

NÃO CABE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO EM AÇÕES PENAIS

Douglas Fischer*

Resumo: O presente texto trata do novo instituto do chamado “acordo de não persecução penal”, introduzido na legislação brasileira pela Lei nº 13.964/2019. Embora o acordo possa ter consequências mais benéficas para o réu, ele não pode ser aplicado de forma retroativa automaticamente. Como se trata de uma regra penal e processual penal, o legislador previu, claramente, que seria aplicável apenas para casos em que ainda não tivesse sido ajuizada a ação penal. Procura-se demonstrar que, conforme precedentes anteriores do STF a respeito de regras mistas mais favoráveis, não há como aplicar o referido instituto se já ajuizada ação penal quando entrou em vigor a nova legislação.

Palavras-chave: Direito Penal. Processo-Penal. Acordo de não persecução penal. Impossibilidade. Denúncia.

Sumário: 1. Introdução. 2. Anotações prefaciais. 3. Comparação com institutos da Lei nº 9.099/1995 e análise dos precedentes do STF. 4. Regras híbridas podem ter aplicação limitada no tempo. 5. Decisões do STJ e do STF até o momento sobre a (ir)retroatividade do ANPP. Coconsiderações finais.

The impossibility of non-prosecution agreements in criminal proceedings

Abstract: This text involves the discussion of a new institute called “non-criminal action agreement”, introduced in Brazilian legislation by Law n. 13.964/2019. Although the agreement may have some beneficial consequences for the defendant, it cannot be applied retroactively automatically. As it deals with a norm with “penal and criminal procedural” content, the legislator clearly predicted that it would be applicable only in cases where the criminal action had not yet been filed. It seeks to demonstrate that, according to previous precedents of the STF on more favorable mixed rules (“penal and penal procedure”), there is no way to apply the referred institute if there is already a criminal action filed at the time of the entry into force of the new legislation.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. After prosecution. impossibility.

* Mestre em Instituições de Direito e do Estado pela PUCRS. Procurador Regional da República na 4ª Região site: www.temasjuridicospdf.com. Contato: douglas@mpf.mp.br.

Summary: 1. Introduction. 2. Initial notes. 3. Analysis of the institutes of Law nº 9.099/1995 and the jurisprudence of the Supreme Court of Brazil. 4. Hybrid rules may have limited application in time. 5. STJ and STF decisions on the topic of non-criminal prosecution agreements. Final considerations.

1 Introdução

Muitos debates estão surgindo novamente a respeito da nova regra referente ao Acordo de Não Persecução Penal – ANPP, introduzido ao ordenamento jurídico no art. 28-A, CPP, pela Lei nº 13.964/2019.

Já externamos nossa ideia em alguns momentos anteriores (<www.temasjuridicospdf.com>). Ora reprimamos praticamente tudo, porém mais detalhadamente, acrescentando precedentes jurisprudenciais atuais e com um adendo ao final, que, propositadamente, não foi então feito, na medida em que o texto originário era, exclusivamente, para fazer a distinção de retroatividade penal em casos de regras estritamente processuais e híbridas (ou mistas).

Assim, retomamos a argumentação, reiterando uma premissa relevante, aos eventualmente que não conhecem nossas posições: somos *absolutamente favoráveis* a todos os tipos de regras que venham estimular a redução das contendas penais e ampliar o rol de possibilidades de acordos jurídico-penais entre as partes, maximizando a aplicação de *penas* ou *ajustes* que não impliquem encarceramento ou penas dessa natureza.

Entretanto, precisamos deixar claro que *nossas vontades não podem* se sobrepor a uma interpretação que se tenha por mais correta ao sistema jurídico, muito menos ir para além do que previsto em lei (sim, sabemos bem a existência da possibilidade de o Poder Judiciário conferir interpretações para o devido ajuste das normas *legais* ao ordenamento *constitucional*). É exatamente disso que trataremos aqui, mas de uma forma que não se tem visto como regra até o presente momento.

Seremos bem objetivos no presente texto, na medida em que procuraremos demonstrar o que poucos têm parado para refletir juridicamente e analisado com um mínimo de acuidade e isenção técnica, especialmente diante de precedentes da Suprema Corte brasileira, bem assim da análise sistemática das normas jurídicas.

2 Anotações prefaciais

Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência “mais

benéfica ao infrator”, configura uma criação sem base dogmática e sistemática legal, em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95.

Mais que isso: se a questão se limitasse a sustentar que a regra seria (só) *penalmente* mais benéfica, implicaria, necessariamente, que se abrisse a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena *mais favorável* à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal. Não esqueçamos que toda regra penal mais benéfica deve retroagir inclusive sobre casos já transitados em julgado. Assim, nessa linha de argumentação, ou ela retroage para todos os casos (absolutamente todos), ou ela é limitada por algum fator objetivo, que, no caso, tem natureza processual penal, que é o recebimento da denúncia.

Contrariando frontalmente a *opção* do legislador (de verdadeira política criminal), a “escolha” de outros marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento decorreria de mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente.

Assim, temos que bem separar as coisas: fatos cometidos após a vigência da Lei nº 13.964/2019; fatos cometidos anteriormente, mas ainda não denunciados; e fatos cometidos anteriormente e com denúncias já recebidas.

Respeitamos posicionamentos em sentido contrário, mas queremos desde já deixar claro que é preciso bem separar dois pressupostos fundamentais. E conjugá-los.

Primeiro é a (induvídosa) retroatividade do ANPP sobre fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019 (o art. 5º, XL, da CF é claro: a *lei penal* não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; art. 2º, parágrafo único, Código Penal, idem: lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos *fatos* anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado).

Segundo: a legislação *processual penal* prevê o princípio do *tempus regit actum* (a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, *sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*), que precisa a devida contextualização e compatibilização com as regras eventualmente *penais* previstas *em mesmo dispositivo* eventualmente existente (híbrido), como é o caso do ANPP: o art. 28-A do CPP é, de forma indiscutível, de caráter híbrido. A situação do ANPP definitivamente não é de regra *exclusivamente* processual, que faria com que, em caso de colisão com regra de cunho penal mais benéfica, preponderasse a primeira premissa.

Pedimos autorização para, aqui, reproduzir o que sustentamos na companhia do Professor Eugênio Pacelli em nossos Comentários ao CPP e sua Jurisprudência, 12 ed., 2020, p. 116:

[...] Uma última questão a ser respondida diz respeito ao momento da celebração do acordo. A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (“Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...”) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII). Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo. Assim, concordando o juiz com o pleito, o ideal seria suspender o processo até a questão ser solucionada (com remessa ao órgão superior interno do parquet em caso de discordância, nos termos do § 14 do art. 28-A do Código de Processo Penal”).

É verdade que a aplicabilidade das regras atinentes ao juiz de garantias encontra-se suspensa provisoriamente por decisão liminar em ADI perante o STF, mas em nada altera as premissas que estão claras na lei: o legislador previu o ANPP (e é até intuitivo que o seja) *exclusivamente para os casos que não sejam hipótese de arquivamento* e preencham os demais requisitos legais. Noutras palavras (e com a excepcionalidade que destacamos antes): *recebida a denúncia, inviável, por questão temporal, falar-se em possibilidade de ANPP*.

Recordemos ainda que o legislador estava analisando a hipótese *também* de aprovação do, assim denominado, “acordo de *não continuidade de persecução penal*” (independentemente da natureza ou nomenclatura que se pudesse conferir a esse *acordo*), que seria possível para as hipóteses (exclusivas) entre o recebimento da denúncia (aqui tratado) e o *início da instrução processual*: “*Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas*”.

De fato, no documento datado de 19.2.2019 (vide tramitação eletrônica do projeto de lei), da lavra do Senhor Ministro da Justiça, extrai-se a justificativa da proposta de inserção do art. 395-A:

aumenta as hipóteses e disciplina a prática de acordos que poderão ser requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante e o acusado, assistido por seu defensor. A situação aqui é diferente da justificada para o art. 28-A., porque pressupõe a existência de denúncia já recebida. No mérito, valem os argumentos lá mencionados, ressaltando-se que, homologada a concordância, a pena será aplicada de pronto.

Nessa mesma linha, refira-se a exata percepção e interpretação sistemática dessa questão pela e. Desembargadora Federal Salise Sanchotene em seus votos perante o TRF4 (v.g. Correição Parcial nº 5003844-20.2020.4.04.0000/RS):

originariamente, o PL 882/2019 previa dois tipos de acordo, a saber, o acordo de não persecução penal no artigo 28-A, para propositura na fase pré-processual, portanto, antes do recebimento da denúncia, e o acordo de não continuidade da persecução penal, no que seria o artigo 395-A, que poderia ser realizado após o recebimento da denúncia e antes da instrução da ação penal ter início. Contudo, durante o trâmite do processo legislativo, o PL 882/2019 foi arquivado e considerado prejudicado pelo substitutivo que resultou no PL 10.372, no qual deixou de constar o acordo de não continuidade da persecução penal, sendo o PL 10.372 convertido na Lei nº 13.964/2019.

3 Comparação com institutos da Lei nº 9.099/1995 e análise dos precedentes do STF

Muitos têm invocado “precedentes” que teriam reconhecido que as normas previstas na Lei nº 9.099/95 (suspensão e transação processuais) foram aplicadas com *efeitos retroativos* pelo STF.

O descuido em (quicá) ler somente a ementa do julgado ou não compreender bem o sistema pode nos levar a conclusões equivocadas.

É fácil visualizar que o ANPP diverge substancialmente da *suspensão* processual prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95: mesmo que refira que, ao *oferecer a denúncia*, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo, resta indubitável que a norma *pressupõe* para, sua aplicação, que haja *processo instaurado* (tanto que a regra fala: “recebendo a denúncia, poderá suspender o processo”). Por isso podia ser aplicado retroativamente aos casos com denúncia já recebida quando entrou em vigor a Lei nº 9.099/95.

A transação penal (art. 76), de outro lado, pressupõe que não exista processo. Ou seja, não há nem oferecimento e recebimento de denúncia, o juiz aplica *desde logo* as penas restritivas de direitos ou multa. Tanto é assim que, se não cumpridas as condições no prazo estipulado, pode ser proposta *denúncia*, para o devido *processamento criminal*.

Observe-se que a redação da regra do ANPP encontra uma similitude incrível com a da transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95):

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: [...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, *não sendo caso de arquivamento*, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

O argumento que se tem visto é que, a partir do julgamento plenário na Questão de Ordem no Inquérito 1.055, em 26.4.1996, o STF *teria* decidido que as regras da Lei nº 9.099/95 seriam (todas) retroativas por serem mais benéficas. Logo o mesmo deveria ser feito com o ANPP.

A ementa diz o seguinte (e pode *induzir* realmente a tais interpretações pela leitura *exclusiva* dela):

EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDADA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. NORMA PENAL BENÉFICA. APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. – A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). – A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in iudicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina.

LEI N. 9.099/95. CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS. NORMAS BENÉFICAS. RETROATIVIDADE VIRTUAL. Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). – A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS (INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS – APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). – A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência – que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 – ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.

A proposta que faço é: vamos compreender *exatamente* o que o STF disse (interpretou) no referido julgado *para além* do que pode sugerir apenas a leitura da *ementa*?

A primeira questão que fica bem clara é que estavam discutindo, primordialmente, sobre a necessidade (ou não) de *representação* do ofendido em crimes de lesões corporais em razão da norma mais benéfica que foi instituída pelo art. 91 da Lei nº 9.099/95 (*Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência*).

A segunda: a jurisprudência “invocada” por alguns para justificar a aplicação retroativa de *todos* os dispositivos mais benéficos basicamente se faz *sobre parte* do julgado, que está na segunda parte da *ementa*.

A terceira: embora parte final da *ementa* fale em *inquéritos e ações penais*, precisamos ver o que efetivamente constou da fundamentação do julgado e sua extensão efetiva.

E a quarta: o caso em que decidido o tema pelo plenário *não era ação penal*, mas um *inquérito* (ou seja, *não havia processo*). Então a discussão era sobre a exigibilidade (ou não) da condição que passou a existir (a *representação*) para os *inquéritos* em andamento. E corretamente o STF disse que seria exigível, pois não recebida ainda a denúncia.

Ao *leading case* do STF na Questão de Ordem no Inquérito nº 1.055, por tópicos objetivos.

Tratava-se de uma investigação criminal para apurar a prática do delito de lesões corporais previsto no art. 129, *caput*, CP, fato ocorrido no dia 19 de maio de 1993 (aproximadamente 3 anos antes da decisão).

Discutia-se, primordialmente, se, pela *nova regra* do art. 91 da Lei nº 9.099/95, deveria subordinar-se a perseguibilidade das infrações em questão (até então de ação penal pública) à *prévia* representação da vítima.

O tema foi submetido ao plenário (por isso em *questão de ordem*) exatamente com a finalidade (única) de definir se os arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95 se aplicariam aos casos originários do STF (porque se tratava de competência penal *originária*, sobre o que nada falava a nova lei, e estavam diante de *inquérito* em trâmite perante o STF).

O relator pontuou que a representação da vítima – até então inexigível para essa modalidade infracional – passou a constituir uma *delatio criminis* postulatória, *para que*, eventualmente, *fosse instaurada* uma ação penal. Assim, disse o relator, o “*ato de delação postulatória tornou-se indispensável ao válido ajuizamento da própria ação penal e, também, à instauração do procedimento de investigação criminal*”. Assim, complementou:

tratando-se de *persecutio criminis em sua fase pré-processual*, o respectivo *inquérito* – nos crimes em que a ação pública depender de representação – não poderá, sem esta, ser iniciado, consoante prescreve o ordenamento positivo. [...] De outro lado, e com maior razão, o próprio ajuizamento da ação penal, pelo Ministério Público *condicionar-se-á à formalização*, pelo ofendido, em *tempo oportuno*, do ato necessário de representação (grifamos para enfatizar que se tratava de *inquérito*, em fase pré-processual).

Na sequência reconheceu que esses institutos seriam aplicáveis não apenas em primeiro grau, mas a todas e eventuais questões que envolvessem prerrogativa de foro.

Assentou que a Lei nº 9.099/95 criou instrumentos para viabilizar processos de despenalização (não se tratava de descriminalização), abrindo espaço para consenso.

De forma genérica argumentativa, disse (e com razão), reportando-se a doutrina, que:

as premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 confere especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89), cabendo enfatizar, quanto a este instituto, que ele, na realidade, equivale a um verdadeiro *nolo contendere*.

Não olvidando que estava resolvendo uma questão em que não havia ação penal, referiu que “*os institutos em questão – além de derivarem de típicas normas de caráter híbrido, pois revestem-se de projeção eficaz tanto sobre o plano formal, quanto sobre a esfera estritamente penal-material, gerando, quanto a esta, consequências jurídicas que extinguem a própria punibilidade do agente [...]*” Assim, “*as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impul-*

sionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata”.

Dentro do limite da discussão posta (exigir-se ou não representação do ofendido e se incidia sobre casos com prerrogativa de foro, e não sobre a aplicabilidade da transação penal ou da suspensão processual), concluiu que, *“independentemente do órgão judiciário ou da instância jurisdicional perante os quais tenham curso ou hajam sido instaurados os procedimentos penais que se lhes aplicam, de imediato as normas materiais de conteúdo penalmente benéfico, como aquelas consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95, concernentes à necessidade de representação do ofendido nos delitos de lesões corporais leves ou de lesões corporais culposas”.*

Veja-se que, no excerto acima, *não se fala em ações penais, mas em procedimentos penais*, que são coisas bem diversas (exatamente porque ali se tratava de um *procedimento de investigação penal*, não de ação penal). Também fala em normas de cunho estritamente material. Tanto é assim que, na sequência, novamente referiu que a *“possibilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários [...] decorre [...] do fato de que as regras consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95 qualificam-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de despenalização”.* Aliás, essa distinção já fizera anteriormente, como se vê na citação do item 4, acima.

A sua conclusão foi no sentido de, unicamente, determinar a suspensão *“desse procedimento penal”* (veja-se novamente: *fala em procedimento penal, o inquérito*) *“para que se proceda, no caso, nos termos do art. 91 da Lei nº 9.099/95, à intimação de [...], vítima do delito de lesões corporais leves [...] a fim de que, no prazo de 30 dias, querendo, ofereça, ou não, a necessária representação, sob pena de decadência”.*

A partir do que pontuado, o que se verifica que foi efetivamente decidido e quais conclusões nos importam aqui?

Em nenhum momento o STF assentou que as regras do art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 se aplicariam às ações penais em andamento, o tema central era outro (da exigibilidade ou não de representação o ofendido em caso que tramitava *sem ação penal*, era um inquérito, ou, na lítera do julgado, um *procedimento processual penal*).

O STF expressamente distinguiu hipóteses de *procedimento penal* (investigação) e *ação penal*.

Reconheceu-se (corretamente) que, de forma geral, as regras da Lei nº 9.099/95 possuem caráter mais benéfico sob o aspecto penal.

Igualmente não decidiu que as regras referentes à *transação penal* seriam aplicadas de forma retroativa e de forma indistinta.

Outra decisão relevante do STF que merece análise é aquela tomada na ADI nº 1.719 (mérito), de 18.6.2007, cuja ementa tem o seguinte teor:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.

O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.

Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição Federal.

Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.

O art. 90 da Lei nº 9.099/95 refere que “as disposição desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já tiver sido iniciada”. Essa é uma regra exclusivamente processual.

Aos menos cautelosos, a primeira afirmativa seria: está aí, o STF permitiu a incidência dos dispositivos de conteúdo penal, retroativamente, afastando a limitação temporal (processual) do disposto no art. 90!

Não é bem assim, salvo melhor juízo.

Analisemos novamente a fundamentação do voto-condutor.

Disse que “é importante observar, contudo, que a Lei 9.099/1995 tem natureza mista: *é composta por normas de natureza processual e por normas de conteúdo material de direito penal*. Portanto, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal benéfica (art. 5º, XL da CF/88), *não poderia o legislador conferir o mesmo tratamento para todas as normas inseridas na lei dos juizados especiais*”.

O voto se reportou ainda ao que foi decidido no Inquérito nº 1.055-DF, citando (apenas) a segunda parte da sua ementa (antes vista, mas no contexto geral, como demonstramos), dizendo que o Tribunal assentou o entendimento de que “as normas da Lei 9.099/1995 de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao réu devem retroagir para alcançar os processos que já tiverem a instrução iniciada”.

Diante de uma regra *exclusivamente* processual, a decisão tomada foi para o fim de “*dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 do caráter intertemporal do dispositivo ora atacado, voto pela confirmação da cautelar, para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, de modo a im-*

pedir que dele se extraíam conclusões conducentes a negar a aplicabilidade imediatamente e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei”.

Alertamos ainda para o que disse o (então) relator da *Medida Cautelar na ADI 1.719*, Ministro Moreira Alves, em seu voto proferido em 3.12.1997:

não há dúvida da relevância da fundamentação do pedido de liminar no tocante a que o disposto no artigo 90 da Lei 9.099, de 26.5.95, só se aplica às normas *estritamente processuais desse diploma legal*, não alcançando as de conteúdo penal, em virtude do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna [...].

E o Ministro Marco Aurélio, ao acompanhar o deferimento da liminar, bem destacou: “A Lei nº 9.099/95 possui preceitos mistos, que têm carga material e instrumental. O voto do Ministro-Relator já explicita esse aspecto ao referir-se à aplicabilidade do disposto no art. 90 *somente* quanto às normas *estritamente processuais*.”

Está bem claro que o STF examinou a limitação imposta pelo art. 90 da Lei nº 9.099/95 (norma estritamente processual) em relação às (autônomas) regras exclusivamente penais da Lei nº 9.099/95, excluindo a extensão da decisão (não a aplicando) para os casos de regras híbridas. Isso está hialino (e correto, segundo pensamos).

Portanto, fundamental acentuar que, em nossa compreensão, o que decidido na ADI 1.719 não atingiu a regra que seja híbrida, como aquela do art. 76 da Lei nº 9.099/1995 (e que guarda similitude clara com o art. 28-A do CPP, ao tratar do ANPP).

O que se decidiu é que dispositivos exclusivamente penais insertos na Lei nº 9.099/95 não poderiam deixar de ser aplicados aos processos já em andamento pela limitação temporal contido na regra estritamente processual (também geral) do art. 90 da mesma lei. Exatamente por isso é que a interpretação foi conforme à Constituição sem redução de texto.

Relevante focar em duas questões:

O STF reafirmou a constitucionalidade do disposto no art. 2º do CPP;

Se fosse inconstitucional a regra híbrida do art. 76, esse tema seria objeto de deliberação (mas foi expressamente excluída, como visto), pois o foco era a limitação temporal (geral) da regra do art. 90 da Lei nº 9.099/95 a todos os processos já em andamento.

4 Regras híbridas podem ter aplicação limitada no tempo

Eventualmente pode-se trazer o argumento no sentido de que uma regra mais benéfica (que possa até implicar a extinção da punibilidade) não pode(ria) ser limitada no tempo.

Compreendemos que a retroatividade (total) deve-se dar exclusivamente em relação às regras de cunho estritamente penais.

As regras mistas precisam da devida compatibilização do preceito penal mais benéfico com a contemporaneidade do ato *processual* e com seus próprios objetivos.

Então separemos bem: regras *exclusivamente* de direito penal devem sempre retroagir (inclusive para os feitos com trânsito em julgado), de modo que uma regra (geral) de processo penal (como a do art. 90 da Lei nº 9.099/95) não poder(ia) limitar a aplicação dos preceitos (exclusivamente penais previstos pelo legislador) a processos penais em andamento. Já regras híbridas podem ter limitações temporais.

Sem dúvidas, o art. 28-A do CPP, que trata do ANPP, traz em seu bojo norma híbrida: traz benefícios *penais*, mas *condiciona* a um evento (absolutamente legal e constitucional): *não haver processo*.

E há um aspecto pouco notado, que acrescemos nesse momento: trata-se de uma questão *legal* de *política criminal*, daí a razão pela qual a limitação de que o acordo seja realizado *se não recebida a denúncia*. Essa foi a escolha do legislador, gostemos ou não.

Muitos ainda arguem que violaria a *isonomia* não aplicar os benefícios legais a quem cometeu o mesmo crime (ou preencheria em tese os requisitos da lei), um antes da nova lei, outro depois.

Um equívoco, respeitosamente: a *isonomia* deixa de existir se houver o *recebimento da denúncia* para situações que não são idênticas segundo o constitucional tratamento trazido pelo legislador. A relação processual penal trata de alguém que está sendo processado e outro que não está.

Discrímen haveria, aí sim se, um com denúncia recebida e outro não, tendo ambos cometido crimes anteriormente à nova lei (e teriam, em tese, as mesmas situações e mesmos pressupostos processuais exigidos pela lei) e, em relação a (apenas) um deles não houvesse denúncia e, quanto a outro, já fora recebida, talvez por questões de “agilidade” processual. Aí entra exatamente a exceção que fizemos em nossas considerações juntamente com Pacelli: os dois cometeram os *fatos* anteriormente à lei, teriam em tese direito ao benefício, mas não se respeitou essa circunstância de retroatividade (sobre os *fatos* cometidos). Sobre fatos posteriores, nenhuma dúvida existe sobre a aplicabilidade do ANPP, exatamente pela aplicação da *lei ao tempo do fato*.

Se o legislador aprovasse o acordo de não continuidade da ação penal (que pressuporia *processo, com denúncia recebida*), também havia um limite temporal: o início da instrução processual (vide acima a referência feita).

O que não se pode é, por interpretações isoladas e sem visão sistemática, quando não por excepcionais vontades próprias, pretender aplicação *retroativa (exclusivamente)* da parte penal quando ela se revela absolutamente incompatível com outra exigência existente na mesma norma (que é igualmente constitucional), a não existência de processo, pois se trata de norma híbrida.

Destacamos não ver problemas em aplicar o art. 89 da Lei nº 9.099/95 retroativamente exatamente porque ele pressupunha a existência de *processo*, diferentemente da *transação*, que se identifica com a questão *temporal* com o acordo de não persecução penal.

Porém, temos por relevante trazer um argumento complementar, que, positivamente, não foi apresentado no texto original.

Creemos que há exceções (bem restritas) que implicam a possibilidade de incidência do referido instituto a *processos penais em andamento*, mas que não decorrem da retroatividade em si da regra híbrida, mas do erro havido no passado que, por questões objetivas, permitiria em tese o acordo. Portanto, tratam-se de hipóteses em que houve o recebimento da denúncia *necessariamente após* a Lei nº 13.964/2019 em deveria ter sido proposto o acordo e não foi. Ou seja, essas duas exceções abaixo *não se* aplicam às hipóteses em que o recebimento da denúncia ocorreu *antes* da vigência da Lei nº 13.964/2019. Desse modo, o princípio do *tempus regit actum* continua tendo na denúncia recebida o limitador temporal *escolhido* pelo legislador continua hígido.

Portanto, as *exceções não dizem com a questão temporal* discutida centralmente no presente texto (recebimento da denúncia), mas de exceções que se apresentam para os casos de ANPP *posteriormente* ao recebimento da denúncia os quais, por razões *quantitativas* de pena, permitiriam (em tese) o acordo de não persecução, fato que somente se verificou *posteriormente*.

Consideremos para tanto que um dos requisitos objetivos da lei para o acordo é que as penas mínimas impostas (mesmo se somadas) devam ser inferiores a 4 anos.

Primeira hipótese

Sabemos todos a existência da emendatio libelli (art. 383 do CPP: *O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave*) e da mutatio libelli (art. 384 do CPP: *Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da*

infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente).

Num caso em que a denúncia já tiver sido recebida (passado, ato processual consumado), diante de uma *narrativa* correta com denúncia recebida, mas tipificação penal manifestamente equivocada – *cuja correção venha a ser feita em momento posterior pelo juízo (emendatio), gerando que, em razão disso, se reconheça o preenchimento legal em tese dos requisitos objetivos de pena do ANPP* –, há se garantir ao (já) réu o benefício que, equivocadamente, não se lhe permitiu no passado, antes do recebimento da denúncia, mas na vigência da Lei nº 13.964/2019. É dizer: pela *emendatio libelli* (posterior), em tese, antes do recebimento da denúncia, o autor do fato teria preenchido as condições para obter o benefício já vigente, notadamente aquele da “quantidade de pena” em abstrato, para, se quisesse, ajustar o acordo.

Inclusive essa é a razão pela qual a jurisprudência corretamente assentou que, como regra, diante de uma hipótese de proposta de transação penal (art. 76 da Lei nº 9.099/95) ou suspensão do processo (art. 89 da Lei nº 9.099/95) o juiz *não pode* adentrar em exame aprofundado das condições propostas e da tipificação feita, salvo se daí decorrer, desde já, o reconhecimento do direito, em tese, à possível transação ou suspensão. Veja-se exemplificativamente posição do STJ:

A adequação típica da conduta imputada na denúncia deve ser feita apenas na ocasião da sentença, momento em que o Magistrado poderá proceder à *emendatio* ou à *mutatio libelli*. Dessa forma, não há se falar em análise da adequação típica por ocasião do recebimento da denúncia. Contudo, no caso, verifica-se que a irrisignação quanto à tipificação se revela em razão da impossibilidade de a recorrente ser beneficiada com a suspensão condicional do processo. Nesse contexto, não óbice ao exame preambular da adequação da conduta ao tipo imputado, com o objetivo de aferir se a recorrente, de fato, faz jus ao benefício do art. 89 da Lei n. 9.099/1995 (HC n. 56.366-BA, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 17.11.2016, publicado no DJ em 28.11.2016).

Dizemos que o mesmo raciocínio deve ser aplicado em caso de *mutatio libelli* em que, pela nova descrição feita (em razão dos fatos *apurados* na instrução), haveria, também em tese (no passado, mas depois da Lei nº 13.964/2019), a necessidade de averiguar a apresentação de proposta, com aceitação ou não do acordo.

Veja-se bem claramente: nesses casos, em tese, havia o preenchimento do requisito objetivo quanto à pena para fins de acordo e, unicamente por um *erro* na origem, não se fez a proposta.

Segunda hipótese

No caso de conexão de fatos criminosos (art. 76, CPP – em que há *pluralidade* de condutas) ou de continência objetiva (art. 77, II, CPP – unidade de conduta, mas pluralidade de resultados), pode ocorrer que a soma das penas mínimas seja igual ou superior a 4 anos, impedindo, no *momento adequado*, a propositura do acordo e a instauração da ação penal. Se no decorrer do processo houver o reconhecimento da *atipicidade de alguma conduta* ou a *certeza da ausência de autoria* (e só essas duas hipóteses), tendo por consequência a permanência de crime(s) que, em tese, em relação ao(s) qual(is) caberia o benefício do ANPP no passado (mas posteriormente à Lei nº 13.964/2019, insistimos muito), há se permitir a rediscussão da proposta de acordo.

5 Decisões do STJ e do STF até o momento sobre a (ir)retroatividade do ANPP

As primeiras decisões acerca do tema foram tomadas pela 5ª Turma do STJ, já existindo inúmeras questões resolvidas mediante provimento de recurso especial interposto pelo Ministério Público contra decisões de tribunais que aplicaram retroativamente o acordo.

Destacamos inicialmente a decisão no RHC nº 130.175-SP (5ª Turma, Rel. Ministro Félix Fischer, DJ de 3.9.2020), em que se decidiu expressamente que não há se aplicar retroativamente o ANPP pois “*a Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23.1.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, porém sem qualquer tom de retroatividade*”. Está expresso no voto-condutor que “*primeiramente, conforme se apreende do v. acórdão acima, o acordo de não persecução penal deve deixar de ser proposto, no caso concreto, por um motivo primordial: impossibilidade de retroatividade da lei processual mais benéfica*”.

No mesmo sentido, o aresto publicado em 3.6.2020, decorrente do julgado nos EDcl no AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.688.289-SP, *verbis*:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO TENTADO. CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO. I – Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). Na espécie, à conta de omissão no v. acórdão, pretende o embargante a rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já apreciada. II – Ademais, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público

assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau. Embargos de declaração rejeitados. (STJ. Edcl no AgRg no Agravo em Resp nº 1.688.289-SP, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Félix Fischer, publicado no dia 3.6.2020).

De forma ainda mais abrangente foi o julgado nos Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo Regimental no Agravo no Recurso Especial nº 1.635.787, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, julgado em 4.8.2020, publicado no DJ em 13.8.2020, *verbis*:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

1. Segundo o § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, 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.
2. Para serem consideradas as causas de aumento e diminuição, para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), essas devem estar descritas na denúncia, que, no presente caso, incorreu, não sendo possível considerar, no cálculo da pena mínima cominada ao crime imputado ao acusado, a causa de diminuição reconhecida apenas quando do julgamento do recurso especial. No caso do delito de tráfico, far-se-á necessário o curso da ação penal, em regra, para aferir os requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, o que obsta a aplicação do benefício, que decorre, inclusive do tratamento constitucional e da lei que são rigorosos na repressão contra o tráfico de drogas, crime grave, que assola o país, merecendo um maior rigor estatal.
3. 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 na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação. 4. Embargos de declaração rejeitados.

*Na fundamentação do voto-condutor, o e. Relator inclusive reporta-se a excertos do que já havíamos publicado anteriormente.*¹

Também, em recente decisão, o Min. Joel Ilan Paciornik, no REsp nº 1883143, publicado no dia 1º de setembro de 2020, assim decidiu em face de recurso interposto pelo MPF contra acórdão do TRF 4ª Região, *verbis*:

“[...] O recurso merece provimento.

O Tribunal de origem acolheu questão de ordem, determinando a remessa dos autos ao juízo de origem para análise de eventual oferecimento de acordo de não persecução penal, consoante trecho do acórdão recorrido:

¹ Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>>. Esse texto também está disponível, com alguns acréscimos, no endereço <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-aco-es-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>>.

1. Questão de ordem. Tendo em vista o acolhimento pela Turma, por maioria, da questão de ordem, para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 em relação à ré Maria Aparecida da Rosa Pacheco, a presente análise restringe-se ao recurso de apelação do corrêu [...].

Esta Corte Superior já se pronunciou no sentido de que o instituto do acordo de não persecução penal torna-se inviabilizado após o recebimento da denúncia. Nesse sentido, colaciono o seguinte precedente:

PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.

APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

[...] 3. 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 na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida somente neste STJ, com a manutenção da condenação.

4. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 13/8/2020 – Grifo Nosso).

No mesmo sentido, encontra-se o julgamento monocrático proferido pelo Eminentíssimo Ministro Felix Fisher na PET no ARESP n. 1668089-SP, publicado em 29/06/2020. Ainda, a título exemplificativo, referido entendimento foi objeto de enunciado formulado pelo Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais:

Enunciado nº 20: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”

No caso dos autos, além do recebimento da denúncia criminal, os recorridos foram condenados pela prática delitativa apontada na peça acusatória.

Não bastasse isso, “Apesar da superveniência de norma em tese mais benéfica ao agente (art. 28-A do CPP), a eventual aplicação do acordo de não persecução penal pressupõe o reconhecimento da atenuante da confissão, o que não ocorreu nos autos” (AgRg nos EDcl no REsp 1858428/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 30/6/2020, DJe 4/8/2020).

Ante o exposto, com fundamento na Súmula nº 568/STJ, dou provimento ao recurso especial para reformar o acórdão recorrido, no ponto em que determina a remessa dos autos ao juízo de origem para análise de eventual oferecimento de acordo de não persecução penal e determinar que o Tribunal de origem aprecie as teses trazidas no recurso de apelação interposto pela recorrida MARIA APARECIDA DA ROSA PACHECO. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 28 de agosto de 2020. Joel Ilan Paciornik Relator

Não esqueçamos de algo relevante, objeto também de deliberação da 5ª Turma do STJ (publicada em 24.8.2020), que assentou que:

a Lei nº 13.964/2019 (comumente denominada como “Pacote Anticrime”) refletiu no trabalho do membro do Ministério Público, em especial ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, que prevê o instituto do acordo de não persecução penal. [...] Em síntese, 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 para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos. [...] (Agravo Regimental no RHC nº 128.660-SP, 5ª Turma, STJ, unânime, DJ 24.8.2020).

Consideramos relevante ainda destacar as seguintes decisões, ambas da 5ª Turma:

[...] Em relação ao pedido de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, constante do art. 28-A do Código de Processo Penal, registro que se trata de indevida inovação recursal, motivo pelo qual não é possível seu exame [...] 14. Ainda que assim não fosse, conforme destacado pelo Ministro Felix Fischer, ao indeferir o pleito formulado na Pet no Aresp n. 1.668.089/SP, tem-se que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou o enunciado n. 20, que dispõe, *verbis*: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. [...] (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.826.584/SC, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 22/9/2020, publicado no DJ em 29/9/2020)

[...] da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. [...] (Embargos Declaratórios no Agravo Regimental nos Embargos Declaratórios no Agravo em Recurso Especial nº 1.681.153/SP, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Félix Fischer, julgado em 8/9/2020, publicado no DJ em 14/9/2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. NORMA DE CUNHO PROCESSUAL. *TEMPUS REGIT ACTUM*. ART. 2º DO CPP. PROCESSO EM FASE RECURSAL. PRECLUSÃO. RÉU CONDENADO. AGRVO REGIMETAL DESPROVIDO.

I – “A Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23/1/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Não obstante, já assente nesta eg. Corte que, em geral, a Lei que “[...] compreende normas de cunho processual [...] a sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2º do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal ou *tempus regit actum*)” (RHC n. 130.175/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 3/9/2020).

II –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 na instância ordinária, com a condenação do acusado, como no presente caso. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.886.717/PR, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 6/10/2020, publicado no DJ em 19/10/2020)

Até o presente momento, quando encerramos o presente texto, há apenas uma decisão colegiada da e. 6ª Turma do STJ, aplicando retroativamente o ANPP. O que nos surpreende foi o modo de enfrentar e “fundamentar” o julgado. Veja-se, inicialmente, que, na ementa, está claro o posicionamento acerca da retroatividade:

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). (Agravo Regimental no *Habeas Corpus* nº 575.395/RN, STJ, 6ª Turma, unânime, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 8.9.2020, publicado no DJ em 14/9/2020)

Não descartamos em hipótese alguma a possibilidade da chamada fundamentação *per relationem* (aliás, expressa e corretamente admitida pelos tribunais, inclusive pelo STJ). Mas atente-se para o conteúdo do voto diante de um tema extremamente complexo como o ora posto até o presente momento:

[...] Com efeito, 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). Nesse sentido, *mutatis mutandis*:

HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, §4º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AUSÊNCIA DE CONTRANGIMENTO ILEGAL. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO. INCONSTITUCIONALIDADE DO §1º DO ART. 2º DA LEI Nº 8.072/90. ADEQUAÇÃO AO PRECEITO CONTIDO NO ART. 33 C.C. O ART. 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. SÚMULAS Nºs 440 DESTA CORTE E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO TRAZIDO PELO §2º DO ART. 387 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI Nº 12.736/12. NORMA DE NATUREZA PROCESSUAL PENAL MATERIAL. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. Não se aplica a causa de diminuição inserta no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes.
2. Não é possível, na estreita via do habeas corpus, afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias quanto à dedicação do ora Paciente à atividade criminosa, por demandar incabível reexame do conjunto fático-probatório. Precedentes.
3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC nº 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal.

4. No caso, o Paciente, réu primário, foi condenado à pena reclusiva de 5 anos e 10 meses de reclusão, sendo-lhe favoráveis todas as circunstâncias judiciais, o que permite, desde logo, a fixação do regime semiaberto.
5. O estabelecimento do regime prisional deve observar os termos do §2º do art. 387 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 12.736/12, segundo o qual “[o] tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade”.
6. A norma supratranscrita, de natureza jurídica mista (processual/material), deve retroagir em benefício do Paciente, em obséquio ao preceito contido no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, notadamente porque, ao conceder ao condenado a viabilidade de iniciar o cumprimento de pena em regime mais brando, atinge de forma menos severa o seu direito de ir e vir.
7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para fim de, confirmando a liminar, estabelecer o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena e, dada a ausência de trânsito em julgado, determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que examine, com base no art. 387, §2º, do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação imediata do regime aberto. (HC 274.228/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 8/10/2013, DJe 16/10/2013)

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo regimental, 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 nº 13.964/2019).

Veja-se: reportou-se a uma “ementa” que tratava de tema completamente diverso, na qual, ao menos em nossa compreensão, a questão era de evidente retroatividade, pois de natureza *penal* e perfeitamente compatível com a *execução penal*.

Respeitosamente, a fundamentação não enfrenta, tecnicamente, as particularidades do ANPP, senão apenas se reporta à ementa de outra decisão, dizendo ser aplicar o raciocínio também ao caso, *mutatis mutandis*.

Por tudo que dissemos, discordamos tanto do modo de fundamentação, como da própria conclusão.

Em complemento, destacamos agora o posicionamento do e STF.

Há uma decisão (monocrática) do Min. Luís Roberto Barroso no sentido (pelo menos, dentro da controvérsia do caso) da “*inviabilidade de fazer-se incidir o artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019 quando já existente condenação, quer estando transitada em julgado, quer passível ainda de impugnação mediante recurso.*” (HC nº 191464/SC – decisão monocrática publicada em 23-9-2020). Ele não enfrentou se retroagiria inclusive para momento anterior, pois foi limitada à discussão posta no caso concreto. Disse ele, na fundamentação (aí sim citando decisões anteriores que trataram especificamente do mesmo tema, o ANPP):

[...] 10. Por outro lado, as peças que instruem a impetração não evidenciam ilegalidade flagrante ou abuso de poder capaz de justificar o imediato acolhimento da pretensão defensiva. Isso porque, à época da entrada em vigor das alterações promovidas pela Lei n. 13.964/2019, que incluiu no Código de Processo Penal o art. 28-A, já existia sentença condenatória contra o paciente, confirmada em segundo grau e pelo próprio Superior Tribunal de Justiça. Nessas condições, o caso atrai o entendimento do STF no sentido da “inviabilidade de fazer-se incidir o [artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei no 13.964/2019] quando já existente condenação, quer estando transitada em julgado, quer passível ainda de impugnação mediante recurso” (ARE 1171894, Rel. Min. Marco Aurélio). No mesmo sentido: HC 186.289, Relatoria Ministra Cármen Lúcia.

Por fim, referimos que, em 24 de setembro de 2020, o Ministro Gilmar Mendes afetou ao plenário o julgamento do HC nº 185.913, no qual se discute exatamente o tema central: a retroatividade ou não das regras relativas ao ANPP. A decisão não foi exarada, mas esperamos que o STF fique atento ao que já disse há muito sobre a compatibilização das regras penais e processuais penais, acima destacadas.

Considerações finais

Em síntese conclusiva, reiterando que somos absolutamente favoráveis ao novo instituto como regra de negociação de acordo, mas considerando-se o entendimento especialmente do STF para situações análogas e compatibilizando os comandos legais à Constituição, defendemos que:

- 1) aos fatos cometidos *após* a Lei nº 13.964/2019, cabe o ANPP se preenchidos os demais requisitos legais;
- 2) aos fatos cometidos anteriormente, mas sem denúncia recebida, igualmente cabe (retroatividade mais benéfica);
- 3) aos fatos cometidos *anteriormente* (retroatividade) mas *com* denúncia recebida não cabe ANPP, pois *processualmente* há um óbice claro e expresso: somente pode ser aplicado *desde que não recebida a denúncia*, pois o momento que trata a lei processual é o da fase do artigo 28-A, CPP, quando, *não sendo o caso de arquivamento do inquérito*, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado.
- 4) aos fatos anteriores ou posteriores com denúncia recebida (recebimento necessariamente em data posterior à Lei nº 13.964/2019), tendo como um dos requisitos objetivos que as penas mínimas sejam *inferiores* a 4 anos, pode-se cogitar de acordo:
 - 4.1) nos casos de *emendatio* ou *mutatio libelli*, em que a nova tipificação conferida ao(s) *fato(s)* enseje, em tese, possibilidade de proposta de acordo;

- 4.2) nos casos em que houver a pluralidade de crimes ou resultados, se houver a absolvição de um crime (por negativa de autoria ou atipicidade) e remanescer, em tese, o preenchimento dos *demais* requisitos legais quanto ao(s) demais, há se garantir também a *possibilidade*.
- 5) por fim, um alerta no que se refere à tese central do que aqui criticado: se for aplicado *isoladamente* o raciocínio de que a regra do Acordo de Não Persecução Penal é *unicamente mais benéfica sob o aspecto penal* (desvinculando-a da limitação temporal feita pelo legislador – *fato jamais admitido pela Suprema Corte brasileira até o presente momento*), essa retroatividade penal implica que o art. 28-A do CPP deva incidir, *necessariamente*, sobre todos os processos penais, inclusive com trânsito em julgado. Se houver “escolha” de outro marco de retroatividade que não aquela limitada pelo legislador (o recebimento da denúncia), estaremos – ao menos em nossa compreensão – diante de verdadeiro arbítrio e/ou decisionismo. Não há “meia retroatividade penal” mais benéfica.