

## Wunderlich e Vieira Neto: O acordo de não persecução penal recursal

Entre as diversas inovações da lei "anticrime", o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no artigo 28-A do CPP, merece especial atenção, fundamentalmente no que limita ao seu impacto nas ações judiciais ainda em tramitação. Como se tem dito, o ANPP comprova a evolução dos espaços de consenso no sistema jurídico penal [1], representando, em determinada dimensão, a disposição do *dominis litis* para a resolução de casos penais de médio potencial ofensivo, em condutas sem



Sem dúvidas, o instituto representa uma *sumarização de*

*apenamento*, com sensível redução de atos litúrgicos, primando pela economicidade e celeridade da prestação jurisdicional criminal, sempre que estiverem presentes os seguintes vetores: I) a infração comportar pena mínima inferior a quatro anos; e II) na prática da infração não houver violência real ou grave ameaça, insurgindo/existindo a modulação de condições e cláusulas para: a) reparação do dano, se possível for; b) renúncia voluntária a bens e direitos como instrumentos, produto ou proveito do crime; c) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um terço a dois terços; d) pagamento de prestação pecuniária; e, eventualmente, o e) cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo MP, proporcional e compatível com a infração penal.

### **Primeira reflexão — uma nova concepção**

Temos consciência do real tamanho do problema da Justiça Penal no Brasil, no sentido da inoperância dos meios de investigação e da falência do modelo punitivo de encarceramento em massa. Nesse contexto, surgem alternativas ao órgão de persecução penal, como a desobrigação da propositura de ação penal pública. A conceituação e a aplicabilidade da regra reportada no artigo 28-A do CPP conflita, de logo, com o disposto no artigo 42 do mesmo diploma, pois o termo *desistir* da ação penal abarca até a *problematização* da temática central, frise-se, em razão da hipótese do acordo de não continuidade da ação penal (MP-PE, Recomendação 001/2020, artigo 10 [2]).

Na sociedade complexa existe uma busca por soluções imediatas para os conflitos, capazes de transformar a ação penal, tornando-a um procedimento mais equânime às partes. Lado outro, não pode ser diminuído o rígido sistema jurídico de garantias materiais e instrumentais — publicidade, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. É certo que não há como compreender o novo espaço de consenso com a velha mentalidade fruto de atuação no espaço contencioso. Contudo, acreditamos que é possível criarmos espaços de consenso pautados por um "devido negócio legal", assegurando garantias aos jurisdicionados.

A experiência da Justiça negocial nas infrações de menor potencial ofensivo (*primeira dimensão*) não pode ser repetida na larga órbita do ANPP, fundamentalmente no que tange aos abusos por parte do MP — propostas de transação penal em casos de arquivamento, só para citar um exemplo. É importante destacar que o ANPP, enquanto outra dimensão negocial na Justiça criminal brasileira [3], ao contrário da primeira dimensão, exige o reconhecimento do ato ilícito e a confissão formal e circunstanciada — manifestação voluntária em reparar o dano e retornar à margem de licitude.

### **Segunda reflexão — o direito ao ANPP, ainda que em grau de recurso**

Em nosso juízo, o ANPP é um instituto jurídico bilateral e a concepção da norma prevista no artigo 28-A do CPP possui incontestável natureza material e, lógico, se também contém essência instrumental, torna-se híbrida diante do cruzamento.

A verdade é que a lei "anticrime" deu um passo demasiadamente largo — quiçá inconsequente —, pois não dimensionou o tamanho do problema que a interpretação da *novatio legis in mellius* gerará ao Poder Judiciário. A norma de aplicação da medida restritiva antecipatória torna possível a celebração do negócio jurídico em qualquer fase processual, uma vez que não foi estipulado pelo legislador um regramento de transição.

Portanto, se não existe regra de direito transitório, a problemática intertemporal só poderá ser resolvida mediante o recurso às já conhecidas regras de sucessão de leis penais, imperando a retroatividade da lei benéfica. No ponto, há de ser ressaltado o conjunto de normas que possibilita a hipótese de ANPP na via recursal, após sentença. O racional decorre do exame dos artigos 3º do CPP, 3º, §§2º e 3º, e 932, I, ambos, do CPC/15, em virtude do relator em segunda instância "*dirigir e ordenar o processo no tribunal, inclusive em relação à produção de prova, bem como, quando for o caso, homologar autocomposição das partes*". Da mesma maneira, em caso de desclassificação jurídica da conduta, afastadas eventuais agravantes e causas de aumento, de forma que a pena cominada não supere o patamar legal, o julgador será obrigado a devolver os autos ao MP para que exercite o seu poder-dever de propositura do ANPP, avaliando a possibilidade de não continuidade da ação penal, por extensão teleológica do artigo 383, §1º, do CPP.

Em se tratando de permissivo legal que, de qualquer modo, *favorece* a situação jurídica do réu, é garantida a retroatividade (artigos 2º, § único, CP, e 5º, XL, CF), podendo ser argumentada, inclusive, a sua eventual aplicação aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (artigo 621, III, CPP e artigo 66, I, LEP) [4].

Aliás, similar entendimento jurisprudencial ocorreu na hipótese de incidência do instituto da suspensão condicional do processo (artigo 89, Lei 9.099/95), quando do exame da legislação pelas cortes superiores. [5] Em nosso entendimento, é a mesmíssima interpretação acoimada à hipótese de se assegurar o acordo de não persecução penal em via recursal (ANPPR), justamente a partir de interpretação obrigatória da *novatio legis in mellius*.

No mesmo sentido da jurisprudência, a doutrina de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes assegura que *"cuidando-se de processos que estavam em curso na data da vigência da lei nova, esta tem eficácia retroativa e os alcança na altura em que se acham. Logo, em muitos e muitos casos haverá proposta de suspensão do processo mesmo depois da instrução ou da sentença de primeiro grau ou mesmo em grau de recurso"* [6]. Aqui, seguimos a orientação de que o fato jurídico reside no requisito intrínseco ligado à adequação qualitativa (fim pretendido) e quantitativa (intensidade condizente com a finalidade), sendo que o extrínseco está correlacionado à intervenção mínima do Direito Penal, alternativa negocial menos gravosa, pois *"é preciso, para não ser desproporcional, que o meio utilizado seja necessário ao objetivo almejado, verificando-se essa necessidade pela análise das alternativas postas para o alcance do fim"* [7].

### **Reflexões finais — orientação e precedentes**

Ainda que o legislador não tenha atentado para todas as implicações decorrentes da aplicação do ANPP no âmbito do segundo grau de jurisdição, é o caso de se concluir que o ANPP representa *negócio jurídico bilateral aplicável em qualquer fase processual* (instrutória ou recursal), sendo a lógica da retroatividade da nova norma mais benéfica um recurso hermenêutico importante para justificar esse entendimento. Todavia, reconhecemos que a questão ainda está em aberto e que o seu enfrentamento demandará debates e um amadurecimento do tema por parte da jurisprudência.

Recentemente, foi suscitada "questão de ordem" em sede de recurso de *embargos infringentes* em tramitação no TRF-4 sobre esta temática [8]. A 4ª Seção de Julgamento da Corte Regional Federal, por maioria, apontou que *"não há solução jurídica pronta a disciplinar a acomodação do direito novo aos casos em andamento"* e sublinhou que *"não é porque a lei determina um momento adequado à realização de ato (que gera efeitos materiais), que a regra de transição restará inibida se o processo judicial tiver tramitado para além de tal momento. É justamente da transição que se fala, devendo o problema ser resolvido com base em princípios de aplicação da lei no tempo, e não com base nos requisitos internos do novo instituto"*.

Na mesma linha, o MPF promoveu orientação com a publicação do Enunciado 98 da 2ª CCR, *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 da Lei 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 9/6/2020"*.

---

Ao que transparece, a jurisprudência está acomodando-se da melhor forma, chancelando a aplicação do novo instrumento de Justiça negocial a partir dos limites do sistema jurídico de garantias. Diante do atual cenário de diluição e simplificação de categorias e estruturas teóricas, com o intuito de facilitar o enfrentamento de problemas penais complexos, temos que pensar pluralmente para que o instituto seja racionalmente configurado e para que receba amparo no sistema de garantias, sempre em favor do jurisdicionado.

[1] Por SAMPAIO, Karla; LIMA, Camile Eltz de. "Notas sobre o acordo de não persecução penal". In: *Conjur*. Publicado em 16/06/2020: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-16/sampaio-lima-notas-acordo-nao-persecucao-penal>

[2] "Quanto ao acordo da não continuidade da ação penal, instituto criado por analogia e sendo direito líquido e subjetivo do acusado, abrangerá os casos em que já houve o recebimento da denúncia".

[3] REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. "Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime". In: *Boletim do IBCCRIM*. nº 318, maio de 2019. Os autores sublinham duas experiências de dimensões em sede de soluções penais negociadas no Brasil: (a) a Justiça negocial de *primeira dimensão*, no caso das infrações de menor potencial ofensivo (Lei 9.099/95) e (b) a Justiça negocial de *segunda dimensão*, com as infrações de maior complexidade (Lei 12.850/13, agora reformada pela Lei 13.964/19).

[4] O tema do ANPP em sede de *execução penal* foi bem enfrentado pelos Professores Leonardo Schmitt de Bem e João Paulo Martinelli em recente trabalho monográfico: "O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal". In: SCHIMITT DE BEM, L.; MARTINELLI, J.P. (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: D'Plácido, 2020, p. 125 *et seq.*

[5] O STJ se debruçou sobre o momento da propositura da suspensão condicional do processo (artigo 89, Lei 9099/95) salvaguardando direito subjetivo, a fim de sedimentar entendimento que "a Lei 9099/95, naquilo que beneficiar, em sede penal, o réu, **deve ser aplicada ainda que o processo já esteja em fase recursal**" (STJ, REsp 123169, Rel. Min<sup>o</sup> Felix Fischer, 5<sup>a</sup> T., j. 26/06/97). O STF estabeleceu a eficácia *ex tunc* para a aplicação da norma processual penal, face ao afastamento do impedimento do artigo 90 da Lei dos Juizados, a importar aplicação do *acordo* até nos processos em *status* de sentença penal condenatória (STF, ADin 1719, Rel. Min<sup>o</sup> Joaquim Barbosa, j. 18/6/2007).

[6] GRINOVER, Ada; GOMES FILHO, Antonio; SCARANCE FERNANDES, Antonio; GOMES, Luiz Flavio. *Juizados especiais criminais*. 4<sup>a</sup> ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 304.

---

[7] SCARANCE FERNANDES, Antonio. *Processo penal constitucional*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 58.

[8] É o precedente: TRF4, 4ª Seção, Embargos infringentes 5001103- 25.2017.4.04.7109/RS, Rel. Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Rev. Des. Cláudia Cristina Cristofani, Questão de ordem suscitada pelo Des. João Pedro Gebran Neto (TRF4, 8ª Turma, Apelo 5009312-62.2020.4.04.0000), vencidos no ponto do ANPP, os Desembargadores Leandro Paulsen e Salise Monteiro Sanchotene. Por maioria, a Corte Regional Federal determinou a cisão do processo com relação a um dos réus, com ordem de retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição para que seja examinada pelo MPF a possibilidade de oferecimento do ANPP e, posteriormente, se oferecido o benefício, para que a defesa se manifeste em oportunidade única e improrrogável nos termos do julgado. Ainda que sem unanimidade, houve "(...) aplicação do direito novo aos casos já denunciados, e a tendência a equiparar tal instituto à suspensão condicional do processo – aplicada temporalmente (..)". "Há efeitos de direito material que emanam dessa lei e por isso mostra-se forte a tendência a retroação (...)". E, na linha de precedente do STJ citado expressamente, imperou a "retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. 2004.00.34885-7, Minº Félix Fischer, STJ – 5ª Turma)".

**Date Created**

30/06/2020