

Linhares Júnior: Efêmeras digressões sobre o ANPP — Parte 1

27/09/2020

Há pouco tempo, exsurgiu a Lei nº 13.964, de 24/12/2019, que recebeu o epíteto de lei/pacote "anticrime", promovendo significativas modificações no espectro jurídico, sobretudo na esfera processual penal, na execução da pena, bem como implicou a majoração de reprimendas para alguns tipos penais e a exigência de representação da vítima ou de seu representante, em algumas situações, para o delito de estelionato. Entre as múltiplas alterações, sobressaem-se a criação do juiz das garantias, a reafirmação e o robustecimento do sistema acusatório no processo penal, consagrado no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal, a regulação da cadeia de custódia, a reestruturação da colaboração premiada, o revigoramento do julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição e instituiu, por meio de lei em sentido estrito, o acordo de não persecução penal (ANPP), que antes estava asilado em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, razão pela qual muito se contestava a sua constitucionalidade formal.



Carrada desse noviço diploma legislativo — juiz das

garantias, novas regras para o arquivamento de inquérito policial, a proibição do magistrado decidir em processo no qual acessou provas inadmissíveis, o relaxamento das prisões, caso não ocorra a audiência de custódia em até 24 horas — encontra-se suspensa, *sine die*, pelo Supremo Tribunal Federal, por força da medida cautelar efundida em quatro ações diretas de inconstitucionalidade — ADIs nºs 6.298, 6.299, 6.300 e nº 6.305 — que foram agrupadas, todas sob a relatoria do ministro Luiz Fux.

A Corte Suprema manteve, *in totum*, a parte da Lei nº 13.964 que rege o acordo de não persecução penal, acrescentado no artigo 28-A do Código de Processo Penal, que passou a prescrever que, 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 quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I — reparar o dano ou restituir a

coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II — renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III — prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do Código Penal; IV — pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do artigo 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V — cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

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

À sua hora, a Lei nº 13964/2019 ainda explicitou que o ANPP será formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor e deverá contar com a homologação judicial, que ocorrerá após o juiz averiguar a voluntariedade e legalidade do "negócio jurídico".

Cumprir registrar que, diante dos parcimoniosos lindes deste artigo, não se tem a veleidade de exaurimento do ANPP, convindo apenas abordar os limites de sua abrangência no tempo, a missão do juiz ao apreciar a homologação e os eloquentes trunfos ínsitos ao presente instituto.

Nessa ordem de ideias, afigura-se imprescindível versar sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) aos processos com denúncia já recebida. O tema é percutiente e controverso, estando ainda em aberto na jurisprudência pátria, até porque se cuida de instituto incipiente, neófito no nosso ordenamento jurídico.

Importa notar, no concernente a este tópico, que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais (CNPJ) editou o Enunciado nº 20, estabelecendo que não se revela viável o aludido acordo aos processos que contenham ação penal recebida.

Com efeito, não se pode negar que a própria Lei nº 13.964/2019 preceitua que a avença cabe apenas para o *investigado*, *ex vi* da coeva dicção incrustada no artigo 28-A do CPP. Deveras, o Congresso Nacional restringiu, deliberadamente, durante a tramitação do projeto de lei, a aplicação do ANPP aos processos em andamento, entretanto, ao fazê-lo, contrastou, de modo hialino, com cláusula pétrea abrigada no artigo 5º, inciso XL, da Carta Política, com o artigo 9º, *in fine*, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e com o artigo 15, nº1, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, isto é, vulnerou o princípio que assegura a retroação da lei penal mais benevolente ao increpado.

Ora, basta rememorar que o Supremo Tribunal Federal consagrou, por ocasião da vinda a lume da Lei nº 9.271/1996, que alterou a redação do artigo 366 do CPP, o posicionamento de que a norma penal com apanágio híbrido, ou seja, aquela que ostenta disposições processuais e substantivas, é balizada pelo seu conteúdo material, vale dizer, prepondera, para o escopo de aplicação dela a fatos pretéritos ou não, saber se o bojo penal da lei é mais vantajoso ao acusado. Caso se lobrigue *novatio legis in melius*, ela recairá, em sua totalidade, sobre os fatos que lhe são anteriores, alcançando os feitos em andamento. Portanto, segundo o Excelso Pretório, a norma mista é incindível, de sorte que não se admite a aplicabilidade de apenas uma parte dela (HC 83864, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, julgado em 20/04/2004 e RHC 105730, Relator: Minº Teori Zavascki, 2ª Turma, julgado em 22/4/2014, entre outros).

No caso, é imperioso realçar que o artigo 28-A, §13, do CPP explicitou que o cumprimento integral do acordo de não persecução penal redunda na extinção da punibilidade do agente. Nessa toada, tem-se, iniludivelmente, instituto de direito material (causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado), cujo cerne emerge evidentemente mais benéfico ao acusado e, por esse escólio, retroage, consoante rezam o artigo 5º, inciso XL, da Carta Magna e os referidos pactos internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil é signatário. Exatamente nesse eito, na parte que toca, o STF sinalizou, no aresto do IP nº 1.055QO/AM, relator ministro Celso de Mello, julgado em 24/4/1996, Pleno.

Convém ressaltar que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal adotou tal concepção no Enunciado nº 98, *verbis*:

"É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do artigo 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão" (sem grifos no original).

Bem é de ver-se que, a despeito da celeuma instalada sobre tal ponto, os precedentes do Supremo Tribunal Federal hão de ser naturalmente contemplados e respeitados para o deslinde da questão, mesmo porque o artigo 926 do Código de Processo Civil vindica a coerência e a integridade, exatamente para valorizar, com a primeira, a igualdade de apreciação do caso e de tratamento, ao passo que a segunda *"é duplamente composta, conforme Dworkin: um princípio legislativo, que pede aos legisladores que tentem tornar o conjunto de leis moralmente coerente, e um princípio jurisdicional, que demanda que a lei, tanto quanto possível, seja vista como coerente nesse sentido. A integridade exige que os juízes construam seus argumentos de forma integrada ao conjunto do Direito, constituindo uma garantia contra arbitrariedades interpretativas"* e legiferantes (Streck, Lenio Luiz. "Jurisdição, fundamentação e dever de coerência e integridade no novo CPC", **ConJur**).

É cogente que o legislador mantenha a coerência e a integridade dos dispositivos que elabora. Não foi, contudo, o que sucedeu ao limitar-se o ANPP apenas para os *indiciados*, excluindo-se indevidamente os acusados. O *discrímen* assoma flagrantemente desmesurado e não encontra adinículo sequer liliputiano, porquanto dois pilares comezinhos da hermenêutica esboroam o nó górdio: *ubi eadem ratio ibi idem jus* (onde houver o mesmo fundamento haverá o mesmo direito) e *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio* (onde há a mesma razão de ser, deve prevalecer a mesma razão de decidir).

Dentro desse cenário, suasório burilar que a Corte Constitucional assentou, por ocasião da Lei nº 9.099/1995 — que inaugurou no sistema jurídico vernáculo o *plea bargain*, através da transação penal e da suspensão condicional do processo — que tais institutos, por preverem a extinção da punibilidade dos réus, configuravam *lex mitior* e deveriam retroagir, segundo acórdão exarado pelo Pleno do STF, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.719, julgada em 18/6/2007, conferindo interpretação conforme ao artigo 90 do referido diploma legiferante, que dava ensanchas a uma vertente exegética que impedia a aplicação da lei do juizado aos processos penais com instrução já principiada.

O reportado tribunal reputou que tal previsão deveria ser interpretada em congruência com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica e que, dessa forma, dever-se-ia excluir, sem redução de texto, com eficácia *ex tunc*, da norma constante no artigo 90 da Lei nº 9099/1995, o sentido que impeça a aplicação de normas de direito penal, com conteúdo mais favorável ao imputado, aos processos com instrução já iniciada à época da vigência desse Diploma Legislativo. Está-se, nessa contextura, diante de vicissitude assaz similar, no imanente ao cabimento do ANPP aos processos em trâmite, e cujo desfecho há de ser idêntico, para que o sistema seja genuinamente íntegro e coerente.

Um desenho prodrômico dessa compreensão está propagando-se na 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que expressou a retroação do ANPP para englobar os processos em andamento. Confira:

"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 (artigo 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 (artigo 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 artigo 28-A do CPP" (introduzido pelo pacote "anticrime" - Lei nº 13.964/2019) — AgRg no HC 575395 / RN, Relator Ministro Nefi Cordeiro, Órgão Julgador T6 — 6ª Turma, Data do Julgamento: 8/09/2020. Data da Publicação/Fonte DJe: 14/9/2020.*

Crê-se, sob essa jôeira, que a restrição da proposta do acordo de não persecução penal aos processos com denúncia já recebida deve ser prontamente repelida, uma vez que conflita com o princípio da retroatividade da lei penal mais auspiciosa ao réu. A solução está no citado precedente da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.719 — STF, Pleno.

Identicamente, sob o prisma do controle de convencionalidade, a posição não destoa, pois a Corte Interamericana de Direitos Humanos, intérprete derradeira do Pacto de São José da Costa Rica, expendeu acroase, no *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguai*, 2004, com supedâneo na parte final do artigo 9º da Convenção, a respeito do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica ao acusado:

"Dicha norma debe interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta el objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana, así como mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

*En este sentido, **debe interpretarse como ley penal más favorable tanto a aquella que establece una pena menor respecto de los delitos, como a la que comprende a las leyes que desincriminan una conducta anteriormente considerada como delito, crean una nueva causa de justificación, de inculpabilidad, y de impedimento a la operatividad de una penalidad, entre otras. Dichos supuestos no constituyen una enumeración taxativa de los casos que merecen la aplicación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable.*** (sem grifos no original)

Continua na Parte 2

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-set-27/linhares-junior-efemeras-digressoes-anpp-parte/>