

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REPARAÇÃO DO DANO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

Maria Victoria Eugenio Salmeron¹

RESUMO:

O presente trabalho propõe uma análise a respeito do novo instituto advindo da Lei nº 13.964/19, o Acordo de Não Persecução Penal, em especial sua incidência nos Crimes Tributários, principalmente no que tange a aplicação da condição da reparação do dano, prevista no artigo 28-A, I, do Código de Processo Penal, quando é sabido que o pagamento do tributo resulta na extinção da punibilidade do agente, sendo, portanto, justamente essa a problemática abordada. Antes de adentrar no ponto fulcral desse Artigo, é importante demonstrar a origem do referido instituto, compreender os requisitos e condições para o cabimento e cumprimento do Acordo para, então, analisar a incidência do mesmo em relação aos Crimes Tributários. Com base em pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, verifica-se que em crime como esses a aplicação da condição da reparação do dano quando fixada em valor equivalente ao que é devido para o Fisco, mostra-se ilógica, isso porque o pagamento do débito extingue a punibilidade do agente e o ressarcimento do valor sonegado pode ser obtido pelo Estado por meio da execução fiscal. Dessa forma, observa-se que seria coerente firmar o entendimento seguindo a lógica utilizada na época que se discutia tal condição em relação a suspensão condicional do processo. Assim, o Ministério Público deve priorizar a aplicação de outras condições previstas no novo artigo do Código de Processo Penal ou propor a condição da reparação do dano em um valor inferior ao montante integral devido na esfera cível e em atenção a capacidade financeira do investigado, seja como for o intuito é alcançar o necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Palavras-Chave: Acordo de Não Persecução Penal. Crimes Tributários. Reparação do dano. Extinção da Punibilidade.

¹ Pós- Graduanda em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e Advogada Criminalista.

1.Introdução

O estudo a respeito do tema abordado no presente Artigo é extremamente necessário para o direito processual penal brasileiro, uma vez que o Acordo de Não Persecução Penal foi recepcionado há pouco tempo em nosso ordenamento jurídico e justamente por ser um novo instituto, o debate é recente, as dúvidas se sobressaem e certamente ainda não há entendimento pacificado acerca da matéria, até porque os Tribunais e doutrinadores começam agora seu enfrentamento.

Para além da importância de aprofundar a análise sobre o novo artigo do Código de Processo Penal de um modo geral, buscando, então, entender sua origem e os requisitos para seu cabimento, faz-se necessário compreender a incidência desse instituto nos crimes em que a atuação dos operadores do direito vem crescendo no Brasil, notadamente os crimes abarcados pelo direito econômico, tributário e internacional, alavancados pela Operação Lava Jato, pela globalização da economia e a consequente expansão do direito penal. No entanto, nesse Artigo especificamente pretende-se analisar a incidência do Acordo nos Crimes Tributários.

Nesse cenário, são suscitadas questões a respeito do cabimento do novo instituto e em especial sobre as condições a serem fixadas para seu cumprimento, sendo que tratando-se de Crime Tributário, destaca-se a condição da reparação do dano, pois de acordo com aquilo que vem sendo aplicado nesses casos, esta é a condição que vem sendo proposta pelo Ministério Público, muito porque tem-se o prejuízo causado aos cofres públicos, tendo em vista as condutas que frustram a arrecadação realizada pelo Estado.

A partir disso, exsurge a problema que será o cerne desse trabalho. Afinal, cabendo o referido Acordo para tais crimes, ou seja, o caso concreto adequando-se aos requisitos do artigo 28-A do Código de Processo Penal, como exigir a reparação do dano, quando é sabido que o pagamento do tributo também enseja a extinção da punibilidade do agente?

A reflexão é prudente, pois nota-se que há duas possibilidades que resultam na mesma consequência, que é evitar a persecução penal, sendo que uma delas mostra-se até menos burocrática, independente de qualquer tratativa a ser realizada com o Ministério Público.

Bem por isso, em um cenário que a reparação do dano é fixada em um valor equivalente aquele devido ao Fisco, acaba-se coibindo a celebração do Acordo de Não Persecução Penal. Isso porque, é ilógico considerar que o investigado podendo pagar o valor do débito, não optaria por quitá-lo, sabendo que ao fazê-lo a qualquer tempo, sua punibilidade restaria extinta e a persecução penal impedida.

Assim, não havendo empecilho para aplicação dessa condição nesses casos, mostra-se coerente que ao fixar o valor da reparação do dano, seja considerada a capacidade financeira do investigado, bem como o fato de que o Estado possui o aparelhamento para buscar o ressarcimento do valor sonogado, por meio da execução fiscal.

Além disso, muitas das vezes em que o Acordo de Não Persecução Penal é proposto, antes de instaurar-se a Ação Penal, o débito objeto da persecução penal apesar de já constituído, ainda está sendo discutido na esfera cível, por meio de embargos à execução fiscal ou em uma ação anulatória, podendo, inclusive, ser declarado indevido ou ter seu valor reduzido.

Por tais razões, a reparação do dano não deve ser automaticamente aplicada nos Crimes Tributários quando proposto o Acordo. O dispositivo do Código de Processo Penal possui outras condições que certamente são capazes e suficientes para prevenção e reprovação do crime, mas ainda que faça mais sentido optar por tal condição, que a fixação do valor seja adequada a capacidade financeira do investigado e menor que o valor do montante integral devido na esfera cível, para que realmente seja garantida a possibilidade de o investigado fazer jus ao benefício.

Por fim, ressalta-se que todo estudo realizado acerca da matéria tem como supedâneo aquilo que vem sendo aplicado pelos Tribunais por meio da jurisprudência, em casos concretos, em casos análogos, tratando-se, no entanto, de outro instituto despenalizador, bem como aquilo que vem sendo discutido entre os advogados e estudantes de direito por meio de artigos e na doutrina, baseando-se nas obras de Dermeval Farias Gomes Filho (2016), Rogério Sanches Cunha (2020), Vladimir Aras (2020), Guilherme de Souza Nucci (2020), Gustavo Junqueira e Patricia Vanzolini (2020), Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza (2020), entre outras.

2. Considerações iniciais a respeito do Acordo de Não Persecução Penal

A justiça brasileira já demonstrava a tendência em ampliar a adesão de instrumentos de uma justiça consensual, influenciada por modelos estrangeiros e em razão da expansão do direito penal, visando desatolar o Poder Judiciário, fugir da burocracia e tornar a justiça mais célere, buscando principalmente combater o encarceramento, estimulando a aplicação de medidas ou condições que não impliquem na privação de liberdade.

Com entendimento favorável à instituição de mecanismos consensuais para solucionar conflitos penais, Suxberger e Dermeval afirmam que:

Diante do quadro de expansão do direito penal, verifica-se uma dependência da justiça negociada, por razões diversas. Não somente a gestão financeira identifica o interesse

da Política Criminal Estatal, mas, também, na dinâmica da sociedade moderna, parece não existir mais espaço para um processo penal burocrático, ineficiente e moroso, como instrumento de concretização do direito material no quadro da criminalidade complexa e organizada. Os procedimentos processuais, com a repetição de atos desnecessários, não se coadunam com a velocidade da comunicação da sociedade moderna (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p.387)

Contudo, Suxberg e Gomes Filho apesar de incentivarem a adesão de instrumentos de uma justiça consensual, ressaltam que a mera inserção destes instrumentos, por meio de reforma legislativa, não produzirá efeitos práticos se mantidas as estruturas já enraizadas na justiça penal brasileira, marcada por fórmulas burocráticas (SUXBERGER; GOMES FILHO, 2016, p.387).

Essa tendência no Brasil começou quando foi instituída a Lei 9.099/95, que disciplinou os primeiros acordos penais ao trazer os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, ambos limitados aos crimes de menor gravidade.

Em 2003 os acordos penais foram inseridos no âmbito dos crimes de maior gravidade, quando houve o primeiro acordo de colaboração premiada, homologado pela Justiça Federal de Curitiba. Porém o referido instituto só foi regulamentado anos depois com o advento da Lei 12.850/2013.

Nesse ritmo, portanto, a justiça consensual tornou-se uma realidade incontornável no processo criminal. Assim, de forma pioneira e corajosa, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) criou o Acordo de Não Persecução Penal em atenção a ausência de um instituto despenalizador que tratasse dos crimes de média gravidade, precisamente por meio da Resolução 181/17, posteriormente alterada pela Resolução 183/18.

Nas palavras de Dermeval Farias Gomes Filho:

(...) A partir de análise de gravidade do fato, da priorização das demandas criminais e da capacidade de execução dos órgãos de ofícios, nós já arquivávamos boa parte dos casos que tinham elementos para a denúncia porque entendíamos que determinado caso não deveria ser objeto de uma demanda judicial penal. Escolhíamos, portanto, os casos mais graves.

O acordo propõe, dessa forma, uma zona intermediária de uma resposta em casos que eram arquivados, inclusive, sem uma ação penal. Atende, desta feita, a reclamos da vítima e faz incidir, no que seriam efeito genéricos de eventual condenação, uma espécie de terceira via. (GOMES FILHO, 2019, p.28/29).

Ocorre que a iniciativa do Órgão Ministerial foi severamente criticada, inclusive a resolução 181/17 teve sua constitucionalidade questionada por duas Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade, a ADI 5793 ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e a ADI 5790 ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), as quais alegavam a usurpação de competência de funções do Poder Legislativo e violação à indisponibilidade da ação penal, imparcialidade, impessoalidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

No entanto, a posição do Conselho Nacional do Ministério Público se mostrou acertada, tendo em vista que todas essas questões foram superadas, de modo que o Acordo de Não Persecução Penal passou a ter previsão legal com a introdução do artigo 28-A do Código de Processo Penal, instituído pela Lei 13.964/2019, cujos contornos deste artigo repetiram em grande parte o conteúdo da Resolução 181/17 do CNMP.

Antes da análise do artigo 28-A, oportunidade em que será estudado os requisitos, bem como as condições de cabimento e cumprimento do Acordo, é importante trazer o conceito desse novo instituto.

Com efeito, o referido Acordo, chamado de ANPP, trata-se de uma obrigação firmada entre o órgão acusatório e o investigado, que quando cabível ao caso concreto, estipula termos a serem cumpridos, os quais deverão ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, a fim de assegurar o Estado e a vítima.

Dessa forma, uma vez que tais termos forem aceitos pelo investigado, este fará jus a uma reprimenda mais leve do que aquela que seria estabelecida em uma sentença condenatória e como consequência, ao cumprir integralmente os termos fixados, a persecução penal será interrompida, pois ao final restará extinta a punibilidade do investigado.

A respeito do conceito do novo instituto, Rogério Sanches Cunha entende que:

(...) compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão e acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado. (CUNHA, 2020, p. 97).

Do mesmo modo, Vladimir Aras leciona que:

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico bilateral que impacta sobre o exercício da ação penal pública, condicionada ou incondicionada (...) Regulada pelo art. 28-A do CPP e pelo art. 18 da Resolução CNMP 181/2017, tal convenção tem seu fundamento constitucional nos arts. 5º, inciso LXXVIII, 37 e 129, inciso I, da CF, que sedimenta o princípio da oportunidade da ação penal (...) Essencialmente, o acordo de não persecução criminal é um arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais (de fazer, de não fazer ou de dar). Por isso, dialoga com o art. 28 do CPP, que regular o arquivamento de investigações criminais pelas razões que o Ministério Público invocar. Entre tais razões está, por exemplo, a falta de interesse de agir que, no contexto dos acordos de não persecução, resulta da suficiência da solução empregada no caso concreto, mediante ajuste. Uma vez cumprido o acordado, a persecução penal torna-se desnecessária porque o melhor resultado alcançável, na perspectiva do investigado, do Ministério Público e da vítima, será ou já terá sido obtido mediante consenso, sendo inútil movimentar a pesada máquina jurisdicional para o mesmo fim. Como, em função do acordo, a ação penal não é proposta, o cumprimento da avença acarreta invariavelmente o arquivamento da investigação, com a decretação da extinção da punibilidade do agente. (CAVALCANTE, et al., 2020, p.179/180).

Para Dermeval Farias Gomes Filho:

(...) É um negócio jurídico processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado que confessa a prática delituosa e que, se cumprido, autoriza o arquivamento da investigação por ausência de interesse processual (...).

Não implicando, portanto, na aplicação de pena (...). Isso porque não há coercibilidade, não há imposição de uma pena por um órgão julgador e ele não preenche os requisitos daquilo que é pena.

(...) O Acordo de Não Persecução Penal faz parte de todo o poder que o Constituinte deu ao Ministério Público de, na fase da investigação, a cargo também do Ministério Público, poder propor um arquivamento. Nesse ponto, esse arquivamento é precedido por um acordo para cumprimento de determinadas obrigações.

É medida despenalizante, mas promove a responsabilização do investigado(...). (GOMES FILHO, 2019, p.28).

Notadamente o Acordo não engloba as situações em que não há indícios de autoria e materialidade delitiva, o instituto permite o arquivamento quando presentes os elementos para uma denúncia, ou seja, mesmo diante da presença de justa causa o Órgão Ministerial pode vir a interromper o início da ação penal mediante o cumprimento dos termos estabelecidos.

Bem por isso, o novo instituto e a ampliação na adesão de instrumentos de uma justiça consensual no âmbito penal implicam a mitigação do princípio da obrigatoriedade da propositura da ação penal pública.

A ideia de que nenhum crime deve permanecer impune e que o Ministério Público está somente vinculado à missão de denunciar, quando o fato for típico, antijurídico e culpável, vem sendo flexibilizada, portanto, o princípio da oportunidade acaba por ganhar mais espaço, prevalecendo, então, a ideia do direito penal como *última ratio*.

Nesse sentido, Vladimir Aras aponta que:

No moderno processo penal, tem maior aceitação o princípio da oportunidade da ação penal pública, que confere um maior campo de discricionariedade ao Ministério Público, embora ainda sujeito a controles institucionais e legais. Para BINDER, o princípio da oportunidade pode ser entendido como “seleção orientada pelo princípio da intervenção mínima” (...)

O princípio da oportunidade está necessariamente ligado à ideia de intervenção mínima. Permitindo-se ao Ministério Público maior liberdade de decidir quando oferecer a denúncia ou não, facilita-se a menor ingerência penal possível, sem abandonar-se o dever de defesa da sociedade. A regulamentação de decisões de não acusar serve, assim, a um propósito criminológico de restrição do alcance do poder das agências de controle e de redução do encarceramento, além de ser útil à boa gestão de recursos institucionais escassos. (CAVALCANTE et al., 2020, p.166/167).

Desse modo, traçado o conceito do Acordo de Não Persecução Penal e demonstrada a origem do novo instituto, resultado da tendência do processo penal em aderir instrumentos de uma justiça consensual a fim de desatolar o Poder Judiciário e combater o encarceramento, que permite maior incidência do princípio da oportunidade, passemos a análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

3. Análise do artigo 28-A do Código de Processo Penal

Como cediço, o Acordo de Não Persecução Penal passou a ter previsão legal com a chegada da Lei 13.964/2019, a chamada Lei Anticrime, que introduziu o artigo 28-A no Código de Processo Penal.

O referido artigo traz cinco requisitos para o cabimento do Acordo, quatro condições que poderão ser propostas de forma cumulativa ou alternativa ao investigado, outros cinco requisitos negativos (regras de exclusão), bem como dispõe a respeito da forma que este será realizado e por fim, prevê a consequência da extinção da punibilidade do agente, em razão do cumprimento integral das condições fixadas no momento de sua celebração.

Assim, vale transcrever aqui o dispositivo para destrincharmos cada requisito e condição previsto:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou
- V - Cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

- I - Se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;
- II - Se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;
- III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e
- IV - Nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

O ANPP exige a presença cumulativa dos requisitos previstos no *caput* do artigo 28-A do CPP. O primeiro requisito condiciona a aplicação do Acordo a casos que não são de arquivamento da investigação. Ou seja, faz-se necessário que o fato seja típico, ilícito, culpável e punível, que haja elementos mínimos acerca da materialidade delitiva e indícios de autoria.

Como mencionado alhures, à luz do princípio da oportunidade e der acordo com os ensinamentos de Dermeval Farias Gomes Filho, tem-se no novo instituto uma alternativa ao oferecimento da denúncia, visto que se trata da possibilidade de um arquivamento mesmo quando se encontram presentes os indícios de autoria e suporte de materialidade (GOMES FILHO, 2019, p.28).

A respeito do primeiro requisito de cabimento, Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini, Paulo Fuller e Rodrigo Pardal entendem que:

A proposta do acordo de não persecução penal pressupõe a presença de justa causa para o oferecimento de denúncia, consubstanciada em indícios de autoria (ou participação) e prova da existência da infração penal. Assim, se o órgão do Ministério Público se convencer da ausência de base para a propositura da ação penal pública, deve ordenar o arquivamento do inquérito policial (ou de outro procedimento de investigação), nos termos do disposto no art. 28, *caput*, do CPP.

A proposta do acordo de não persecução penal representa uma alternativa ao oferecimento da denúncia (não persecução penal) e, portanto, pressupõe viabilidade da propositura da ação penal pública. (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 153).

Já o segundo requisito exige que o investigado confesse a prática da infração penal, de maneira formal e circunstancialmente. Tal requisito causou um certo desconforto entre os operadores do direito, muito porque resta a dúvida do que será feito com essa confissão diante de eventual descumprimento do Acordo, que acarreta o prosseguimento da persecução penal.

Além disso, existem questões atinentes a violação do princípio da não autoincriminação e o fato do Acordo impedir a persecução penal, o que tornaria dispensável qualquer comprovação de culpabilidade, uma vez que essa discussão precisa estar amparada pelo devido processo legal.

Em relação a esse requisito tão controvertido, Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini, Paulo Fuller e Rodrigo Pardal apontam o seguinte:

Entendemos ser inconstitucional a exigência legal da confissão do investigado, por violar a prerrogativa da não autoincriminação (art. 5º, LXIII, da CF) contida no art. 8º, n. 2, alínea g, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto n. 678/92), que assegura o direito de a pessoa “*não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada*”.

Evidente que o investigado pode se recusar a confessar (materialmente, não haveria como obrigar); contudo, se assim proceder, ficaria juridicamente privado da proposta do acordo de não persecução penal, sem qualquer justificativa para tanto, afinal, a essência dessa solução consensual seria não discutir a culpabilidade do investigado – tal como ocorre na transação penal e na suspensão condicional do processo (arts. 76 e 89 da Lei n. 9.099/95), que prescindem da confissão do autor da infração ou do acusado. (JUNQUEIRA et al., 2020, p.153/154).

Por outro lado, Rogério Sanches Cunha em sua obra não questiona a constitucionalidade da exigência da confissão para o cabimento do Acordo, mas relativiza os efeitos desta:

Importante alertar que, apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal. (CUNHA, 2020, p. 129).

Em vista disso, mostra-se adequado o entendimento de que a confissão se trata de um ato extrajudicial, caracterizando apenas um pressuposto para que se valide o Acordo, isso porque ao atribuir outros efeitos ao ato, ofende-se os princípios do contraditório e o da ampla defesa.

Ademais, há de se lembrar o artigo 196 do Código de Processo Penal, que descreve que a confissão não constitui prova da culpabilidade.

Nesse sentido, conclui-se que diante da ausência do devido processo legal e de uma acusação formal, a confissão no âmbito do Acordo de Não Persecução Penal não poderá ser utilizada como meio de prova, ou seja, não poderá embasar uma denúncia ou eventual decreto condenatório, caso haja a quebra de alguma condição imposta no Acordo, pois caracterizaria indevido constrangimento.

O terceiro requisito estabelece que a infração cometida não seja com violência ou grave ameaça, no entanto, o legislador não especifica se a violência ou grave ameaça é aquela dirigida a alguém dolosamente, se diz respeito somente a conduta ou também ao resultado, se alcança a violência ao patrimônio.

Nas palavras de Rogério Sanches Cunha, “a violência que impede o ajuste é aquela presente na conduta, e não no resultado. Logo, homicídio culposos, por exemplo, admite o ANPP”. (CUNHA, 2020, p.129).

“A violência impeditiva do acordo de não persecução penal deve abranger apenas aquela dirigida a pessoa – e não contra a coisa, como aquela empregada no furto qualificado pela destruição ou rompimento de obstáculo à subtração da coisa”. (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 157).

Desta feita, entende-se que se trata violência e grave ameaça dirigida a alguém dolosamente, descartando, portanto, infrações cometidas com violência contra o patrimônio e até mesmo crimes culposos, que resultem em violência, podendo, então, estes serem agraciados com a aplicação do ANPP.

O quarto requisito exige que a pena mínima do delito seja inferior a quatro anos. Nesse ponto, o § 1º do artigo em análise determina que deverá ser considerado as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Com base no entendimento aplicado pelos Tribunais Superiores quando se discutia a suspensão condicional do processo (Súmula 723 do STF) e nas lições de Rogério Sanches Cunha, para a aferição da quantidade da pena mínima em abstrato, deve ser observada para causa de aumento a incidência da menor fração e em relação as causas de diminuição, a maior fração. Vejamos:

Para aferição da pena mínima cominada ao delito que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição, aplicáveis ao caso concreto (§ 1º). Portanto, tomando como norte a pena mínima abstratamente cominada ao delito, presente causa de aumento variável, deve-se utilizar a menor fração; no caso de diminuição variável, a maior fração. Imaginemos causa de aumento variando de 1/6 a 2/3. Temos que aplicar o aumento de 1/6; se de diminuição, a fração de 2/3. Só assim o operador chega na pena mínima abstratamente possível para a infração penal em tese praticada pelo investigado. (CUNHA, 2020, p. 129).

No tocante ao fato do legislador ter permitido o cabimento do ANPP somente para crimes com a pena mínima inferior a 4 anos e não contemplar os crimes com uma pena mínima igual a quatro, vale trazer os ensinamentos de Vladimir Aras:

O legislador deveria ter permitido o ANPP para crimes com pena mínima igual ou superior a 4 anos de prisão, já que, na legislação brasileira, uma condenação até 4 anos permite a substituição da pena de prisão por não privativa de liberdade, como delito de média lesividade

De fato, conforme o art. 44, inciso I, do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando aplicada a pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo. Dizem Douglas Araújo e Laura Balbi que, “para guardar correlação lógica entre os dois institutos e não frustrar os objetivos do ANPP, há que se permitir o seu cabimento quando a pena mínima for igual a quatro anos”. (CAVALCANTE et al., 2020, p.196).

Por fim, tem-se como quinto requisito de cabimento do Acordo, a necessidade de que a própria alternativa oferecida pelo Ministério Pública se mostre suficiente para a reprovação e prevenção do delito.

Nessa ocasião, então, o Órgão Ministerial deve sopesar de forma cuidadosa se oferecerá o ANPP e quais serão as condições estabelecidas para cumprimento do benefício, tudo isso considerando o que dispõe o artigo 59 do Código Penal: a culpabilidade, os antecedentes, a personalidade do agente, os motivos, às circunstâncias e consequências do crime e o comportamento da vítima.

Preenchidos os requisitos cumulativos de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal, o artigo 28-A também prevê quatro condições a serem negociadas e estabelecidas ao investigado, inclusive tais condições poderão se dar de forma cumulativa ou alternativa.

A primeira condição é a reparação do dano, que terá sua aplicação em atenção as condições econômicas do investigado. Gustavo Junqueira, Patricia Vanzolini, Paulo Fuller e Rodrigo Pardal destacam que:

A impossibilidade econômica de o investigado promover a reparação do dano ou a restituição da coisa ao ofendido, quando demonstrada, não impede a proposta do acordo de não persecução penal, sob pena de se estabelecer odioso tratamento diferenciado entre investigados pobres e ricos. (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 165).

No entanto, Rogério Sanches Cunha leciona que:

Emergindo mencionada situação, pontos relevantíssimos devem ser considerados: (a) incumbe ao investigado a prova cabal de sua vulnerabilidade financeira, não bastando a mera alegação; (b) deve o agente ministerial, convencido e seguro da situação de insolvência do investigado, atentar-se para a conveniência de propor o cumprimento de outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada. (CUNHA, 2020, p. 131).

A segunda condição é a de renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, uma vez que o investigado não poderá enriquecer valendo-se da prática de conduta ilícita. A referida condição tem correspondência com a pena restritiva de direitos de perda de bens e valores.

A terceira condição menciona a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução.

Ressalta-se que o Órgão Ministerial também deverá auferir o tempo da prestação de serviço com base no artigo 59 do CP e que a fiscalização se dará pelo juízo da execução.

Por óbvio, uma vez descumprida essa condição, não poderá o Ministério Público executá-la, pois não se trata de uma sanção penal. Assim, será dada a continuidade a ação penal com o oferecimento da denúncia.

Nesse cenário, “(...) em caso de descumprimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A, § 10, do CPP: se o investigado vier a ser condenado, o tempo de serviço prestado deve ser computado (detração) na pena posteriormente imposta (art. 42 do CP)”. (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 166).

Já a quarta condição prevê o pagamento da prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal, o inciso ainda menciona que a entidade pública deve ser indicada pelo juízo da execução e que, preferencialmente, esta deve ter como função proteger bens jurídicos semelhantes aos aparentemente lesados. Nesse caso também há de ser levado em conta a condição econômica do investigado.

A última condição prevista é genérica, permite que o Ministério Público indique outra condição por prazo determinado desde que proporcional e compatível com a infração penal.

O dispositivo é parecido com o § 2º do art. 89 da Lei 9.099/95, da suspensão condicional do processo. Na época em que este foi discutido, o Superior Tribunal de Justiça decidiu por não haver empecilho algum para a sua aplicação, devendo as obrigações indicadas equivalerem a sanções penais como prestação de serviço comunitário ou prestação pecuniária.

A respeito da condição aberta no ANPP, Vladimir Aras entende que:

No ANPP, pode ser embutido o dever de pagar uma multa; ou a obrigação de realizar condutas compatíveis com a gravidade ou a natureza do crime, como a apresentação de um pedido de desculpas à vítima ou à comunidade atingida pela infração. Entre as medidas inominadas, pode-se imaginar, a partir do art. 319 do CPP, a previsão de comparecimento periódico em juízo do investigado para informar e justificar atividades; a proibição de acesso ou frequência a determinados lugares; a proibição de manter contato com pessoa determinada; a proibição de ausentar-se da comarca ou subseção; o recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga; a suspensão do exercício da função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira; o pagamento de fiança; a proibição de acesso à internet, se compatível com a infração; etc. (CAVALCANTE et al., 2020, p. 205).

A maioria dos operadores do direito defendem que essa condição por ser tão abrangente deve ser aplicada de forma residual, devendo as outras condições serem priorizadas.

Em seguida, como já foi abordado o § 1º do artigo 28- A, passemos para análise do § 2º do referido artigo, que descreve quatro situações em que não se aplicará o Acordo, são regras exclusivas.

A primeira situação estabelece uma ordem de benefícios, ou seja, determina que não será realizado o Acordo de Não Persecução Penal se o fato cometido puder ser alcançado pela transação penal.

A segunda regra impeditiva traz que o investigado não fará jus ao Acordo se for reincidente ou criminoso habitual, cuja prática de crime se dá de forma reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais passadas.

A reincidência por óbvio é aquela prevista no artigo 63 e 64 do Código Penal, a conduta criminal habitual corresponde a repetição usual da infração penal (um padrão) e a forma reiterada pressupõe ao menos uma segunda infração penal, enquanto a conduta profissional diz respeito a fusão de habitualidade com ânimo de lucro.

A terceira situação impossibilita a celebração do ANPP se o investigado tiver se beneficiado, nos cinco anos anteriores a prática da infração, de outro acordo de não persecução penal, da transação penal ou da suspensão condicional do processo.

Ao final do § 2º, o legislador descreve que não se admite o ANPP em crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou em crimes praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

“Trata-se aqui de especial cuidado do legislador com a questão de violência de gênero em que, acertadamente, impede esse benefício para esses casos. Quando se considera a situação de violência endêmica contra a mulher no Brasil, mostra-se correta a atitude do Legislador.” (DEZEM; DE SOUZA, 2020, p. 105).

Os próximos parágrafos do artigo 28-A do CPP, especificamente do § 3º ao § 9º, dispõem acerca do procedimento do ANPP. A respeito da forma que o Acordo é celebrado, é importante entender que praticamente todo o procedimento é feito entre o Ministério Público e o investigado representado por seu defensor.

A análise do cabimento do Acordo no caso concreto é feita pelo Ministério Público, então, é realizada a proposta, com o aceite, tem-se o ato da confissão simples, posteriormente iniciam as tratativas sobre as condições a sempre cumpridas com o investigado e seu defensor. Fixada a condição, o ANPP é formalizado por escrito e firmado entre o Órgão Ministerial e o investigado, na presença de seu advogado.

Insta ressaltar que uma vez que o Acordo não é proposto pelo Ministério Público, mas o caso adequa-se ao que descreve o artigo 28-A do CPP, o investigado poderá por meio de seu defensor requerer que este se manifeste acerca da propositura do benefício e mais, caso o Órgão Ministerial se recuse a formular o ANPP, o investigado também poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior para análise do cabimento deste, nos termos do § 14º.

Enfim, formalizado o Acordo, ocorrerá a audiência para a homologação do ANPP. Note-se que a audiência não é para a propositura do novo instituto como acontece na transação penal, portanto, nesse momento o juiz verificará a voluntariedade do investigado, por meio de sua oitiva, na presença de seu defensor, bem como a legalidade do procedimento.

Assim, se o juiz discordar das condições fixadas por considerá-las inadequadas, insuficientes ou abusivas, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com a concordância do investigado.

Ainda, poderá haver a recusa da homologação da proposta por parte do juiz, por entender não ser cabível o instituto no caso concreto, o que ocasionará a devolução dos autos ao Órgão Ministerial para a análise da necessidade de complementação das investigações ou se será oferecida a denúncia.

O § 9º determina que a vítima será intimada da homologação do Acordo e de seu descumprimento.

Os demais parágrafos constantes no artigo em análise regulam o descumprimento do novo instituto e a consequência de seu cumprimento integral.

Dessa forma, uma vez descumpridas as condições estipuladas, o *Parquet* deverá comunicar o juízo para que ocorra a rescisão do Acordo e para que se de o oferecimento da denúncia.

Para além disso, tal descumprimento poderá ser utilizado como justificativa para a não propositura de uma suspensão condicional do processo, mas a celebração e o cumprimento do ANPP não constarão na certidão de antecedentes criminais, exceto para fins da regra exclusiva prevista no § 2º, III, deste artigo.

Finalmente, na hipótese em que houve o cumprimento integral das condições fixadas, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade do agente, nos termos do § 13º do artigo 28-A do CPP.

Diante da explicação sobre o cabimento do novo instituto, da exposição das condições que poderão ser estabelecidas entre o órgão acusatório e o investigado, bem como do apontamento das hipóteses impeditivas para a celebração do Acordo e compreendido como se da sua propositura e homologação, surge a dúvida quanto a aplicação deste em processos em curso.

Como adiantado, a regra é que o ANPP é proposto antes de ser oferecida uma denúncia, como uma alternativa a persecução penal, ainda na fase investigativa. No entanto, há quem entenda que este poderá ser oferecido em processo em curso, pois a Lei Anticrime é de natureza

mista, por isso possui conteúdo material e processual, havendo caráter processual sua aplicação é imediata.

Além disso, há quem considere o artigo 5º. XL, da Constituição Federal, que prevê que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Nessa lógica, a lei 13.964/2019 retroagiria e o ANPP alcançaria todos os casos em curso, menos aqueles que já transitaram em julgado.

Por sua vez, há quem defenda que a incidência do Acordo se dá até o recebimento da denúncia, justamente porque a partir desse momento já teria sido exercitada a persecução penal.

Sendo assim, de um lado tem-se a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu a favor da retroatividade do ANPP, devendo o instituto retroagir em processos não transitados em julgado:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATUREZA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO.

1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).

2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019). (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020).

De outro lado, tem-se a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que já decidiu no sentido contrário, pela retroatividade do ANPP até casos em que a denúncia ainda não foi oferecida:

(...) 1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica.

(...) Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia.

(...) 6. Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação dos acusados.

7. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento. (RHC 134.071/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2020, DJe 16/11/2020)

Já a Suprema Corte vem adotando o mesmo entendimento da 5ª Turma do STJ:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. (HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020).

A questão é controvertida, como demonstrado a discussão acerca da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal ainda não está pacificada, mas a tendência ao que parece é que seja sedimentada a ideia de sua retroatividade até casos em que ainda não foi oferecida a denúncia, que se encontram na fase investigativa.

4. O Acordo de Não Persecução Penal e a reparação do dano nos crimes tributários

Considerando a importância da discussão a respeito do novo instituto e a necessidade de estudar sua incidência em crimes que estão em evidência no dia a dia dos operadores do direito, passemos a analisar o cabimento do Acordo nos Crimes Tributários, que foram alavancados pela Operação Lava Jato, pela globalização da economia e a consequente expansão do direito penal.

Os crimes tributários estão previstos na Lei 8.137/90 e nos artigos 168-A e 337-A, ambos do Código Penal, que consistem basicamente em suprimir ou reduzir tributos, contribuição social, mediante as mais variadas condutas.

Da análise do artigo 28 -A do Código de Processo Penal realizada no capítulo anterior, verifica-se que o novo instituto poderá abranger crimes de qualquer natureza, desde que cumpridos os requisitos do *caput* e que o caso concreto não se encaixe nas hipóteses impeditivas constante no § 2º, dentre as quais, figura a exceção para os crimes de violência doméstica.

Com base nisso, é correto afirmar que os crimes tributários são suscetíveis de serem abarcados pelo Acordo de Não Persecução Penal, mas por óbvio o caso concreto deverá ser analisado para ter a certeza quanto a ausência das hipóteses impeditivas e se não estão presentes as causas de aumento do artigo 12 da Lei nº 8137/90 e as constantes no Código Penal ou da

mesma forma, no sentido contrário, se não estão presentes as causas de diminuição de pena do artigo 16 da mesma lei ou aquelas constantes no Código Penal, como, por exemplo, a do § 3º do artigo 337-A.

Pelo o que se pode ver, de fato, não há questionamentos na doutrina e nem restrição legal para que tais crimes sejam acolhidos pelo novo instituto.

Contudo, superada a questão do cabimento do ANNP em crimes dessa natureza, tem-se a discussão a respeito de qual condição seria adequada e suficiente para a prevenção e reprovação desses crimes.

Nesse cenário, em razão dos Crimes Tributários versarem acerca de condutas que frustram a arrecadação realizada pelo Estado, tendo como objeto o débito devido perante o Fisco, a condição que tem sido estabelecida pelo Ministério Público é a da reparação do dano.

Eis que exsurge a problemática a ser abordada no presente Artigo, pois, como é sabido, nos crimes dessa natureza, o pagamento do débito resulta na extinção da punibilidade do agente, o que pode ocorrer a qualquer tempo, conforme entendimento pacificado da Suprema Corte.

EMENTA Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Aplicação do princípio da insignificância. Tese não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Impossibilidade de conhecimento pela Suprema Corte. Inadmissível supressão de instância. Precedentes. Não conhecimento do writ. Requerimento incidental de extinção da punibilidade do paciente pelo pagamento integral do débito tributário constituído. Possibilidade. Precedente. Ordem concedida de ofício. 1. Não tendo sido analisada pelo Superior Tribunal de Justiça defesa fundada no princípio da insignificância, é inviável a análise originária desse pedido pela Suprema Corte, sob pena de supressão de instância, em afronta às normas constitucionais de competência. 2. Não se conhece do habeas corpus. 3. O pagamento integral de débito – devidamente comprovado nos autos - empreendido pelo paciente em momento anterior ao trânsito em julgado da condenação que lhe foi imposta é causa de extinção de sua punibilidade, conforme opção político-criminal do legislador pátrio. Precedente. 4. Entendimento pessoal externado por ocasião do julgamento, em 9/5/13, da AP nº 516/DF-ED pelo Tribunal Pleno, no sentido de que a Lei nº 12.382/11, que regrou a extinção da punibilidade dos crimes tributários nas situações de parcelamento do débito tributário, não afetou o disposto no § 2º do art. 9º da Lei 10.684/03, o qual prevê a extinção da punibilidade em razão do pagamento do débito, a qualquer tempo. 5. Ordem concedida de ofício para declarar extinta a punibilidade do paciente. (HC 116828, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 13/08/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-206 DIVULG 16-10-2013 PUBLIC 17-10-2013).

Note-se que são duas situações que ensejam a extinção da punibilidade do agente e consequentemente interrompem a persecução penal. Uma exige o pagamento a título de reparação do dano como condição estabelecida no Acordo de Não Persecução Penal e envolve a presença do Ministério Público, que irá fixar o valor para tanto. Enquanto a outra diz respeito ao “simples” pagamento do débito.

Nesse contexto, é ilógico que o Ministério Público ao estabelecer a condição da reparação do dano, fixe esta no mesmo valor do débito devido na esfera cível, pois o investigado, possuindo capacidade financeira, poderia optar pelo pagamento do tributo.

Na hipótese em que a condição da reparação do dano foi estabelecida, portanto, mostra-se coerente que o valor fixado seja inferior aquele devido na esfera cível, sempre em atenção a capacidade financeira do investigado e de acordo com a ressalva do inciso I, do artigo 28-A.

Inclusive, apesar do tema ainda não ter sido tratado nos Tribunais por ser recente, o 1º grau já se posicionou no sentido de que, nos crimes tributários, quando o réu estiver impossibilitado de reparar o dano, pode-se substituir essa condição por outra do rol do artigo 28-A, é o que se extrai de uma decisão proferida pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, na Ação Penal nº 5004708-06.2019.4.03.61.81:

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 executar 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 artigo 28-A do CPP.

O mesmo entendimento foi utilizado quando se discutia a condição da reparação do dano como condição da suspensão condicional do processo:

(...) se a ré não dispõe de recursos financeiros para reparar o dano sofrido pela Autarquia, consoante restou provado nos autos, não há como lhe impor a revogação do benefício, em detrimento de todas as demais condições integralmente cumpridas, o que também demonstra o interesse na manutenção do benefício e a sua ressocialização. Ademais, a questão financeira ultrapassa a órbita volitiva da ré, pois, se não tem meios de pagá-la, não há como obrigá-la a satisfazer a condição imposta.” (TRF 4, RESE nº 50001870-02.2018.4.04.7118, 8ª Turma, Rel. Des. João Pedro Gebran Neto, j. 26.09.18).

Para além de ser prudente fixar o valor da condição da reparação do dano em um montante inferior ao do débito devido perante o Fisco, de outro modo, também se mostra coerente que a aplicação de tal condição não se dê de forma automática nos crimes tributários.

Isso porque, como exposto acima, a referida condição não pode ser tida como condição *sine qua non* para a celebração do ANPP nesses casos e não há obstáculo algum à incidência das outras condições, que certamente são capazes de alcançar o necessário e suficiente para prevenção e reprovação do crime tributário, cumprindo com o objetivo do novo instituto.

Considera-se também o fato de que o Estado por meio da execução fiscal possui aparelhamento adequado para obter o ressarcimento daquilo que é devido.

De mais a mais, é sabido que muitas das vezes em que o Acordo de Não Persecução Penal é proposto, antes de instaurar-se a Ação Penal, o débito objeto da persecução penal apesar de já constituído, ainda está sendo discutido na esfera cível, por meio de embargos à execução fiscal ou em uma ação anulatória, podendo, inclusive, ser declarado indevido ou ter seu valor reduzido.

Assim, é necessário ter cautela para que a condição da reparação do dano não se torne indiretamente obrigatória para a consecução do Acordo, até porque esta só é indispensável quando se trata de crime ambiental, conforme Orientação conjunta nº 03/2018, revisada e ampliada a partir da edição da Lei 13.964/2019.

Por tais razões, nos Crimes Tributários, é importante que a doutrina e a jurisprudência firmem o entendimento no sentido de que a condição da reparação do dano não é obrigatória e a depender da capacidade financeira do investigado, deve ser priorizada a incidência das outras condições constantes no artigo 28-A do Código de Processo Penal, mas sobretudo, quando a reparação do dano for estabelecida no ANPP, notadamente o valor fixado deve ser inferior aquele devido na esfera cível.

Afinal, se o investigado possui condições financeiras de quitar o débito frente ao Fisco, com certeza o faria independente do Acordo.

5. Conclusão

O tema do presente Artigo é Acordo de Não Persecução Penal e a reparação do dano nos crimes tributários, tem-se como ponto fulcral, como problema a ser solucionado, o fato de na maioria das vezes, em crimes como esses, ser estabelecida a condição da reparação do dano mesmo quando o próprio pagamento do tributo também enseja na extinção da punibilidade.

Diante de todo o estudo doutrinário e jurisprudencial realizado, verificou-se a existência de recomendações capazes de solucionar a questão controvertida.

A primeira recomendação diz respeito a cautela que deve ter o Ministério Público em não tornar a condição da reparação do dano obrigatória nos Crimes Tributários, pois apesar de logicamente aparentar ser a mais adequada nesses casos, em razão de tais crimes prejudicarem os cofres públicos, certamente as outras condições previstas no artigo 28-A do Código de Processo Penal também poderão alcançar o que busca o novo instituto, que é a prevenção e reprovação do crime.

Considerando, então, o fato de que o Estado possui mecanismos de buscar o ressarcimento do prejuízo causado pelas condutas que versam esses crimes, por meio da

execução fiscal e sabendo que no momento que se da a propositura do Acordo, o débito objeto do procedimento penal, apesar de constituído, ainda está sendo discutido na esfera cível, deve ser priorizada a incidência das outras condições, que podem ser aplicadas de forma cumulativa ou alternativa.

A segunda recomendação parte do pressuposto de que uma vez estabelecida a condição da reparação do dano, o valor fixado deve ser inferior aquele devido ao Fisco, a fim de garantir que o investigado possa fazer jus ao novo instituto, pois se o valor for igual ao do débito, a celebração do Acordo será coibida, afinal, poderá o investigado optar pelo simples pagamento deste, que resultará na extinção da punibilidade do agente.

A terceira recomendação consiste no alerta àquilo que já é disposto no artigo 28-A, I, do Código de Processo Penal, que corresponde a fixação da reparação do dano em atenção a capacidade financeira do investigado.

A quarta recomendação e última também encontra respaldo no inciso I do referido artigo, trata-se da ressalva quanto a impossibilidade de reparar o dano.

Nessa situação, é prudente que se aplique o entendimento quando se discutiu tal condição na suspensão condicional do processo e aquilo que os juízes de piso já em casos de ANPP tem decidido, que é a substituição por outra condição prevista, de modo que a hipossuficiência econômica não pode vir a ser um obstáculo para utilização de um benefício.

ABSTRACT:

The purpose of the present study is an analysis of the new institute resulting from Act nº 13.964/19, the Non-Criminal Prosecution Agreement, especially its impact on Tax Crimes, mainly regarding the enforcement of the condition of damage repair, as provided for in Article 28-A, I, of the Criminal Procedure Code, when it is known that the payment of the tax results in the extinction of the punishment of the agent, which is, therefore, precisely the problem addressed. Before entering the main point of this Article, it is important to demonstrate the background of the referred institute, to understand the requirements and conditions for the fulfillment and execution of the Agreement, and then to analyze the incidence of it concerning Tax Crimes. Based on bibliographic and case law research, it is noticed that in a crime such as these, the enforcement of the condition of damage repair when set at an amount equivalent to what is due to the Tax Authorities is illogical, since the payment of the debt extinguishes the punishment of the accused and the refund of the amount evaded can be obtained by the government through tax execution. Consequently, it is noticed that it would be coherent to

establish the understanding following the logic used at the time when this condition was being discussed about the conditional suspension of the procedure, therefore, the Public Prosecutor should prioritize the enforcement of other conditions provided for in the new article of the Criminal Procedure Code or to propose the condition of damage repair in an amount lower than the full amount due in the civil sphere and in consideration of the financial capacity of the person investigated, in any case, the intention is to achieve the necessary and sufficient for reprobation and crime prevention.

Keywords: Non-Criminal Prosecution Agreement. Tax Crimes. Damage repair. Punishment Extinction.

5. Referências

BALBI, Laura; ARAUJO, Douglas. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/78760/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 03 MAR. 2021.

CAVALCANTE; André Clark Nunes et al. **Lei Anticrime Comentada.** São Paulo: Jhmizuno, 2020.

_____. IV Congresso Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. 2019. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/BibliotecaDigital/Publicacoes_MP/Todas_publicacoes/IVCongressoCriminalESMP.pdf> . Acesso em 16 de MAR. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019:** Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; DE SOUZA, Luciano Anderson. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

FILHO, Carlos Alberto Bezerra de Queiroz. **Acordo de Não Persecução Penal nos Crimes Tributários e Financeiros**. Recife: Ed. Do Autor, 2020.

GOMES FILHO, Dermeval Farias; SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial**. Revista de Direito Internacional (UNICEUB). 2016. Disponível em: <<https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/4097>>. Acesso em 16 MAR. 2020.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei Anticrime: comentada – artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, José Luis Oliveira; DALL'ACQUA, Rodrigo. **Crimes tributários e o novo acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/>>. Acesso em 03 MAR. 2021.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal?imprimir=1>>. Acesso em 20 FEV. 2021.

NETO, João Vieira. **Reflexões sobre a hipótese do acordo de não persecução penal nos crimes tributários**. Disponível em <http://www.jvn.adv.br/reflexoes-sobre-a-hipotese-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-nos-crimes-tributarios/>. Acesso em 03 MAR. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

_____. Para especialistas, cenário impõe criação de uma nova jurisprudência tributária. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-mai-19/crise-impoe-criacao-jurisprudencia-tributaria>>. Acesso em 12 FEV. 2021.

RODAS, Sérgio. **MPF não pode exigir pagamento de tributo para acordo de não persecução penal**. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-23/mpf-nao-exigir-quitacao-tributo-acordo-nao-persecucao>>. Acesso em 09 MAR. 2021