

ANPP E A INTERPRETAÇÃO DE NORMAS PROCESSUAIS DE CONTEÚDO MATERIAL NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

NON- PROSECUTION AGREEMENT AND THE SUPERIOR COURTS' CASE LAW ON PROCEDURAL
RULES OF MATERIAL CONTENT

Bruno Viana de Araujo

Graduado em Direito pela UERJ. Bolsista de iniciação científica pelo Laboratório de Ciências Criminais do IBCCRIM/RJ. Membro dos Grupos de Estudos Avançados do IBCCRIM/RJ em Erro Judiciário e Direito Penal Econômico. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8976737556902532>

ORCID: 0000-0003-1631-9297

bruno@sidiandrade.com.br

Gabriel Bustamante Pires Leal

Graduado em Direito pela PUC/RJ. Pós-graduando em Direito Penal e Criminologia pelo ICPC. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1948016684571918>

ORCID: 0000-0003-3586-0396

gabrielbustamante@martaleao.adv.br

Resumo: O acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido no ordenamento jurídico pátrio pela assim chamada Lei Anticrime (lei 13.964/2019), tem suscitado intensos debates tanto na doutrina quanto na jurisprudência. Neste artigo, abordamos a possibilidade de o Ministério Público propor o ANPP em processos já em curso, diante da tensão entre o princípio da legalidade penal e o princípio do *tempus regit actum*. Fazemos uma breve análise de como os Tribunais Superiores vêm julgando casos envolvendo esse tema, rememoramos o debate em torno da ADI 1.719, sobre a inconstitucionalidade do artigo 90 da lei 9.099/95, e sustentamos que o oferecimento do ANPP em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei 13.967/2019 é possível, considerando o conteúdo material da norma contida no novo artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Palavras-chaves: Acordo de não persecução penal (ANPP) - Justiça Negocial - Direito Intertemporal - Legalidade Penal.

Abstract: The so-called Non-Persecution Agreement, inserted in the Brazilian Criminal Procedure Code by Law 13.964/2019 (Anticrime Act), has raised a number of discussions in case-law and legal writings. This paper seeks to respond if a plea bargain can be reached in ongoing cases, in light of the tension between legal principles of *novatio legis in melius* and *tempus regit actum*. We briefly analyse how Brazilian Superior Court of Justice and the Supreme Court have been addressing this issue, then recall the debate over an unconstitutionality lawsuit ruled by the Supreme Court in 1997 (ADI 1.719) to claim that the ANPP can be reached in ongoing cases, given the substantial legal nature of the procedural rule laid down in article 28-A of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Negotiating Criminal Justice - Retroactivity - Penal Law - Procedural Law.

Introdução

No segundo mês do governo Bolsonaro, o então Ministro Sergio Moro apresentou o mal-ajambrado Pacote Anticrime, que visava a modificar pelo menos catorze diplomas legais, incluindo dispositivos do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Segundo o ex-juiz e ex-ministro, o objetivo do embrulho seria o de aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção e, diante das diversas críticas, redarguiu dizendo que a iniciativa visava a "produzir efeitos práticos, e não a agradar professores de Direito Penal".¹ O IBCCRIM foi uma das diversas instituições da sociedade civil que reagiu, não só à infeliz declaração do Ministro Moro, mas também à sua iniciativa, dedicando pelo menos duas edições deste Boletim para discutir os projetos de lei apresentados pelo governo e outras duas para analisar o que fora aprovado sob a rubrica da Lei Anticrime.²

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi objeto de perucientes análises, destacando-se aquelas que questionam a sua constitucionalidade e a compatibilidade com o Direito brasileiro.

Assim, **Jacinto Coutinho** alerta para o risco de sistemacídio na introdução desse *plea bargaining* à brasileira (COUTINHO, 2019) e **Renato de Paula** relembra o debate em torno dos transplantes e traduções jurídicas para destacar o exotismo da proposta de Moro (DE PAULA, 2020). Outro tópico que vem suscitando interessantes reflexões é a possibilidade de o Ministério Público propor o acordo no curso do processo (FARACO NETO; LOPES, 2020). Seguindo essa trilha, diante da orientação jurisprudencial adotada pelo Superior Tribunal de Justiça e da decisão do Min. Gilmar Mendes de assentar "um precedente representativo sobre o tema", remetendo o *Habeas Corpus* 185.913/DF ao Plenário da Suprema Corte (BRASIL, 2020a), pretendemos trazer algumas reflexões sobre o tema, à luz das regras de Direito Intertemporal e da jurisprudência do próprio STF.

Acordo de não persecução penal e normas processuais de conteúdo material

A possibilidade de o Ministério Público propor o ANPP em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei 13.964/2019 –

seja naqueles em que a denúncia foi recebida, mas ainda não há sentença condenatória, seja naqueles que já se encontram em fase recursal – é uma controvérsia premente tanto na doutrina quanto na jurisprudência. De um lado, sustenta-se a sua impossibilidade, tendo em vista a regra geral do Direito Processual Penal expressa no princípio do *tempus regit actum*. Por outro lado, o fato de o ANPP poder levar à extinção da punibilidade revelaria o conteúdo material da norma, fazendo incidir, portanto, a garantia da retroatividade da lei penal mais benéfica (*lex mitior*).

O Professor **Gustavo Badaró** define as normas processuais mistas ou de conteúdo material como “aquelas que, embora sejam formalmente processuais, substancialmente têm conteúdo material, por disciplinar a pretensão punitiva” (BADARÓ, 2018, p. 29). Nessa linha, **Aury Lopes Jr.** e **Higyna Josita** entendem que “[a]o criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal” (LOPES JR; JOSITA, 2020).

No mesmo sentido, mas valendo-se de outro fundamento, **Alexandre Moraes da Rosa**, **Luisa Walter da Rosa** e **André Bermudez** compreendem que a aplicabilidade do acordo de não persecução penal em ações penais em curso deriva da natureza mista da própria Lei 13.964/2019, que introduziu ao ordenamento jurídico diversas normas penais e processuais penais, dentre elas, o acordo de não persecução penal (ROSA; ROSA; BERMUDEZ, 2021, p. 83-84).

Entretanto, embora parte da doutrina pareça convergir para o entendimento de que o ANPP pode ser celebrado mesmo com réus que respondem a processos penais já em curso, ou que já tenham sido condenados em primeira instância, considerando o conteúdo material da norma contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal, essa interpretação não reverbera com tanta intensidade nos Tribunais Superiores.

A divergência jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça e a afetação do habeas corpus 185.913/DF ao plenário do Supremo Tribunal Federal

Como dito anteriormente, a discussão em torno da aplicação retroativa do novel artigo 28-A do Código de Processo Penal está na ordem do dia no STF, uma vez que, conforme destacou o Min. Gilmar Mendes na decisão em que determinou a afetação do *Habeas Corpus* 185.913/DF ao Plenário da Corte, (i) a retroatividade de normas processuais com conteúdo material é uma questão de interesse constitucional, considerando a garantia fundamental insculpida no artigo 5º, XL, da Constituição,³ e que (ii) “a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal a processos em curso tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e conseqüente retroatividade mais benéfica”.

Nessa decisão, o Ministro Relator constatou que a divergência jurisprudencial se materializava, especialmente, no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que a 5ª Turma havia assentado o entendimento de que “não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica” (BRASIL, 2020b), ao passo que a 6ª Turma entendia que o acordo de não persecução penal enquanto “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)” (BRASIL, 2020c).

Entretanto, no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* 628647/SC, em março de 2021, a 6ª Turma formou maioria (3x2) para alterar esse entendimento, assentando a tese de que, diante da essência do instituto (pré-processual), deve-se limitar a aplicação do acordo de não persecução penal para um momento anterior à deflagração da ação penal.

Nesse sentido, a Min. Laurita Vaz argumentou que:

por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu, o que não se discute, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios do *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal mais benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência.⁴

Seguindo essa linha, o Min. Rogerio Schietti Cruz complementou que, embora o ANPP

enseja algum reflexo na pretensão punitiva estatal, o que acaba por sofrer restrição, o que lhe renderia um conteúdo de alguma forma também material, não há como descurar que a sua essência é nitidamente processual, com vistas a obstar de forma negociada a *persecutio criminis in judicio*.⁵

Ele conclui ainda que “o ANPP não foi feito para especialmente beneficiar ao réu, como se daria no caso de uma norma redutora da punibilidade ou concessiva de benefício penal ou condicionante da ação penal, mas para beneficiar a justiça criminal!”.⁶

Essa nova orientação se alinha com a jurisprudência do STF de relativização do princípio da legalidade (em qualquer das suas ramificações),⁷ como: (i) a “criminalização” da homofobia (BRASIL, 2019); (ii) a irretroatividade do § 5º do art. 171 do Código Penal, que prevê a necessidade de representação para deflagração da ação penal pública (BRASIL, 2020d); e (iii) a interrupção da prescrição pelo acórdão de 2º grau que confirma a condenação (BRASIL, 2020e).

Nessa esteira, em novembro de 2020, a 1ª Turma do STF, por unanimidade de votos, entendeu que o ANPP seria aplicável a fatos ocorridos antes da lei 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. No voto condutor, o Min. Barroso asseverou que uma

primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena – fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado.⁸

De todo modo, convém destacar que o próprio representante do MPF, em atuação no STF, se manifestou no sentido de que é cabível o ANPP nos casos em que ainda não transitaram em julgado, fazendo, inclusive, um paralelo com o que fora decidido pelo STF a respeito da retroatividade da suspensão condicional do processo em ações penais que foram deflagradas antes da promulgação da Lei 9.099/95.⁹

A ação Direta de Inconstitucionalidade 1.719

Em novembro de 1997, o Conselho Federal da OAB ajuizou ação direta, com pedido liminar, suscitando a inconstitucionalidade do artigo 90 da lei 9.099/95, que estabelece que as disposições na aludida lei “não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada” (BRASIL, 1997) por ofensa ao princípio da legalidade, em particular ao corolário da retroatividade da lei penal mais benigna. Na oportunidade, postulou-se a declaração de inconstitucionalidade da norma contida no referido dispositivo legal ou, pelo menos, que se declarasse, em interpretação conforme a Constituição, que seu comando não incidisse quando se estivesse diante de normas de conteúdo penal.

Na inicial da ADI, a entidade autora faz alusão ao voto do Min. Celso de Mello proferido nos autos do inquérito 1055, que já havia firmado o entendimento de que:

as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que se impõe a *lex mitior* uma insuperável carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.¹⁰

A questão foi submetida ao plenário da Corte, que deferiu, por votação unânime, o pedido liminar, nos termos do voto do Min. Moreira Alves. Na oportunidade, o relator entendeu que

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 26.09.95, 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 (art. 5º, XL, da Carta Magna).¹¹

Acrescentou ainda que,

tendo em vista a alegação, que é correta, de que ainda há decisões judiciais em contrário, pondo em risco a liberdade dos beneficiados por essa Lei [9.099/95], caracteriza-se, pelo menos, a conveniência de se dar, em medida liminar, ao dispositivo ora impugnado interpretação conforme a Constituição, certo como é que, no tocante às normas exclusivamente processuais contidas na Lei em causa, esta se aplica de imediato, não havendo, portanto, inconstitucionalidade.

Aproximadamente dez anos depois, em junho de 2007, o STF confirmou a liminar concedida, julgando parcialmente procedente a ação para dar ao dispositivo legal em questão interpretação conforme a Constituição.¹²

De todo modo, ainda em novembro de 1995, **Ada Pellegrini Grinover** e **Antônio Sérgio de Moraes Pitombo** enfrentaram essa questão neste periódico. Para a Professora **Ada**, os dispositivos legais da lei 9.099/95 que contêm normas despenalizadoras são normas de caráter predominantemente penal (GRINOVER, 1995). Por outro lado, **Pitombo** pondera que essas normas são, no mínimo, normas processuais materiais, que se submetem, portanto, ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (PITOMBO, 1995).

No mais, parece-nos relevante pontuar a importância do julgamento da ADI 1.719 para o debate ora apresentado, na medida em que os fundamentos que alicerçaram a decisão unânime dos ministros da Suprema Corte no referido caso são os mesmos que serão analisados quando do julgamento do *Habeas Corpus* 185.913/DF. De fato, o fundamento para que se reconhecesse o conteúdo material das aludidas normas da lei 9.099/95 é de que elas, assim como o ANPP, podem levar à extinção da punibilidade.

Soma-se a isso o fato de que as medidas despenalizadoras da lei 9.099/95, em especial a transação penal, possuem a mesma *ratio juris* do ANPP, no sentido de que visam, pelo menos do ponto de vista do discurso oficial, a racionalizar o sistema de justiça criminal, oferecendo respostas mais rápidas e eficientes aos comportamentos socialmente negativos, e poupam o imputado das cerimônias degradantes típicas do processo penal.

Por fim, curioso observar que não constam na ata do julgamento da ADI 1.719, tampouco no acórdão ou no voto do relator, ponderações de cariz eficientista que, em última análise, buscam adequar garantias fundamentais à burocracia estatal e não o contrário. Tais ponderações, entretanto, e ao que tudo indica, ocuparão papel central no debate sobre a possibilidade de celebração do ANPP em ações penais em curso, dadas as orientações acima reproduzidas. Em outras palavras, não surpreenderia que a falsa dicotomia entre eficiência do sistema de justiça criminal e garantias fundamentais esteja presente no debate da Suprema Corte acerca da aplicação retroativa do ANPP.

Considerações finais

Em que pesem todas as merecidas críticas que devem ser feitas à Lei Anticrime em geral e ao acordo de não persecução penal em particular, fato é que, em situações excepcionais – notadamente em processos penais instaurados antes do início da vigência da lei –, tal solução penal negociada pode representar um benefício legal para o acusado ou até mesmo para o condenado cuja sentença ainda não transitou em julgado.

Nesse contexto, a norma contida no artigo 28-A do Código de Processo Penal se afigura como norma processual mista ou de conteúdo material, já que pode levar à extinção da punibilidade do agente. Portanto, por constituir lei penal mais benéfica, tal norma deve retroagir para contemplar todos aqueles que foram denunciados ou condenados antes do início da vigência da lei 13.964/2019, desde que a sentença ainda não tenha transitado em julgado.

Por fim, resta aguardar o julgamento do *Habeas Corpus* 185.913/DF pelo plenário do STF, com votos para que a decisão da Corte seja adstrita ao texto constitucional e afastada de argumentos catastrofistas e cálculos utilitários envolvendo direitos fundamentais.

Notas

¹ Disponível em <<https://www.migalhas.com.br/quentes/295936/iab-examina-pacote-anticrime-e-repudia-declaracao-de-moro>>.

² Boletim do IBCCRIM, n. 317, 318, 330 e 331, abr. e mai. 2019; e mai. e jun. 2020, respectivamente.

³ A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

⁴ BRASIL, 2021.

⁵ Idem.

⁶ Disponível em <https://www.youtube.com/watch?v=3VFKJRcK-mE>. As manifestações dos Ministros reproduzidas no presente artigo se deram a partir da transcrição da sessão de julgamento, uma vez os votos escritos ainda não foram disponibilizados nos autos.

⁷ “O princípio da legalidade é o mais importante instrumento constitucional de proteção individual no moderno Estado Democrático de Direito, porque proíbe (a) a retroatividade como criminalização ou agravamento da pena de fato anterior, (b) o costume como fundamento ou agravamento de crimes e penas, (c) a analogia como método de criminalização ou punição de condutas, e (d) a indeterminação dos tipos

legais e das sanções penais (art. 5º, XXXIX, CR). O significado político do princípio da legalidade é expresso nas fórmulas de *lex praevia*, de *lex scripta*, de *lex stricta* e de *lex certa*, incidentes sobre os crimes, as penas e as medidas de segurança da legislação penal” (grifos no original). (SANTOS, 2014, p. 20).

⁸ BRASIL, 2020.

⁹ Este entendimento não destoa do Enunciado 98 editado pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que estabelece o seguinte: “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 art. 28-A do CPP”.

¹⁰ BRASIL, 1996.

¹¹ BRASIL, 1997.

¹² BRASIL, 2007.