

Qual o papel do acordante de Acordo de Não Persecução Penal na persecução penal dos demais coautores e partícipes?

Thiago Ferraz de Oliveira e

Marcus Vinícius Ribeiro Cunha

Síntese dogmática:

O art. 28A do Código de Processo Penal e o art. 5º, inciso LV, da CR/88, assim como o art. 3.º da Lei 12.850/13, interpretados em conjunto, permitem ao Ministério Público, em respeito ao princípio da liberdade probatória, motivado para a constituição de provas aptas à condenação, a narrar a conduta do acordante de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento em juízo, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.

Fundamentação:

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no Direito Pátrio pela Lei n.º 13.964, de 24.12.2019, substituindo o disposto no art. 18 da Resolução n.º 181, de 07.08.2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que constituiu a primeira regulamentação quanto ao tema.

Seguindo a tendência contemporânea de mudança da forma de responsabilização penal, a medida tem como principal objetivo proporcionar efetividade, elidir a burocratização de processos simples e garantir celeridade na resposta estatal (art. 5.º, inc. LXXVIII, da CR/88¹), com foco também na vítima, porquanto possível reparação dos danos.

O direito penal negocial encontra espaço nas hipóteses de redução de pena ou composição para reparação dos danos causados à vítima do sistema norte-americano, denominado *plea bargaining*, semelhante ao *Absprache* na Alemanha e ao *patteggiamento* da Itália. Na vertente do ANPP ocorre um desvio produtivo do processo penal e da própria sentença, com a responsabilização do imputado, com uso de medidas extrapenais e com foco na reparação do dano, em troca da extinção da punibilidade.

Seria, nas palavras de Renan Posella Mandarino e Valter Foletto Santino² uma espécie de ‘diversão com intervenção’, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos da Lei 9.099/95:

¹ Art. 5.º, inc. LXXVIII, da CF/88: “A todos, no âmbito judicial ou administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.”

O Pacto de San José da Costa Rica (Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969), integrado ao ordenamento pátrio desde a edição do Dec. N.º 678/92, sublinha em seu artigo 8.º.1 que “toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente.”

² MANDARINO, Renan Posella. SANTINO, Valter Foletto. A atuação do Ministério Público ante a expansão da justiça penal negociada no pacote anticrime. Pacote Anticrime. Organizadores Eduardo Cambi et all. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 238.

“O modelo consensual de justiça criminal é uma proposta de diversificação ou diversão dos procedimentos penais, cujo intuito é flexibilizar a persecução penal e maximizar as alternativas para a composição dos conflitos penais diversos do sistema acusatório tradicional. A diversão é a opção política criminal para a resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo penal, e que consiste na solução antes de qualquer determinação ou de declaração de culpa.”

O novel artigo 28A do Código de Processo Penal, com a introdução trazida pela Lei 13.964, de 24.12.2019, trouxe os requisitos materiais básicos da diversão com intervenção, quais sejam: a) as classes dos delitos; b) a responsabilização extrapenal do imputado, com medidas despenalizadoras com foco na reparação do dano; c) condições subjetivas favoráveis; e d) o consenso sobre o julgamento, ou seja, sobre a sentença.

O foco desta tese é trabalhar especificamente o último requisito, ou seja, o consenso sobre o julgamento, com origem no sistema adversarial do *plea bargaining* e a forma de inserção no processo penal tradicional, em que os elementos de prova serão valorados contra corréus e partícipes do mesmo evento criminoso.

Nesta ordem de ideias, a confissão do acordante do ANPP pode e deve ser analisada de acordo com o *princípio da liberdade probatória*, insculpido no art. 198 do Código de Processo Penal, por meio do qual se extrai que a proibição da produção de prova deve constar expressamente da Lei, caso contrário, a liberdade se encontra na ampla e garantida possibilidade de se provar tudo.

Assim, a delação de coautor ou partícipe, no âmbito da confissão realizada pelo acordante no Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é admitida e inexistente óbice a que os órgãos de investigação apurem o envolvimento de outras pessoas ou a ocorrência de outros crimes no contexto do evento criminoso objeto do ANPP. Os pontos controversos seriam, então, a utilização da confissão do acordante contra os delatados, a relevância e forma de sua repetição em juízo, a natureza jurídica do acordante no processo penal de seus delatados e o momento processual de sua oitiva em juízo. A Lei n.º 13.964, de 24.12.2019, a despeito de regulamentar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é silente quanto a esses pontos destacados.

O ponto específico a ser debatido no presente trabalho é a possibilidade de a confissão do acordante receber o *status* de prova quando houver delação de corréu ou partícipe. Isso porque, o Código de Processo Penal admite interpretação extensiva e aplicação analógica (art. 3.º do CPP), razão pela qual não haveria óbice à aplicação da norma do art. 3.º da Lei 12.850/13, que preceitua ser a colaboração premiada negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, ao instituto do Acordo de Não Persecução Penal.

Nesse sentido, o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, fulcrado no princípio da liberdade probatória e motivado para a constituição de provas aptas à condenação de coautores e partícipes do acordante na empreitada criminosa, pode narrar a conduta do acordante de ANPP na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento em juízo, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.

De forma igualmente relevante, prestigiar-se-ia a garantia do art. 5.º, LV, da CR/88, submetendo o acordante “a essa prova de fogo, sendo o contraditório uma forma de se descobrir, se não a verdade, ao menos que está mentindo ou omitindo parte dos fatos”³. Sob a ótica do Juízo de Garantias (art. 3.º C, § 3.º, do Código de Processo Penal), a interpretação torna-se ainda mais lógica, porquanto permite ao coautor/partícipe delatado(s) a possibilidade de contrastar as informações prestadas pelo acordante delator no curso da própria relação processual, o que ocorrerá quando de sua instrução processual.

Em sede de direito comparado, a Suprema Corte norte-americana reconheceu ao coautor o direito a confrontar em juízo, mediante exame cruzado, as declarações incriminatórias de coautor ou partícipe do crime. Tal fato ocorreu nos precedentes *Lilly v. Virginia* (98- 5881) 527 U.S. 116 (1999) e *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14, 87 s. ct. 1920, 18 l. ed. 2D 1019 (1967).

Gustavo Badaró⁴, em linha de convergência quando da análise da Lei 12.850/13, ensina:

“(...)no caso em que há colaboradores e delatados a serem interrogados, não havendo disciplina específica no CPP nem na Lei nº 12.850/2013, a lacuna deve ser suprida pela aplicação do princípio da ampla defesa. O próprio deslocamento do interrogatório do momento inicial da instrução para após o seu término, promovido pela Reforma de 2008, visou permitir que o acusado possa exercer sua autodefesa – ou até mesmo optar por renunciar ao seu exercício, permanecendo calado – já tendo um conhecimento completo de toda a prova produzida e, em especial, dos elementos incriminatórios colhidos na instrução. A lacuna deve ser suprida com apoio no princípio da ampla defesa, que exige que seja interrogado inicialmente o colaborador, e depois, os corréus delatados.”

Outrossim, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus n.º 166.373/PR*, o Supremo Tribunal analisou a questão concernente à ordem cronológica para o oferecimento das alegações finais entre os acusados colaboradores e os delatados, se haveria constrangimento ilegal no tocante à determinação de prazo comum para a sua apresentação.

Extrai-se do voto do Ministro Presidente:

“É providencial, portanto, que os acusados delatados tenham o direito de inquirir o acusado colaborador na audiência de interrogatório, bem como se contraporem em momento posterior aos argumentos constantes das alegações finais por este ofertadas, o que enaltece o direito ao confronto, inerente ao contraditório pleno, reconhecido, inclusive, pelo direito norte-americano e italiano, como já demonstrado.

³ MENDONÇA, Andrey B. A colaboração premiada e a criminalidade organizada: a confiabilidade das declarações do colaborador e seu valor probatório. In: SALGADO; QUEIROZ (Org.). A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. 2. ed. JusPodivm, 2016. p. 238”

⁴ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-set-24/gustavo-badaro-figuraespecifica-colaborador-premiado>

A par dessas premissas, penso que a oitiva dos acusados delatados deve necessariamente ser realizada em momento posterior ao interrogatório do acusado colaborador, como ocorreu na espécie, sendo que, essa mesma lógica processual, em prol da ampla defesa e de um efetivo contraditório, deve ser assegurada aos acusados delatados na fase das alegações finais”.

Assim, malgrado a colaboração premiada possua formalmente natureza de ‘meio de obtenção de prova’ (art. 3.º, I, da Lei 12.850/13) e o art. 28A do Código de Processo Penal seja silente quanto aos eventuais efeitos externos da delação contida na confissão do investigado acordante de ANPP, não é possível ignorar a carga acusatória inerente ao novel instituto.

Resta evidente, assim, que a correta interpretação do art. 28-A do Código de Processo Penal deva se dar à luz do Direito Penal negocial e com aplicação da interpretação extensiva e analógica do art. 3.º da Lei 12.850/13, permitindo que a confissão do acordante em Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) possa ser utilizada como prova na persecução criminal de seus coautores e partícipes da empreitada criminosa, ainda mais se ratificada em juízo no âmbito do processo penal desses coautores e partícipes. Assim, compete ao Ministério Público denunciar os coautores ou partícipes, narrando a conduta do investigado acordante, indicando sua oitiva em juízo como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), prestigiando, de igual modo, a liberdade probatória (art. 198 do CPP), assim como o contraditório e a ampla defesa (art. 5.º, LV, da CR/88).

Por fim, é importante registrar que não se desconhece que, em sendo o investigado acordante autor confesso do delito, possa ele invocar o direito ao silêncio quando em juízo. Por essa razão, é de todo conveniente que o ANPP a ser celebrado, como acordo que é, contenha cláusula negociada de compromisso de ratificação dos fatos confessados, em juízo, quando de sua oitiva. Seu depoimento poderá ocorrer tanto em sede de medida cautelar de produção antecipada de prova, quanto em audiência de instrução de julgamento, ficando o Acordo de Não Persecução Penal, em qualquer caso, suspenso até que sobrevenha a ratificação, condição para que se dê a avença por cumprida e, portanto, sobrevenha sua extinção de punibilidade.

Proposta do enunciado:

A norma do art. 28A do Código de Processo Penal deve ser interpretada à luz do Direito Penal negocial e com aplicação da interpretação extensiva e analógica do art. 3.º da Lei 12.850/13, permitindo ao Ministério Público, em respeito ao princípio da liberdade probatória, motivado para a constituição de provas aptas à condenação, a narrar a conduta do acordante de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) na denúncia em que se imputam fatos criminosos a coautores e partícipes, arrolando-o como investigado acordante (natureza jurídica processual *sui generis*), o que viabilizará a colheita de seu depoimento e produção probatória judicializada em desfavor dos coautores e partícipes, assegurando, ainda, o direito de o(s) acusado(s) delatado(s) se contrapor(em) a todas as cargas acusatórias.