

O Acordo de Não Persecução Penal

Marcelo Oliveira da Silva

Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Ex-Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Especialista em direito constitucional pela Faculdade de Coimbra. Doutorando em Direito pela Universidade Estácio de Sá

RESUMO: Este trabalho tem como escopo analisar o acordo de não persecução penal introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela lei n 13.964/19. Pauta-se na investigação dos seguintes problemas: o objetivo da medida despenalizadora, a competência e as nuances sobre o direito intertemporal.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal.

ABSTRACT: This work aims to analyze the agreement of non-prosecution of the criminal procedure introduced in the national legal system by law no. 13,964/19. It is based on the investigation of the following problems: the objective of the decriminalizing measure, the competence and nuances on intertemporal law.

KEYWORDS: Non-Criminal Prosecution Agreement.

1. INTRODUÇÃO

O sistema de justiça criminal tem mantido um expansivo hábito comportamental de gestão empresarial, de controle financeiro e de gestão por custo/benefício, que enfatiza a economia, a eficiência e a efetividade no emprego de recursos, com “indicadores de performance”. Com o tempo, essas novas práticas afetaram não apenas a administração das instituições, mas também a sua missão.

O aspecto mais notável desse novo *ethos* empresarial foi o rápido processo de privatização e de comercialização que tomou

assento na justiça criminal. Funções específicas da justiça criminal estão sendo confiadas paulatinamente a outros setores da administração pública e a entidades privadas, afastando-se, com isso, a soberania Estatal no exercício da atividade constitucional confiada exclusivamente ao Poder Judiciário.

O acolhimento do setor privado na atividade criminal está fadado a gerar consequências desastrosas, na proporção que começa a transformar o perfil do campo do controle, estabelecendo novos interesses e incentivos, criando novas desigualdades de acesso e de provisão e facilitando um processo de expansão penal, que, de outra forma, talvez fosse mais contido.

O sistema de justiça criminal que concebia a sua missão como sendo a salvaguarda do “interesse público” – de maneira amplamente definida pelas próprias organizações – sempre foi mais reativo com o agir para atender suas preferências.

As instituições, por imposições legiferantes e para atender o clamor público ditado pelos veículos de comunicação social, redefiniram sua missão para servir aos “consumidores” privados.

A exemplo de outras organizações do setor público, as burocracias do sistema de justiça criminal foram obrigadas a atender aos interesses dos consumidores individuais, e menos seguras quanto ao que constitui o interesse público.

Não podemos perder de norte, jamais, que o sistema de Justiça Criminal tem como pressuposição a regeneração do criminoso e a sua reinserção social e, por via transversa, atender aos interesses da vítima e da sociedade.

Vale a descrição do princípio básico das Regras de Mandela:

Regra 4 1. “Os objetivos de uma pena de prisão ou de qualquer outra medida restritiva da liberdade são, prioritariamente, proteger a sociedade contra a criminalidade e reduzir a reincidência. Estes objetivos só podem ser alcançados se o período de detenção for utilizado para assegurar, sempre que possível, a reintegração destas pessoas na sociedade após a sua libertação para que possam levar uma vida autossuficiente e de respeito para com as leis. 4 2. Para

esse fim, as administrações prisionais e demais autoridades competentes devem proporcionar educação, formação profissional e trabalho, bem como outras formas de assistência apropriadas e disponíveis, incluindo aquelas de natureza reparadora, moral, espiritual, social, desportiva e de saúde. Estes programas, atividades e serviços devem ser facultados de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos”.

Porém, em face das altas taxas de criminalidade e da sobrecarga de trabalho de todo o sistema de justiça criminal, além do reconhecimento pelo Estado de sua incapacidade em dar conta das questões atreladas à segurança pública, começou-se a limitar as demandas impostas a si por intermédio de vários mecanismos que efetivamente “restringem a criminalização”.

O efeito redutor de acesso ao sistema de justiça criminal é alcançado, seja pela filtragem das ocorrências e dos casos feitos fora do sistema, seja pela diminuição do grau de criminalização e punição de certas condutas.

Essa adaptação estratégica só é possível pela coincidência das preocupações com contenção de gastos com uma percepção criminológica que via a criminalização de pequenos delitos como algo necessariamente estigmatizante e contraproducente.

O emprego de vias alternativas à acusação formal, penalidades fixadas por atos negociais, audiências sumárias para delitos até então submetidos a processo integral, a descriminalização de condutas que antes eram rotineiramente levadas à justiça criminal - todas essas medidas geraram o efeito prático de restringir a criminalização e dotar o sistema de justiça criminal de economicidade, criando uma seletividade para o seu poder punitivo.

Dentre as vias alternativas à acusação formal estão as medidas despenalizadoras e, por via de consequência, o acordo de não persecução de penal.

2. NATUREZA JURÍDICA

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) deve ser considerado como um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização, por ser a medida necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

Não deve ser entendido com um direito subjetivo do suposto autor do fato, mas um benefício legal, sendo certo que o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, desde que presentes os requisitos legais, deverá oferecer a proposta. Porém o Ministério Público detém o poder discricionário de não fazê-lo, desde que motivado o seu posicionamento na análise da necessidade e suficiência do ANPP para reprovação e prevenção do crime.

Restará ao juiz, em seu juízo fiscalizatório da atividade do Ministério Público, encaminhar a manifestação para o crivo final da instância de revisão ministerial.

O STF se posicionou sobre o tema em relação à suspensão condicional do processo: *“Suspensão condicional do processo. Poder-dever do Ministério Público, e não direito subjetivo do réu. Fundamentação idônea para a não suspensão. A suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do réu. (...) Foram apresentados elementos concretos idôneos para motivar a negativa de suspensão condicional do processo. RHC 115.997, rel. min. Cármen Lúcia, j. 12-11-2013, 2ª T, DJE de 20-11-2013. HC 84.935, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 31-5-2005, 2ª T, DJ de 21-10-2005”*.

O STF entendeu ser inadmissível o instituto da transação penal e da suspensão condicional do processo nos crimes com ação penal de iniciativa privada – queixa-crime. Penso que esse posicionamento deva ser mantido para o acordo de não persecução penal pelas mesmas razões apresentadas.

“(...) na linha do que aplicável à suspensão condicional do processo, no sentido de que “prevalece na jurisprudência a impertinência à ação penal privada do instituto da suspensão condicional do processo” (HC 83.412/GO, Primeira Turma, rel. min. Sepúlveda Pertence, julga-

do em 3-8-2004), filio-me ao entendimento de que também não é possível o oferecimento da transação penal pelo representante do Ministério Público, que atua na presente ação penal privada tão somente na condição de *custus legis*. (...) De fato, na ação penal de iniciativa privada “não há suspensão condicional do processo, uma vez que já prevê meios de encerramento da persecução criminal pela renúncia, decadência, reconciliação, perempção, perdão, retratação etc.”, como ensina Damásio de Jesus (*Lei dos juizados especiais criminais anotada*. 11. ed. Saraiva, 2009, p. 119). O mesmo se dá quanto à transação penal, porque não é o querelante detentor do *jus puniendi estatal*. *AP 642*, rel. min. Dias Toffoli, dec. monocrática, j. 23-3-2012, DJE de 28-3-2012”.

Segundo Francisco Dirceu de Barros, trata-se de medida que tem como principal objetivo proporcionar efetividade, elidir a capacidade de burocratização processual, proporcionar despenalização, celeridade na resposta estatal e a satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

A lei n 13.964/19 inseriu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) através da introdução no CPP do art. 28-A, inspirado no *plea bargaining* norte-americano e em institutos europeus semelhantes, salientando, entretanto, diferenças expressivas entre os institutos. O acordo de não persecução penal somente poderá vir a ser realizado anteriormente ao oferecimento da denúncia.

Com essa afirmação, entendo que, na hipótese de desclassificação da imputação delitiva na sentença para um crime passível de concessão do ANPP, sem que tenha ocorrido a confissão quanto ao crime menos grave no interrogatório e sem que haja pedido da defesa nesse sentido, **operar-se-á a preclusão**, devendo o juiz julgar a pretensão punitiva com a fixação da pena ao crime correspondente à desclassificação.

O STF se posicionou nesse sentido em relação ao *sursis* processual: (...) a alegação de errônea capitulação jurídica dada aos fatos, que teria obstado a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo: inércia da defesa em suscitar a ausência da proposta do benefício, que gerou preclusão. A análise do alegado erro na classificação jurídica contida na denúncia depende, no *habeas corpus*, que do equívoco advenha

efetivo prejuízo ao paciente. No caso, o benefício, de qualquer modo, não poderia ser concedido ao paciente: a ausência de proposta de suspensão condicional do processo constitui nulidade relativa que precluiu, à falta de protesto oportuno da defesa. HC 88.156, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 29-8-2006, 1ª T, DJ de 15-9-2006. HC 106.003, rel. min. Ricardo Lewandowski, j. 5-4-2011, 1ª T, DJE de 7-6-2011. RHC 101.358, rel. min. Ellen Gracie, j. 24-8-2010, 2ª T, DJE de 10-9-2010.

O mesmo entendimento ficou explanado nos julgados do Superior Tribunal de Justiça no tocante ao *sursis* processual previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, ao entender que: “o inconformismo com a ausência de propositura do benefício deve ser alegado antes da prolação da sentença condenatória, sob pena de operar-se os efeitos preclusivos. Precedentes.” (AgRg no REsp 1.503.569/MS, j. 04/12/2018)”.

Com o acordo de não persecução penal, estamos diante da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal esculpido pela norma infraconstitucional no do art. 28 do CPP (STF, RE 795.567/PR), nos moldes da transação penal prevista no art. 76 da Lei n 9.099/95, e não uma exceção ao princípio. Portanto, o princípio da obrigatoriedade deve ser interpretado como um verdadeiro poder-dever de agir do Ministério Público, previsto dentre suas funções institucionais no art. 129, inciso I, da Constituição da República, seja com o oferecimento da denúncia (visão clássica e tradicional do processo penal), seja com a celebração de acordos na esfera penal.

O acordo de não persecução penal, na verdade, tem como escopo a aplicação e efetividade dos princípios constitucionais da eficiência (CF art. 37, *caput*); da proporcionalidade (CF, art. 5, LIV); da celeridade (CF, art. 5, LXXVIII) e do acusatório (CF, artigo 129, I, VI E VII).

Nesse diapasão, Barja de Quiroga afirma que o “princípio da oportunidade encontra-se fundado em razões de igualdade, pois corrige as desigualdades do processo de seleção; em razões de eficácia, dado que permite excluir causas carentes de importância que impedem que o sistema penal se ocupe de

assuntos mais graves; e em razões derivadas da atual concepção de pena, já que o princípio da legalidade, entendido em sentido estrito (excludente da oportunidade), somente conjuga uma teoria retributivista da pena”. Além disso, o princípio da oportunidade decorre, também, do princípio da *ultima ratio* - da mínima intervenção.

Anteriormente à edição da Lei n. 13.964/19, o Conselho Nacional do Ministério Público regulamentou, por meio da Resolução n. 181 de 2017, em seu art. 18, o instituto que possibilita ao Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal quando o crime for cominado pela pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa.

Antes de seguir adiante em busca da proposição do texto, vale o parêntese para, na qualidade de juiz titular de um juízo criminal da Comarca da Capital do Rio de Janeiro, estado da federação com índices de criminalidade alarmantes, afirmar que jamais tive a oportunidade de homologar acordo de não persecução penal, talvez pela existência das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.793 e n. 5790, propostas, respectivamente, pelo Conselho Federal da OAB e pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), junto ao STF, ambas da relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, pendente de julgamento do pedido liminar, ou mesmo por conta da existência de preceito constitucional da obrigatoriedade em sua acepção literal em relação à ação penal pelo Ministério Público.

Por consequência, e com base em dados empíricos, mesmo após a edição da Lei n. 13.964/19, acredito que o acordo de não persecução penal se prestará muito mais para teses doutrinárias infundáveis do que como mecanismo de otimização da justiça criminal com a redução da criminalidade e ressocialização do infrator.

São muitas condições exigidas pela norma para a celebração do negócio jurídico pré-processual. A confissão prévia será quase um obstáculo intransponível, pois qual será a garantia para o infrator de que o acordo de não persecução penal será homologado judicialmente? Grandes dificuldades instrumentais

se imporão, principalmente por não haver uma cultura, dentro do sistema de justiça criminal, de operacionalização de acordos extrajudiciais, a fim de evitar a deflagração da ação penal.

Há uma preocupação cada vez mais latente com a vítima e com os sistemas de controle de combate ao crime, em especial pelos veículos de comunicação social, cujas mídias pautam a atuação da justiça criminal com base na sedimentação e valorização da cultura do medo, a explorar midiaticamente o caso concreto, as dores da vítima e de seus familiares, com a exigência de uma resposta à altura, com aplicação de penas de privação da liberdade.

Na defesa do contexto de contenção de gastos dentro de uma percepção criminológica que vê a criminalização de pequenos delitos como algo contraproducente, a conclusão pela necessidade da elaboração de um sistema pautado em acordos civis e transações penais formulados fora do âmbito da justiça criminal é tão amplamente aceita, que há autores, como Rosa e Lopes Junior, que afirmam: *“Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais.*

Nesse sentido, o autor Rodrigo Leite Ferreira Cabral sustenta que: *“O referido acordo pretende dar maior racionalidade ao nosso sistema penal. Ele permite que o Ministério Público e Poder Judiciário possam dispensar maior atenção e celeridade aos crimes mais graves. Por outro lado, possibilita uma resposta muito mais rápida aos crimes de pouca gravidade, o que pode ocorrer, inclusive, poucos dias após o crime. Tal proposta segue o exemplo de países como os Estados Unidos e a Alemanha, em que a maioria esmagadora dos casos penais são resolvidos por meio de acordo.”*

3. REQUISITOS PARA A OFERTA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Os requisitos estão esculpidos no *caput* do art. 28-A do CPP, com redação introduzida pela Lei n 13.964/19. O investigado

deverá ter confessado formal e circunstancialmente a prática da infração penal ao longo da persecução penal e anteriormente ao oferecimento da denúncia, desde que a infração penal tenha sido praticada sem violência ou grave ameaça à pessoa, com pena mínima cominada inferior a 4 anos, considerando-se, para tanto, a incidência das causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto.

A violência empregada na prática da infração penal deve ser contra a pessoa e não contra o bem perseguido, como na hipótese de furto qualificado pela destruição de obstáculo, além de ter sido praticada intencionalmente para atingir o fim colimado com o delito, permitindo, assim, o emprego do instituto no caso de homicídio ou lesão corporal culposa.

O indiciado deverá reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena cominada ao delito, diminuída de 1/3 a 2/3, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-lei n. 2.848/40.

Mesmo que o investigado não tenha confessado ao longo da investigação criminal, seja porque negou, seja porque simplesmente não compareceu ao órgão investigatório, cabe notificação específica pelo Ministério Público, a fim de iniciar a negociação do ANPP, com a indispensável confissão formal e circunstanciada, agora perante o *parquet* (art. 4º da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP 20/20).

Na hipótese de conexão ou continência (art. 76 e art. 77 do CPP), sendo um dos crimes perpetrados com violência ou grave ameaça, e desde que o somatório esteja dentro do patamar imposto por lei, ou seja, com pena mínima inferior a 04 anos, entendo que os crimes devem ser tratados isoladamente e para cada agente individualmente, como previsto para o instituto da prescrição no art. 119 do Código Penal, por ser mais favorável ao infrator.

Porém vale lembrar a jurisprudência do STJ (RHC 84.633/RJ) quando houver conexão ou continência com infração de menor potencial ofensivo, cujo entendimento afasta os benefícios da Lei n 9.099/95, caso a soma das penas máximas ultrapasse 2 anos (art. 61 da aludida lei), mas, não afastará o acordo de não persecução penal, por contemplar a pena mínima inferior a 4 anos.

Por fim, as condições negociadas no acordo de não persecução penal precisam se revelar suficientes e necessárias para re-provação e prevenção do crime.

Trata-se de expressão subjetiva que delimita o poder discricionário de atuação do Ministério Público no exercício da obrigatoriedade da ação penal e demandará, indiscutivelmente, contornos mais explícitos baseados no caso concreto e não na gravidade abstrata em si do delito. Caso o Ministério Público recuse a oferta quando o investigado preenche os requisitos objetivos do *caput* do art. 28-A do CPP, caberá a notificação do infrator para fins de incidência do § 14º do dispositivo legal, com a possibilidade de requerimento da remessa dos autos ao órgão superior ministerial.

Caberá, por fim, ao Poder Judiciário exercer o controle fiscalizatório sobre a atuação do membro do Ministério Público e, em caso de discordância, seja para homologação, seja para o recebimento da denúncia em hipóteses em que caberia o acordo, remeter os autos à apreciação da instância revisora do Ministério Público.

4. INAPLICABILIDADE

Não é cabível o acordo de não persecução penal se for possível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; 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; se tiver sido o agente beneficiado nos 05 anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, e nos crimes praticados no âmbito de violência do-

méstica ou familiar, ou praticados contra mulher por razões da condição de sexo feminino.

Sobre os delitos que envolvam violência de gênero, não é concebível tratar com maior rigor conduta menos gravosa, ao permitir a oferta do acordo de não persecução penal nos crimes de porte ilegal de arma de uso restrito ou proibido, por exemplo, e vedá-la para o crime de ameaça (art. 147 do CP), ainda que praticado no âmbito doméstico ou familiar contra mulher, por razões da condição do gênero feminino.

A vedação afronta a *mens legis* e fere o princípio da razoabilidade, haja vista não ter sido o crime praticado com violência ou ameaça grave. Ao que parece, na hipótese de crime de ameaça ter sido praticado contra a mulher no ambiente familiar por sua condição de gênero feminino, deve prevalecer o entendimento de admissibilidade de oferta do acordo de não persecução penal.

5. COMPETÊNCIA

Na hipótese em que o acordo de não persecução penal venha a ser celebrado no curso do inquérito policial proposto pelo órgão do Ministério Público com atribuição junto às Promotorias de Investigação Penal (PIP), o termo deverá ser remetido ao juízo com competência estipulada para o juiz das garantias, nos termos do art. 3º-B, inciso XVII, acrescido pela Lei n. 13.964/19, caso venha a ser restabelecida a eficácia da norma pelo plenário do STF no curso na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6.298/DF.

O juiz das garantias é o responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais do infrator, cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário.

Assim, até que a eficácia não seja restabelecida, com o reconhecimento da constitucionalidade ou não da lei pelo STF, o termo do acordo deverá ser homologado pelo juízo competente para processo e julgamento da ação penal correspondente.

Já na hipótese de ter sido requerida, no bojo da persecução penal, medida cautelar antecipatória para apuração das cir-

cunстâncias fáticas do delito, ou de indícios de autoria, o juízo competente para a homologação do acordo será aquele que decidiu a medida cautelar. Porém, caso haja o restabelecimento da eficácia do juiz das garantias, será ele o juízo competente. Apenas enquanto se mantiver a suspensão da eficácia da norma, será competente o juízo prevento que decidiu no bojo da medida cautelar.

Já na hipótese de a infração ter sido objeto de lavratura do auto de prisão em flagrante - APF -, a proposta de acordo a ser ofertada pelo Ministério Público deverá se operar no curso da audiência de custódia, na presença do indiciado e de seu defensor, devendo o termo ser homologado pelo juiz que preside a audiência de custódia, nos termos do art. 310 do CPP.

Caberá ao juiz da custódia homologar o acordo, ou não, e aferir a regularidade da proposta, por ser competente para aferição da legalidade e legitimidade da lavratura da prisão flagrancial e para manutenção, ou não, da prisão preventiva do indiciado. Ou seja, a possibilidade da conversão da prisão em flagrante em preventiva passará necessariamente pela impossibilidade de celebração do acordo de não persecução penal.

Não há que se falar em ofensa ao princípio do juiz natural, consagrado no art. 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, cujo preceito constitucional determina que, no processo penal, o julgador a atuar em determinado feito deve ser aquele previamente estipulado por lei ou pela Constituição Federal.

Para confluência da norma processual que estipula a competência do juiz da custódia (art. 310 do CPP), com o preceito constitucional do juiz natural, a fim de estipular o juízo competente para homologação do acordo de não persecução penal na hipótese da sua oblação após a lavratura do auto de prisão em flagrante, devemos levar em consideração a regra de competência da *perpetuatio jurisdictionis*, fazendo com que o juiz natural somente se torne prevento para processo e julgamento da ação penal com o recebimento da denúncia e determinação da citação a fim de constituir a relação processual.

Assim sendo, como o acordo de não persecução penal se opera antes do recebimento da denúncia, nada obsta que o juiz responsável pela audiência de custódia presida a audiência para homologação do acordo de não persecução penal, na presença do Ministério Público, do indiciado e seu defensor.

Além do que, com alicerce no princípio da otimização processual e da efetividade, caberá ao juiz da custódia, que primeiro terá acesso à análise da regularidade e legitimidade da situação flagrancial, presidir a audiência de homologação do acordo de não persecução penal, inclusive para verificar a voluntariedade da confissão formal.

Nada obsta, também, que a autoridade policial, no momento da lavratura do auto de prisão em flagrante, além de conceder ao flagrantado a possibilidade constitucional de permanecer em silêncio, esclarecendo que o seu silêncio não terá o condão de prejudicá-lo, deverá esclarecê-lo que a sua confissão voluntária em crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 04 anos, poderá resultar em acordo de não persecução penal, que, caso seja homologado judicialmente e haja o cumprimento de todas condições entabuladas no negócio jurídico pré-processual, importará na extinção da punibilidade do fato.

6. DIREITO INTERTEMPORAL

Os tratadistas sobre direito intertemporal, CARLOS MAXIMILIANO e ROUBIER, ensinam que toda norma de processo obedece ao princípio geral do efeito imediato.

Segundo a regra inserida no art. 2º, do Código de Processo Penal (Dec.-Lei n.º 3.689, de 3 de outubro de 1.941), está consagrado, no direito brasileiro, o princípio da vigência imediata das leis processuais penais. Se esse é o fundamento legal, a razão ontológica encontra-se no fato de tratar-se de norma de direito público, tanto do direito processual penal, como do direito penal, que não se pode realizar senão através do processo.

Essa razão, entretanto, já dividiu a doutrina e a jurisprudência em posições divergentes, fazendo com que uns sustentem

a irretroatividade da norma processual penal, enquanto outros sustentem sua retroatividade.

Tudo depende da perspectiva com que encaremos o tema. Se a visão for do processo como um conjunto unitário, sem nenhuma dúvida, inclinar-me-ei a considerar que a lei penal que deve ser aplicada e a lei processual que efetivará a realização dessa norma penal aplicável constituem um todo que deve se manter idêntico desde a época do evento definido como delituoso.

Essa perspectiva, conhecida como “sistema da unidade processual”, coloca como referência a data do fato delituoso. Seus seguidores entendem que o processo é algo inseparável, incidível, destinando-se todos os atos processuais à realização do direito penal material e, por isso, deve aplicar-se a lei penal e a lei processual então vigente até o julgamento final.

Dentro dessa perspectiva, o processo deveria regular-se todo pela lei revogada. Em decorrência dessa postura, a aplicação da norma processual nova a um processo em andamento ou a um processo a ser instaurado em virtude de evento ocorrido antes de sua vigência significará aplicação retroativa da lei processual. Nessa linha de raciocínio, o processo deve ser regulado todo pela lei revogada, que gozaria assim de ultratividade até o seu término, sob pena de nulidade.

Porém, se a visão for de que a norma processual penal não tem como destinatário o fato delituoso, mas a relação jurídico-processual, a aplicação da lei processual penal nova pode ser imediata, sem que se possa falar em aplicação retroativa, pois uma coisa é a relação jurídica de direito material penal, que desencadeia um ato punível e que, pelo princípio da reserva legal, tem de estar previamente tipificado, enquanto outra é a relação jurídica processual, objeto de incidência das normas processuais penais. Nessa perspectiva, abrem-se duas possibilidades:

a) A primeira possibilidade parte da consideração de que o processo tem fases distintas e autônomas, hipótese em que se admite a incidência da lei processual nova às fases processuais que se iniciarem sob seu império, regendo-se as anteriores inteiramente pela lei revogada.

ramente pela lei revogada. Trata-se do “sistema das fases processuais”, segundo o qual a lei nova não se aplicaria enquanto não se concluísse a fase em que se encontra o processo que continuará regulado pela lei velha, considerando-se basicamente a fase postulatória, a fase probatória, a fase decisória e a fase recursal.

b) A segunda possibilidade, sem ignorar as fases processuais, considera que o processo constitui-se de uma sucessão de atos legalmente regulados e raciocina com a suposição de que a lei nova deve ser melhor do que a anterior, inclusive ao assegurar com mais eficiência os direitos do acusado. Nesses termos, aplicar-se-á a lei velha ao ato processual em desdobramento, mas a lei nova, aos atos processuais posteriores, independentemente da fase em que se encontrar. Trata-se do “sistema do isolamento dos atos processuais”, segundo o qual não há que se falar nem em retroatividade nem em irretroatividade, mas em aplicação imediata da lei processual penal. Por isso é correto o entendimento de que as leis processuais penais novas têm eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual já definitivamente cumprida dentro do processo nem as situações jurídico-processuais já adquiridas.

São consequências do princípio da aplicação imediata:

a) os atos realizados sob uma lei conservam sua validade e eficácia sob a vigência da lei nova, em decorrência da não retroatividade desta;

b) a imediata aplicação da lei nova impõe que os atos a serem praticados após a sua vigência regulem-se por ela.

Consequentemente, vigente a nova lei processual, aplicar-se-á imediatamente a todos os processos em andamento, bem como aos que se iniciem, sem qualquer preocupação com a data do evento delituoso tratado no respectivo processo, atendendo-se ao princípio *tempus regit actum*, tendo a aplicação imediata como referência não a data do delito, mas a data da prática do ato processual.

Princípio da benignidade ou de garantia.

Para dirimir as dúvidas que possam ser suscitadas quando da vigência de normas processuais novas, costumam-se editar normas

de transição, regulando a aplicação das novas regras. Entretanto, quando não existe disposição sobre o direito transitório, indaga-se se a nova lei processual penal pode ou não ter aplicação retroativa.

A lei processual penal nova, por regular os atos e atividades processuais, tem eficácia atual e futura, não podendo afetar a atividade processual definitivamente cumprida no processo, nem a situação processual já adquirida. Não se ocupa, como sabido, do direito de punir. Todavia, pode criar situações novas ou modificar as situações e condições existentes, de modo a malferir direitos fundamentais do processado.

A partir dessa realidade, formam-se, também, grupos antagônicos. Uns sustentam a aplicação imediata em qualquer circunstância; outros reconhecem que há normas que podem ser gravosas ao processado, passando a investigar o real conteúdo da norma processual. Ao constatar a criação de um *status* mais gravoso para o processado, advoga-se, então, a aplicação *ultra-ativa* da lei velha, por ser mais favorável. Contrariamente, se a lei nova for mais benéfica, aceita-se sua aplicação imediata, embora denominando-a como aplicação retroativa.

A primeira corrente contesta a aplicação, em matéria de lei processual penal, do conceito penal de lei mais branda e favorável ao réu, nas hipóteses de direito intertemporal. Se o acusado está inocente, a lei nova, ao que se presume, deve oferecer-lhe amplas garantias para defender-se cabalmente; se o acusado não é inocente, não se concebe que possa invocar direitos adquiridos contra a sociedade, postulando aplicação de uma lei que lhe permita escapar à repressão.

A segunda corrente, entretanto, advoga a retroatividade da lei processual penal fundamentando-se exatamente no critério penalístico da lei mais benigna. Por isso fala-se de aplicação da lei processual penal nova somente se suas prescrições forem mais favoráveis ao acusado ou à sua defesa. Caso contrário, deve ser aplicada a lei anterior aos processos pendentes ou a iniciar-se por fatos cometidos antes da vigência da nova lei, ou seja, será aplicada a lei nova sempre que a anterior não seja mais benigna.

Por esse princípio da benignidade, compreendido do ponto de vista processual penal, devem ser extraídas algumas situações em que direitos fundamentais do acusado ou prejudiciais à sua defesa sejam maltratados pela lei processual nova. Nesse caso, é recomendável reconhecer a ultratividade, ainda que parcial, da lei derogada, da mesma forma que, se mais benéfica a lei processual penal nova, deve ser aplicada desde logo.

Pensamos que isso tem muito mais a ver com as garantias constitucionais do que propriamente com o direito processual. Aliás, há longo tempo, o saudoso Professor Roberto Lyra ensinava que os preceitos jurídicos que regulam a validade da lei penal no tempo (e também no espaço e em relação às pessoas) regulam-se pelo Direito Constitucional, quando este traça os princípios básicos da nação. Quando a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, XL, diz que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, está estabelecendo o princípio da irretroatividade das leis penais lato senso, abrangendo as normas do direito penal, do direito processual penal e do direito executório penal.

Em princípio, portanto, tanto a lei penal quanto a lei processual penal têm aplicação imediata e não retroativa. Aquela retroagirá, se mais benéfica; esta incidirá de imediato ou ensejará uma parcial ultratividade da lei revogada.

É por isso que não se pode deixar de considerar a inaplicabilidade *in pejus* de normas, ainda que exclusivamente processuais, o que pode ocorrer no campo das normas instrumentais-materiais.

As normas instrumentais-materiais são aquelas que tratam dos direitos, deveres, poderes e obrigações das partes. Quando, de acordo com norma instrumental-material, já há uma situação jurídico-processual constituída, a aplicação imediata da lei nova poderia colidir com a norma constitucional do art. 5º, XXXVI, segundo a qual “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”, admitindo-se, por conseguinte, um agravamento dos direitos fundamentais do processado.

Mauro Capelletti, examinando o tema, prefere reportar-se ao que chama de normas processuais de garantia e normas técnico-processuais, aduzindo que a categoria de normas de garantia não serve a objetivos conceituais, mas a objetivos de grande importância prática, como a sucessão de leis no tempo, a taxatividade ou liberdade dos meios de prova etc.

Não se pode ignorar, por outro lado, a existência de normas processuais que são híbridas ou mistas, por regularem, a um tempo, matéria processual e matéria penal.

Fala-se, por isso, em normas processuais-materiais, ou normas processuais-mistas. As normas processuais-mistas condicionam a efetivação da responsabilidade penal ou colidem diretamente com os direitos do acusado ou do recluso.

Para Taipa de Carvalho, é imperiosa, nesses casos de sucessão de leis processuais penais materiais, a adoção de uma hermenêutica teleológico-material que conduza à aplicação retroativa da lei mais favorável e da irretroatividade da lei desfavorável. Porém não há irretroatividade da lei processual penal, devendo entender-se como tal sua aplicação imediata, pois não se aplica a norma jurídica processual nova a fatos passados nem para anular os efeitos já produzidos, nem para retirar, total ou parcialmente, a eficácia dos efeitos ulteriores derivados desses fatos pretéritos.

Veja-se, por exemplo, a hipótese em que lei nova transforme o delito de ação pública em ação penal privada. É óbvio que, como norma exclusivamente processual, tem incidência imediata para os processos a se iniciarem, sendo irrelevante a época do evento delituoso. Se o processo estiver em andamento, há também aplicação imediata – e não retroativa –, retirando do Ministério Público a legitimidade para prosseguir no processo, salvo como *custos legis*, devendo o ofendido, ou quem o represente, assumir tal posição, submetido, desde então, às regras processuais e penais específicas da ação penal privada, tal como, por exemplo, a perempção.

É natural que nesses casos se edite norma transitória concedendo prazo para que o ofendido assuma a titularidade da

ação. Não se trata de efeito retroativo, pois não há necessidade de oferecer queixa-crime, permanecendo válidos a denúncia e os atos processuais que os seguiram até a vigência da lei nova.

7. SUGESTÕES DE SOLUÇÃO DOS CONFLITOS APARENTES

Normalmente, quando surgem leis processuais penais novas que possam gerar conflitos intertemporais graves, o legislador costuma traçar normas transitórias para regular a aplicação das leis. O exemplo mais marcante encontra-se na Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (decreto-lei n.º 3.931, de 11.12.41).

Hipótese mais recente encontramos na Lei n.º 9.099/95, sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, em especial no que pertine aos seus artigos 88 a 91.

Em princípio, a leitura apressada do artigo 90 da Lei n 9099/95 levaria à conclusão de que as normas do referido diploma legal somente teriam aplicação aos processos cuja instrução ainda não tivesse iniciado. Ocorre, entretanto, que a referida lei tem normas de direito material ou, no mínimo, normas processuais-materiais, ou processuais-mistas, como resulta indubitoso da apreciação do art. 74, parágrafo único (composição civil dos danos), art. 76 (transação), art. 85 (conversão da pena de multa em pena restritiva de direitos), art. 88 (representação nos crimes de lesão corporal leve dolosa e lesão corporal culposa) e art. 91 (representação especial). Consequentemente, são normas que se submetem ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica e da aplicação imediata da nova lei processual.

O art. 90 da Lei n 9.099/1995 determina que as disposições da Lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais 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 CF. Interpretação conforme o art. 90 da Lei n.º 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei. Nesse sentido, a ADIN n.º 1.719, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 18-6-2007, P, DJ de 3-8-2007.

O saudoso Professor José Frederico Marques, ao examinar como se há de proceder em casos semelhantes, depois de consignar que já sustentara “que as leis e os textos sobre a ação penal têm caráter processual e, portanto, não há falar em normas que beneficiam o réu, *lois plus douce*, que devam retroagir em prol do acusado ou do indiciado”, reconsiderou sua convicção.

Pode ser trazido à colação, a fim de ajudar na questão de direito intertemporal a envolver o acordo de não persecução penal, o que se sedimentou em torno do artigo 366 do Código de Processo Penal, com a nova redação que lhe deu a Lei n.º 9.271, de 17 de junho de 1996.

Trata-se de regra de caráter misto, com um comando processual – suspensão do processo – e um comando de evidente natureza penal – suspensão do prazo da prescrição da pretensão punitiva.

Para uns, é impossível a cisão, separando o que se refere à norma processual e à norma penal, pois trata-se de um todo orgânico constituído por regra de direito penal (suspensão da prescrição), mais gravosa para o réu, e por isso submetendo-se ao princípio da irretroatividade, e regra de direito processual penal (suspensão do processo), indissociáveis e, portanto, sendo inaplicável, no seu todo, senão aos fatos delituosos posteriores à data da vigência da lei nova, em 17.06.1996.

Para outros, aplica-se desde logo a regra da suspensão do processo no caso de não atendimento à citação inicial. Consequentemente, os processos que se encontram em andamento, seja em que fase for, em que o réu foi citado por edital e não compareceu ao interrogatório nem constituiu defensor, devem ser suspensos, mas a suspensão do prazo da prescrição da pretensão punitiva só deve atingir os fatos incriminados posteriores a 17.06.1996, sob pena de ofensa ao artigo 5º, XL, da Constituição Federal de 1988.

Ante a explicitação dos posicionamentos doutrinários, vale a transcrição de julgados que sedimentam a indissociabilidade da lei que alterou o art. 366 do CPP.

Impossibilidade de aplicação fracionada do art. 366 do CPP, na redação dada pela Lei 9.271/1996, pois, muito embora o dispositivo tenha, também, conteúdo processual, sobressai a sua feição de direito penal material. Além disso, por se tratar de dispositivo que, em geral, agrava a situação dos réus, não pode ser aplicado retroativamente à edição da lei nova. HC 92.615, rel. min. Menezes Direito, j. 13-11-2007, 1ª T, DJE de 14-12-2007. RHC 105.730, rel. min. Teori Zavascki, j. 22-4-2014, 2ª T, DJE de 8-5-2014.

Citação por edital e revelia. Lei nº 9.271/1996: aplicação no tempo. Firme, na jurisprudência do Tribunal, que a suspensão do processo e a suspensão do curso da prescrição são incindíveis no contexto do novo art. 366 do CPP (cf. Lei 9.271/1996), de tal modo que a impossibilidade de aplicar-se retroativamente a relativa à prescrição, por seu caráter penal, impede a aplicação imediata da outra, malgrado o seu caráter processual, aos feitos em curso quando do advento da lei nova. [HC 83.864, rel. min. Sepúlveda Pertence, j. 20-4-2004, 1ª T, DJ de 21-5-2004.

Partindo de tais premissas, é fundamental reconhecer a natureza híbrida ou mista da lei n. 13.964/2019 ao introduzir o instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico, considerando que seu eventual cumprimento implica na extinção da punibilidade (§ 13º) e, *ipso facto*, deve prevalecer sua característica penal (STF, RHC 115.563/MT), com a obrigatória retroatividade para beneficiar o réu (5º, XL, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Porém somente para atingir os fatos ilícitos que tenham ocorrido antes da vigência da lei, e quando ainda não tenha sido recebida a peça deflagradora da ação penal (caráter proeminentemente instrumental).

A retroatividade da norma não pode afetar ato jurídico perfeito. A congruência dos preceitos fundamentais permitirá que a lei processual retroaja para atingir fatos delituosos anteriores à vigência da lei, porém, desde que não tenha havido o recebimento da denúncia com a deflagração da ação penal.

Apesar de não ter qualquer efeito vinculativo, pode servir de norte o enunciado n.º 20 do CNPG – Conselho Nacional de Procuradores Gerais – ao proclamar que o ANPP abarca as investigações e os processos em curso até o recebimento da denúncia, mesmo que o fato ilícito imputado ao denunciado seja anterior à vigência da lei.

A *mens legis* da regra contida no art. 28-A do CPP, ao prescrever a expressão “investigado”, deixa clara a possibilidade de oferta do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público tão somente até o recebimento da denúncia, admitindo-se a retroatividade da lei para abarcar fatos ilícitos ocorridos antes da sua vigência, desde que não recebida a denúncia, pois, a partir de então, com a constituição da relação processual, o autor do fato ganha o *status* de acusado, e não de investigado, como expressamente previsto na norma.

Pode-se concluir, então, que o termo final para proposta do acordo de não persecução penal será sempre o recebimento da denúncia, mesmo diante de fatos ilícitos ocorridos antes da vigência da lei, como forma de apaziguar o conflito aparente de direito intertemporal perante um norma híbrida de caráter penal e processual, inclusive para atender aos preceitos constitucionais da retroatividade da lei penal mais benigna e da necessidade de se observar o ato jurídico perfeito e acabado.

Caberá ao juiz velar pela observância do poder-dever do Ministério Público de ofertar a proposta de não persecução penal aos fatos pretéritos à vigência da lei, desde que ainda não recebida a denúncia (*tempus regit actum*), além, é claro, das hipóteses pertinentes a fatos criminosos ocorridos após a vigência da Lei n.º 13.964/19.

Esse é o entendimento explanado no art. 1º e parágrafo único da Resolução Conjunta GPGJ/CGMP/RJ N.º 20, de 23 de janeiro de 2020, ao disciplinar que:

“Art. 1º - Ao receber o inquérito policial, o auto de prisão em flagrante ou outro procedimento investigatório, bem como quaisquer peças de informação, não sendo caso de arquivamento, o membro do Ministério Público verificará se estão

presentes os requisitos objetivos e subjetivos para proposição do acordo de não persecução penal previsto na lei n° 13.964/19.

Parágrafo único – O acordo de não persecução penal poderá ser celebrado até o recebimento da denúncia, inclusive para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n° 13.964/19, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

8. CONCLUSÃO

Os males da pena de prisão têm sido ressaltados pela doutrina com tal constância e uniformidade, que nos permite dizer, hoje em dia, que é praticamente unânime a conclusão de que a cadeia fracassou como meio de reforma do delinquente. O que se apregoa, ao contrário, é a sua nefasta influência na vida do preso, como verdadeira escola de criminosos.

Em relatório apresentado ao Colóquio de Belágio, no longínquo ano de 1975, J. E. Williams, falando em nome da Sociedade Internacional de Criminologia, disse que, em lugar de exigir a reforma das prisões, a questão é saber se a prisão pode reformar o infrator e se efetivamente o faz.

Todo o possível deve ser feito para evitar que os presos sejam realmente submetidos a um dano e piorem pela experiência de estarem encarcerados. A prisão falhou em seus objetivos, de modo que o acordo de não persecução penal, por todas as razões correccionais, deve ser incrementado para que se preste como instrumento de reprovação e prevenção do crime e, principalmente, como meio alternativo à prisão para a ressocialização do criminoso.

9. REFERÊNCIAS

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. Tratado de Derecho Procesal Penal. Vol. I, 6ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2014.

BINDER, Alberto. Fundamentos para a Reforma da Justiça Penal. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

CAPELLETTI, Mauro, La Natura Delle Norme Sulle Prove, in Scritti dedicati ad Alessandro Roseli, Milano, Giuffré, 1971.

CUNHA, J.S. Fagundes, O art. 366 do CPP e o Decreto n 678/92, Internet, JFRN.

CUNHA, Rogério Sanches; Souza, Renee do Ó; Barros, Francisco Dirceu; Cabral, Rodrigo Leite Ferreira, Acordo de não persecução Penal. Ed Juspodivm, 2018.

GARLAND, David. A Cultura do Controle. Crime e ordem social na sociedade contemporânea. Ed. Revan.

GOMES, Luiz Flávio, Suspensão Condicional do Processo Penal, RT, 1995.

GRECO F.º, Vicente, Manual de Processo Penal, Saraiva, 1991.

GRINOVER, Ada P. et alli, Juizados Especiais Criminais, RT, 1996.

HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, v. I, RJ, Forense, 1949.

LYRA, Roberto, Compêndio de Direito Penal, RJ, 1936.

MARQUES, José Frederico, Tratado de Direito Processual Penal, São Paulo, Saraiva, 1980, vol. I.

MARTINS BATISTA, Weber e Fux, Luiz, Juizados Especiais Cíveis e Criminais e Suspensão Condicional do Processo Penal, Forense, 1996.

MAXIMILIANO, Carlos, Direito Intertemporal ou Teoria da Retroatividade da Lei, 1946.

MIRABETI, Júlio Fabrini, Processo Penal, 2ª ed., S. Paulo, Atlas, 1993.

ROUBIER, Paul, Les Conflits de Lois Dans le Temps, V. 2 1933.

SANCHES, Rogério. Acordo de Não Persecução Penal, 3ª Edição, 2020.

TOLEDO, Francisco de Assis, Princípios Básicos de Direito Penal, 4ª ed., SP. Saraiva, 1991.

TORNAGHI, Hélio, Instituições de Processo Penal, Forense, v. I, 1959, 1ª ed. 2º ed., Saraiva, v. I, 1977.

TOURINHO F.º, Fernando da Costa, Processo Penal, Saraiva, 12ª ed., v. I, 1990.

<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/a-norma-processual-e-a-sucessao-de-leis-no-tempo/> Corrêa, Gilberto Niederauer, Desembargador do TJRS, aposentado, Livre Docente e Professor da ESMRS.

https://www.conjur.com.br/Marcos_Paulo_de_Souza_Miranda, promotor de Justiça. Especialista em Direito Ambiental, professor de Direito do Patrimônio Cultural da Fundação Escola Superior do Ministério Público de Minas Gerais.

https://www.migalhas.com.br/depeso/320078/primeiras-impressoes-sobre-o-acordo-de-nao-persecucao-penal/Sauvei_Lai, Promotor de Justiça do MP/RJ, pós-graduado, professor de processo penal da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Associação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro (AMPERJ) e membro do grupo de trabalho da sub-relatoria revisora do projeto do novo Código de Processo Penal (CPP).

<https://www.conjur.com.br/2018-nov-30/hermes-morais-acordo-nao-persecucao-penal-constitucional>.

https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-Cnmp/Rodrigo_Leite_Ferreira_Cabral, texto extraído da rede social, doutor em Direito Penal pela Universidade Pablo de Olavide, promotor de Justiça do MP-PR. Presidiu o grupo de estudos e pesquisa da Corregedoria Nacional do Ministério Público, que apresentou a proposta que redundou na edição da Resolução 181/2017-CNMP.