direitos fundamentais**, mormente aquelas estabelecidas livremente pelo MP, como a autodeterminação mediante submissão do investigado a internação compulsória. Confirma, por fim, se o ajuste observa a **forma legal**, se elaborado por **escrito**, com assinaturas de todos e assistência de advogado, precedido de **entrevista** reservada. Superadas tais etapas, a homologação, após confirmação da **vontade pelo investigado em audiência**, não exigida em outros sistemas, confere eficácia ao ajuste. Na avaliação da regularidade, sobretudo vontade, e da legalidade, principalmente cabimento para delito e seus autores/partícipes, não se faz incursão no mérito das obrigações e conveniência do acordo.

Forçoso evitar **ordens de revisão** das condições, ainda que sob argumento de proporcionalidade, pois o investigado fatalmente será **prejudicado pelo agravamento das condições ou**, se determinado o **abrandamento, pela recusa motivada do titular da proposta**, frustrando a negociação e desencadeando o processo, com suas consequências deletérias para o acusado. No mesmo diapasão, não entendemos que, nos processos em curso, o juiz possa obstar o ANPP e desclassificar a qualquer momento a imputação para

fins de aplicação do art. 89, da lei 9099/95. Cabe à defesa aderir à proposta ou confiar na **desclassificação** futura para obter vantagem apenas em tese mais interessante, até porque pode considerar, dadas as circunstâncias em concreto, que a primeira estratégia é mais conveniente, evitando fiscalização de condições por dois anos. Tratando-se de espaço para as partes negociarem, delimitado pela *opinio delicti*, sem prejuízo de eventual trancamento da ação ou absolvição sumária, no momento oportuno, se o juiz interferir precocemente no mérito, poderá frustrar a negociação, até por não se admitir sursis processual de ofício, fomentando ainda a via recursal, em detrimento da economia processual. A **ingerência excessiva** na oportunidade do acordo ou seu conteúdo é contraproducente aos fins de política criminal e espírito da inovação legislativa, além de comprometer o princípio acusatório. Úteis os critérios de sindicabilidade desenvolvidos pelos tribunais superiores para a colaboração premiada. Em suma, para determinar excepcionalmente glosa de cláusula ou condição, demandar-se-ia evidente abuso ou insuficiência de sorte a comprometer a própria legalidade. Se negada adequação, por equivaler à frustração de ajuste viável, restaria a revisão. Se obstada a aplicação da lei, por outro lado, mediante recusa descabida da negociação pelo titular da ação, também pode o juiz interceder, **acolhendo provocação** da revisão pelo investigado ou até mesmo remetendo de ofício (segundo aqueles que admitem tal providência), ao ler a cota da rejeição desprovida de justificativa plausível, quando submetida com a **exordial à conclusão**. A propósito, se excluída tal iniciativa judicial, seria conveniente conceder oportunidade para o investigado ter **ciência da posição ministerial** e pedir a revisão, **sob pena de** submetê-la ao órgão competente apenas diante de eventual **preliminar da resposta** à acusação, quando já recebida a denúncia. Vale dizer, somente na citação o investigado tomaria conhecimento da oposição ao ajuste pela parte contrária, frustrando-se o desiderato do legislador de **evitar a persecução** judicial, sobretudo quando é notória a carga sancionatória no meio social da instauração do processo. Em contrapartida, **se é o juiz quem impede** o ajuste e nega a homologação, cabe **Recurso** em sentido estrito. E se **provido**, há quem preconiza a **substituição** do juiz para preservar a imparcialidade e sua independência na sequência do processo. Com efeito, poderá haver rescisão por inexecução e, por conseguinte, necessidade de julgamento. Da homologação caberia, em tese, apelação, mas as partes não teriam interesse e a **vítima não goza de legitimidade**, podendo apenas provocar a revisão do arquivamento. Ainda que potencialmente pudesse desejar processo para sanção ou acordo para reparação célere, não se lhe conferiu tal poder.

A lei previu **condições obrigatórias e uma livre** a cargo do titular da ação. A despeito das expressões equivocadas “cumulativa e alternativamente” que conjuga hipóteses **excludentes**, a melhor doutrina vem considerando que são **cumulativas** aquelas dos incisos I a III com a do inc. IV “ou” do inc. V (aqui sim **alternativamente** por causa da partícula “ou” entre as duas). Romulo Moreira⁷, contudo, sustenta que as quatro primeiras são cumulativas e que, se inviável a aplicação de alguma (p.ex. se impossível reparação), seria adotada outra pelo MP, com base no inc. V, o que explicaria a partícula “ou” antes dela. De qualquer modo, resultaria ilógico e contra o texto da lei impor todas cumulativamente, como se o MP sempre devesse criar uma quinta condição, ou autorizar a opção por uma apenas das cinco, tornando inócua a previsão de tantas medidas para a almejada resolução integral da lide.

⁷ <https://bit.ly/3k0wAzH>, acessado em 28/05/2020.

No inc. I a **reparação** de dano prestigia o protagonismo que a vítima ganhou no processo nas últimas décadas, o que incluiria o dano **moral**, recomendando-se sua intimação para oferecer subsídios ao promotor na negociação, quando não for querelante. Embora fosse possível se cogitar da indenização **mínima** do art. 387, do CPP, auspiciosa a busca pela integralidade em consonância com os fins de política criminal e consequências do acordo pensadas pelo legislador. O dano **coletivo** também estaria açambarcado, seguindo-se jurisprudência, sobretudo para delitos de corrupção *lato sensu*, que se orientou por sua fixação em condenações exemplares da Lava Jato. Sobre essa ideia de restabelecer o *status quo ante*, Cabral⁸ destaca o julgamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 2016 no caso da Fazenda Rio Verde. Importante, de qualquer maneira, que seja fixado valor **líquido e certo**, evitando-se incidentes na execução, além de se perquirir a lesão real e capacidade do investigado para a forma de cumprimento. A **ressalva da “impossibilidade”** demanda **prova concreta** e não mera alegação, não se aplicando à restituição, quando a res estiver acessível ao investigado, em nossa opinião.

No inc. II está prevista a **renúncia a instrumento** do crime, inclusive **lícito** por não ter discriminado (não caberia ao intérprete distinguir e criar exceção), além de **produto e proveito**. Há doutrina que reputa **inconstitucional** a inclusão do lícito por representar confisco, ao arrepio do art. 91, CP, causando enriquecimento sem causa do Estado, diferentemente da perda alargada, que dependeria de ausência de prova da origem da discrepância patrimonial e de infração com pena máxima cominada superior a seis anos e de condenação. Entendemos que a opção do legislador, contudo, é **legítima**, assim como fez com instrumentos não proibidos, mas usados no tráfico ou lavagem. Além de legalmente prevista no espectro de responsabilização, assim como a multa, não se cogitando de locupletamento estatal indevido, é certo que estará acobertada pela disposição do investigado, que pode ainda se recusar a fazer o acordo. A medida, aliás, é conveniente para **localização** e pronta destinação desses objetos, para poupar tempo e gastos com **depósito**.

No inc. III, a duração da prestação de **serviços** à comunidade parte da pena mínima com menor aumento, se presente causa para tanto, ou com maior diminuição possível, se verificada causa legal, seguindo-se **desconto de 1/3 a 2/3**, sugerindo-se que o percentual varie conforme a **gravidade** da conduta, a **medida da culpabilidade** e demais fatores do art. 59, CP. Se respeitados esses limites e justificada a adoção de **desconto menor** do que o máximo, **não** cabe ao juiz interceder para alteração. Restaria saber se o resultado **inferior a 6 meses**, divergindo do disposto no **art. 46, CP**, seria admitido. Pensamos que a disciplina **especial** prevalece, como já ocorre com o art. 28, da lei de drogas, mas, ante a omissão sobre o critério de horas, aplica-se o **subsidiário de 1h por dia**. A única hipótese de intervenção **judicial** direta no conteúdo do acordo diz respeito à designação do **local** da prestação de serviços na execução, embora, como salienta Cabral, teria sido melhor conferir tal matéria às partes, com condições de, durante a negociação, ajustá-la à capacidade profissional do investigado, aos efeitos sociais e preventivos de política criminal, à espécie da infração e de interesses lesados. Com efeito, não vislumbramos óbice à antecipação desse dado, até porque poderia se fundar no inc. V. A propósito, andou bem o legislador no inciso IV, quando definiu como destinatária da prestação **pecuniária** entidade que cuide dos **bens jurídicos iguais ou semelhantes** aos atacados. Importante destacar que deve ser uma das

⁸ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020, p. 129.

credenciadas e **não a vítima**, como no CP, até porque já prevista a reparação de danos em seu favor e a possibilidade de outra condição livremente escolhida pelo titular da ação. Variará de **um a 360 salários-mínimos**, conforme, na nossa opinião, **condição financeira do agente, sua culpabilidade**, gravidade do fato e eventual repercussão patrimonial.

Como a referência é expressa ao MP, no inc. V, entendemos que o **querelante não** poderia criar **livremente** condição, tendo o primeiro atividade supletiva nesse ponto. De qualquer modo, não pode ser **proibida, desproporcional e ofensiva à dignidade** da pessoa humana, incluindo a autonomia de vontade, ou capaz de vincular **terceiros**. Deve ser ainda **específica e com prazo**. A **defesa pode sugerir**, assim como provocar as negociações. São exemplos recorrentes a **renúncia** de função pública ou mandato, se **pertinente** com o crime, como naquelas cometidos contra a Administração Pública; o compromisso de não se candidatar ou de não participar de concurso, licitação ou **contrato**; de não exercer **atividade determinada**, até mesmo como forma de obstar a reincidência específica; de se submeter a tratamento **ambulatorial ou programas** de ressocialização; de não se **aproximar** de certas pessoas ou lugares, como estádios em função de infrações cometidas em eventos esportivos; de publicar certa informação; de **não delinquir**; de **não dirigir** automotores; de se **retratar** publicamente ou de excluir conteúdo de **redes sociais**; e de **repatriar** bens ou valores. Como se percebe claramente, o ANPP abre espaço para a ingerência penal atender a fins de **prevenção** da pena, inclusive positiva especial e geral. Notamos o desiderato legislativo de abdicar ou mitigar a dimensão retributiva para infrações de média gravidade, remanescendo as condenações, mormente de privação de liberdade, para reincidentes e delitos graves.

Com efeito, além de muito útil para os fins da justiça negociada, tais medidas **não violam** o princípio da **legalidade** e seu corolário de taxatividade, pois não são penas, mas **condições aceitas** voluntariamente. Salienta Cabral⁹ que são suscetíveis de previsão também **deveres laterais** ou acessórios, como de informação e **comprovação do cumprimento**, o que pode ser interessante para dispensar o ofício de realizar novas intimações; como o de adotar comportamento orientado pela lealdade e boa-fé, sem distorcer o sentido das cláusulas; e como o de **cooperação**, além de passível de consignação no termo determinações de comunicações de **órgãos oficiais**, administrativos e de fiscalização, visando facilitar a consecução dos fins do ANPP. Enfim, reputamos viável a inclusão de cláusula complementar com obrigações já compatíveis com medidas previstas no nosso ordenamento, sem prejuízo de outros meios alternativos de resolução de conflito, inclusive a Justiça **Restaurativa**. A propósito, conveniente a reunião do investigado, seu advogado e autoridades competentes para negociação de todas questões que envolvam eventual responsabilização civil, disciplinar, por improbidade administrativa, por infrações da lei anticorrupção e acordo de leniência, formalizada em seus respectivos procedimentos, evitando-se *bis in idem* e atendendo a vetusto pleito da advocacia de solução integral e coerente das pendências do interessado com o Estado, sem sucessivas, colidentes, surpreendentes e excessivas medidas jurídicas.

Com a **homologação**, que integra o negócio para lhe conferir eficácia, **transcende-se** o interesse das partes para o público, devendo a **vítima ser intimada** dessa decisão, que marca **suspensão da prescrição**, e de eventual **inexecução**. No tocante aos recursos, cumpre acrescentar que, tendo a lei conferido papel importante ao juiz no processamento do ANPP,

⁹ Ibidem, p. 146-147.

o indeferimento da **intimação do investigado para tratativas** com o promotor desafiaria, em tese, **correição parcial**, até porque a lei não lhe atribuiu tal encargo, como invoca Cabral para o comparecimento de infrator e representantes à audiência de advertência ou como previa a resolução sobre a matéria. Aliás, o MP pode até pedir que o investigado seja **advertido** no mandado de que a ausência injustificada será considerada desinteresse para fins de preclusão. A correição poderia ser admitida também para a **ingerência indevida** do juiz no acordo. Na fiscalização do cumprimento das condições, por sua vez, apropriado o **Agravo em Execução**, como, por exemplo, contra a definição do local, sem estrita observância da resolução 154, do CNJ, e das **condições** da prestação de serviços ou contra a **rescisão**. A propósito, para evitar tais incidentes, é aconselhável um **breve contraditório**, concedendo oportunidade para o investigado provar o cumprimento ou oferecer justificativa, evitando-se devolução eventualmente inócua ao juízo de conhecimento. **Não bastaria o decurso do prazo**, se inerte o investigado, priorizando-se os fins político-criminais do novo instituto e o papel de destaque da **vítima**, além da **obrigatoriedade das condições** para extinção de punibilidade, de todo benéfica materialmente para o interessado. A propósito, **não gera antecedentes** criminais e apenas obstará novo acordo para fato ocorrido nos 5 anos seguintes. E mais adequado teria sido o emprego da expressão “**declarará**”, ao invés de “**decretará**” a **extinção**.

A **execução** seria promovida diretamente à luz da resolução pelo MP, o qual instruiria o pedido com os autos, solução que chegou a ser preconizada por alguns, mesmo após a entrada em vigor da lei. Consideramos, contudo, que, por força das funções ora conferidas ao juiz, seria mais apropriada a **distribuição dos autos** ao juízo competente, a fim de que seja viabilizado eventual **conflito de competência** e assegurada a ulterior comunicação do cumprimento para fins de **registros** ou da **rescisão** para prosseguimento da persecução, sobretudo quando se cogita da ação **privada** e do risco de inércia com intuito escuso de **barganha** ou outro, desviando a finalidade do instituto. Ademais, embora apenas a prestação de serviços à comunidade dependesse da operacionalização pela vara ou anexo especializado e pudesse ser suficiente seu apoio logístico ao juízo comum, o legislador optou por atribuir a fiscalização das condições ao juízo de execuções, não se vislumbrando na opção, em tese, evidente inconstitucionalidade. De qualquer maneira, o **manual** editado pelo **TJSP** estabelece que cabe ao juiz o controle do prazo de trinta dias para o MP promover a execução e que, se as condições fixadas no acordo puderem ser cumpridas de forma **instantânea** (p.ex. renúncia a bens e direitos; restituição do bem à vítima; prestação pecuniária etc.), fica **dispensado** o ajuizamento perante o **Juízo das Execuções**. Nessa situação, aquele que homologar o acordo poderá, desde logo, extinguir a punibilidade do agente. O manual pressupõe ainda a possibilidade de audiência de homologação por **videoconferência** ou teleaudiência, sendo expedida carta precatória, se inviável, assim como a realização em **Plantão** Judiciário ou Audiência de Custódia de forma concentrada, nas sedes de Circunscrição Judiciária, remetidos os autos para redistribuição, em seguida, ao juízo competente, que abrirá vista ao MP para peticionamento na execução, intimará a vítima, cientificará a delegacia de polícia, decidirá sobre os objetos apreendidos, na forma da seção XXV, capítulo IV, das **Normas de serviço da Corregedoria**, e aguardará o cumprimento.

Os **tribunais**, por sua vez, em decorrência de foro privilegiado, poderão **delegar** a fiscalização das condições. Nos feitos da Justiça **Federal, Eleitoral e Militar**, todavia, como bem ressalva Cabral¹⁰, **não** haverá deslocamento para a Vara de Execução **estadual por não**

¹⁰ *Ibidem*, p. 177.

se tratar de **privação de liberdade**, nos termos da Súmula 192, STJ. A propósito, como não se cuida de pena, como assentou a Súmula 35, do STF, para vedar a execução forçada da transação, sequer se cogita de **detração** e, em caso de rescisão, o que for cumprido não será deduzido de eventual condenação. O autor citado denomina efeitos **extraprocessuais** a **perda** irreversível do valor ou serviço prestado, como se fosse doação, e a atribuição de **título executivo à vítima**, passível de oposição até mesmo aos herdeiros, enquanto os endoprocessuais principais seriam a retomada da persecução e a valoração da confissão.

A propósito, na **ação privada**, o juiz zelará pela legalidade contra eventual arbítrio do querelante, que não poderá escolher com qual ou quais querelados negociará, em virtude da **indivisibilidade**. Em contrapartida, certamente representará problema o risco de **decadência**, cujo prazo **não conta com a suspensão**, como a prescrição, durante o ANPP, recomendando-se celeridade no seu processamento e exiguidade dos prazos. E não cabe à privada **subsidiária**, durante a negociação e cumprimento do ajuste, por **não** se tratar de **inércia** do MP. Nas persecuções contra **pessoa jurídica**, como nas infrações ambientais, vigorando a heterorresponsabilidade no nosso sistema, impõem-se cautelas singulares, como já ocorre na nomeação de defensores diferentes em caso de colidência na autodefesa. Cabral sugere, com propriedade, que sejam conferidos **poderes específicos**, inclusive de confissão, para representante **diverso daquele** que poderá ser também **investigado**, a fim de não se comprometer seu direito de não autoincriminação, caso não seja contemplado pelo acordo, como na recusa ou na ausência de requisitos. Com efeito, não se pode exigir do reincidente, por exemplo, que confesse em nome da empresa para o acordo, tendo no seu julgamento tal elemento em desfavor, a despeito da oportunidade para interrogatório, motivo pelo qual é interessante a sugestão de se contentar com apresentação de **documento** assinado por outro preposto da empresa.

Nos processos em **curso**, o MPSP tem admitido institucionalmente a negociação até mesmo na hipótese de **levantamento da revelia**, o que poderá ocorrer, no nosso sentir, até a sentença, inclusive se reconhecida pelo juiz a **desclassificação** cuja infração ou pena em perspectiva seja compatível com o acordo. Somente seria importante aguardar a **preclusão** da matéria para providências práticas visando as tratativas. Por analogia ao teor da súmula 337, do STJ, aplicável ao sursis processual, não deixa de ser meio legítimo de se reconduzir o investigado ao **status** do qual deveria ter desfrutado **ab initio** e de se evitar a persecução, ainda que parcialmente, porque essa contempla a etapa judicial. Além disso, como ponderam alguns autores, se a lei estabelece que “durante a investigação” caberia o ANPP ao juízo de garantias, pressupõe que ao de instrução seria admissível no processo. Divergimos, contudo, da opinião de Cabral de que a confissão poderia ser tomada por interrogatório judicial, pois ausente amparo legal e presente risco de contaminação da imparcialidade de eventual julgamento. De toda sorte, o instituto agora mais se aproxima da transação penal, que extingue a punibilidade, do que da Resolução 181/183 do CNPM, que previa apenas arquivamento de cunho pré-processual. Assim, o essencial é a natureza também **penal**, cuja **retroatividade** benéfica somente **não** seria possível em **grau de recurso**, quando já proferida sentença **não inquinada de nulidade**, porque ausente previsão do benefício à época. Restaria ao juízo *ad quem* decidir os recursos e não simplesmente tornar sem efeito o julgamento escorrido (que não ignorou fase que inexistia) para retroceder etapas processuais. E também seria inviável franquear a negociação naquela instância, inclusive com colheita de confissão.

Ainda quanto à competência, em caso de prerrogativa de função, nos termos do art. 1 e 6 da Lei 8038/90, como o ANPP pressupõe base para juízo de **admissibilidade**,

a **homologação** caberia ao órgão **colegiado** e não ocorreria monocraticamente, como na colaboração premiada. Nos demais tribunais, restaria definir se poderia ser conferida ao relator *ad referendum*. Em primeiro grau, por outro lado, onde houver departamento de inquérito, enquanto não revista a suspensão da previsão do juízo de garantias, poderá surgir discordância sobre o ANPP e seus termos entre o promotor oficiante e o da vara para qual forem distribuídos os autos, sendo útil a especialização institucional da atribuição, como ocorreu em Pernambuco. No nosso sentir, a discordância ulterior seria irrelevante perante o ato jurídico perfeito, enquanto seria admitida a hipótese contrária de **reconsideração de negativa do antecessor** eventualmente consignada nos autos. No arquivamento parcial (sobre uma ou algumas imputações ou investigados), poderia coexistir intimação da vítima para provocar órgão de revisão, ANPP para quem preenchesse os requisitos e denúncia contra quem estivesse em situação incompatível com o ajuste, cujo processamento aguardaria a solução de eventual revisão. **Sobrevindo imputação** formal, como na rescisão, em fase **processual avançada** da primeira, **não** seria recomendável a **reunião** de autos, que tumultuaria o curso e o desfecho da ação, excepcionando-se o efeito principal da conexão.

No tocante às hipóteses de vedação do ANPP, bem observa Cabral que inexistente para infrações **eleitorais**, pois, a despeito de ausente previsão na respectiva lei complementar, a lei **ordinária** pode ser aplicada **subsidiariamente**, como já ocorria com o sursis processual e a transação. De outro giro, a exclusão desses dois benefícios pelo art. 90 A, da Lei 9099/95, para crimes **militares**, não pode recair extensivamente sobre o ANPP. Para os crimes **hediondos**, **também não há vedação** expressa, como existia na resolução, e como a pena cominada a alguns o admitiria (organização criminosa, porte de arma proibida, favorecimento de prostituição de adolescente e até mesmo outros na modalidade tentada), **restaria justificativa** fundada em elementos concretos sobre a gravidade do fato e a **insuficiência** do ajuste para os fins de política criminal, à luz da **proporcionalidade**. No tocante à operacionalização dos acordos, no mais, forçoso é atentar para a disciplina mais minuciosa dos arts. 379, 530 das normas da egrégia **Corregedoria** de Justiça de SP.

Portanto, registradas algumas inquietações e possíveis soluções, esperamos ansiosamente pelo aprimoramento do emprego de tão profícuo instrumento de **justiça negociada**, sobretudo pela **experiência compartilhada** dos juízes e demais operadores do direito, com vistas à prestação jurisdicional mais justa, eficaz e permeada pelos **princípios constitucionais**, que permitirá ainda concentrar tempo e recursos no combate à criminalidade mais grave.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALBUQUERQUE, Paulo Sérgio Pinto de. *Comentário do Código de Processo Penal à luz da Constituição da República e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*. 4. ed. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2011.

ARAUJO, Glaucio Roberto Brittes de. Habeas Corpus e a dosimetria da pena. In: PEDRINA, Gustavo Mascarenhas Lacerda *et al.* (org.). *Habeas Corpus no Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 5. ed. São Paulo: RT, 2017.
- CUNHA, Rogério Sanches *et al.* *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP, com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GARCIA, Alessandra Dias. *O juiz das garantias e a investigação criminal*. 2014. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2014.
- GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. *O princípio da proporcionalidade no direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- GRECO FILHO, Vicente. *Manual do Processo Penal*. Florianópolis: Editorial Tirant, 2019.
- HASSEMER, Winfried. *Fundamentos del derecho penal*. Tradução Francisco Muñoz Conde, Luiz Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.
- JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito Penal*. Tradução André Luis Callegari. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- LANGER, Máximo. *Revolución en el proceso penal Latinoamericano: difusión de ideas legales desde la periferia*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Código de Processo Penal comentado*. Salvador: JusPodivm, 2017.
- LOPES JR, Aury. *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2016.
- LOPES JR., Aury; JOSITA, Higyra. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *ConJur*, São Paulo, 6 mar. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3dshgsZ>. Acesso em: 28 maio 2020.
- LOZZI, Gilberto. *Lezioni di procedura penale*. 12 ed. Torino: G. Giappichelli Editore, 2017.
- LUIZI, Luiz. *Princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1987.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal: 3ª atualização*. Campinas: Millennium, 2009.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso. *ConJur*, São Paulo, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://bit.ly/318FGmv>. Acesso em: 28 maio 2020.
- MELLADO, José María Asencio. *Principio acusatorio y derecho de defensa en el proceso penal*. Madrid: Trivium, 1991.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O novo acordo de não persecução penal. *JusBrasil*, [s. l.], 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3k0wAzH>. Acesso em: 28 maio 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ed. Del Puerto, 2003.

SÃO PAULO (Estado). Tribunal de Justiça de São Paulo. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: TJSP, 2020. Disponível em: <https://bit.ly/3j0hw3u>. Acesso em: 14 out. 2020.

SILVA, Marco Antonio Marques da; FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do Direito Penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

WOLTER, Jürgen. El sistema integral del Derecho penal. In: WOLTER, Jürgen; FREUND, Georg (ed.). *El sistema integral del Derecho penal: delito, determinación de la pena y proceso penal*. Madrid: Marcial Pons, 2004.

ZILLI, Marcos Alexandre Coelho. *A iniciativa instrutória do juiz no processo penal*. São Paulo: RT, 2003.