

Bifuncionalidade dos preceitos sobre o ANPP e sua eficácia temporal

Está pautado para julgamento em 18/5/2022, no Supremo Tribunal Federal, o Habeas Corpus de autos nº 185.913, sob relatoria do ministro Gilmar Mendes. A discussão abstrata trazida na impetração é das mais relevantes e se refere à possibilidade (ou não) de retroação dos preceitos sobre o acordo de não persecução penal (ANPP) introduzido no artigo 28-A, do CPP, pela Lei 13.964/19, o denominado



**Jacinto de Miranda
Coutinho**
Advogado e professor

O tema desafia um conhecimento mais apurado da teoria geral do Direito

e do DPP. Há de se tentar, porém, porque é preciso dar solução adequada à questão.

A matéria, por certo, não é simples, e envolve algumas questões dogmáticas sensíveis, podendo-se destacar: a) a definição da *natureza jurídica* dos preceitos sobre o ANPP e; b) a identificação do critério adequado de eficácia temporal aplicável a essas regras.

No âmbito das leis penais, é sabido que o artigo 5º, XL, da CR/88, ao estabelecer que "*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*", contempla dois critérios distintos de eficácia, tudo a depender do conteúdo material — benéfico ou prejudicial ao cidadão — da lei.

Assim, a lei penal mais gravosa *não retroage*, ou seja, possui eficácia apenas para fatos ocorridos após a sua entrada em vigência. Por sua vez, a lei penal mais benéfica *retroage*, estendendo sua eficácia inclusive para fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigência.

Por outro lado, o critério de aplicação temporal de leis processuais penais é distinto e vem positivado na regra do artigo 2º do CPP, que contempla o princípio da imediatidade, nos seguintes termos: "*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*".

Há, como se vê, critérios diversos que delimitam a eficácia temporal de leis penais e processuais penais na forma, respectivamente, dos artigos 5º, XL, CR/88 e do artigo 2º do CPP.

A (ir)retroatividade da lei penal é determinada pelo conteúdo (benéfico ou prejudicial ao cidadão) do texto legal e tem por base a data dos fatos em que praticada a infração penal (*tempus commissi delicti*).

A imediatidade da lei processual penal, segundo a criticável posição dominante, desconsidera o conteúdo do texto legal — ou seja, aplicam-se imediatamente quaisquer regras novas, independentemente de serem benéficas ou prejudiciais ao acusado [1] — e leva em consideração o momento da prática do ato processual penal (*tempus regit actum*).

Conhecidos os critérios de eficácia temporal, a primeira dificuldade teórica consiste em identificar quando se está, no caso concreto, diante de lei de natureza penal ou processual penal. Faz-se um grande esforço para se ter a distinção, mas, quem sabe, o único critério confiável — embora ainda não perfeito — é através da identificação de *categorias axiológicas binárias*, na esteira da formulação de Jorge de Figueiredo Dias, para quem as leis penais tratam do binômio *licitude/ilicitude*, ao passo em que as leis processuais penais se enquadram no binômio *eficaz/ineficaz* ou *admissível/inadmissível* [2]. Mas como esclarece o autor "*a nítida distinção traçada entre direito penal e direito processual penal perde muitas vezes a sua clareza*" [3]. Em outros termos

"Não parece, porém, que qualquer critério definitivo fixo e apto à subsunção logre resolver todos os problemas concretos que aqui podem suscitar-se. A diferença fundamental entre matéria penal substantiva e processual é (...) determinada pelos diferentes círculos (espaços) da vida sobre os quais actuam as normas respectivas. Para além disto, a solução terá de procurar-se e encontrar-se ao nível de cada problema concreto (...)" [4].

Em que pese seja possível fazer, quase sempre, a separação, existem casos em que, concomitantemente, uma mesma lei (texto) versa sobre conteúdo material e instrumental. São as denominadas *leis mistas*, *híbridas* ou *bifuncionais*. Em relação a elas, o ordenamento não contempla, de forma explícita, um critério de eficácia temporal e ante a lacuna normativa, deve-se buscar, no ordenamento positivo, a melhor forma de preenchimento e resolução da questão.

Sem embargo de ser defensável a posição — em hipóteses pontuais — no sentido de se cindir o conteúdo de leis mistas, aplicando-se à parte penal o artigo 5º, XL, da CR/88 e à parte processual o artigo 2º do CPP [5], prevalece o entendimento segundo o qual às leis bifuncionais se aplica o critério de eficácia temporal das leis penais, em face de seu *status* constitucional.

Logo, se o conteúdo material da norma bifuncional é mais benéfico ao acusado, a lei retroage integralmente e estende sua eficácia inclusive a fatos anteriores à sua vigência. Por outro lado, se o aspecto penal da norma bifuncional é mais gravoso ao acusado, a lei não retroage, aplicando-se apenas a fatos posteriores à sua vigência.

No caso das regras que regulam o ANPP, não há dúvida quanto à sua natureza mista, híbrida ou bifuncional. Afinal, o instituto contempla, simultaneamente, preceitos de Direito instrumental (dado modificar o rito para infrações penais cuja pena mínima é inferior a quatro anos e afirmar a possibilidade de um acordo, ou seja, um negócio jurídico de DPP) e de Direito material (o conteúdo principal do acordo e a possibilidade da extinção da punibilidade, em caso de aceitação, homologação e cumprimento das condições dele).

Identificada a *natureza* bifuncional dos preceitos sobre o ANPP, sua aplicação temporal deve seguir, então, os critérios de retro ou irretroatividade aplicáveis às leis penais, na forma do artigo 5º, XL, da CR/88. E, na parte substantiva, tem-se conteúdo evidentemente mais benéfico ao cidadão, seja porque as condições do acordo (artigo 28-A, I a IV, e §1º do CPP) são mais brandas em face de pena decorrente de eventual condenação, seja porque o cumprimento das condições enseja a extinção da punibilidade e o fato não constará da certidão de antecedentes criminais (artigo 28-A, §§12 e 13, do CPP).

Sendo assim, os preceitos sobre o ANPP devem, inequivocamente, retroagir. O debate jurisprudencial dominante, porém, não está centrado no reconhecimento do caráter bifuncional e na possibilidade de retroação, mas na enorme resistência à aplicação retroativa do instituto a processos em curso ou mesmo findos, criando-se limites ou marcos cronológicos a partir dos quais o artigo 28-A do CPP não teria aplicabilidade. Algo, por evidente, escapa àquilo que se deveria estar fazendo.

O Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui decisões admitindo *"a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia"* (STJ — AgRg no HC 628.647, rel. p/ ac. min. Laurita Vaz, DJe 7/6/2021) [6] e, em outros casos, entendendo pela possibilidade de retroação do instituto a *"processos não transitados em julgado"* (STJ — EDcl no AgRg no AREsp 1.319.986, rel. min. Néli Cordeiro, DJe 26/2/2021).

Esta última posição vem também defendida pelo ministro Gilmar Mendes, no âmbito do STF, pois, segundo os fundamentos de seu voto no HC 185.913, *"com o trânsito em julgado, inicia-se a execução da pena e encerra-se a persecução penal, perdendo sentido o ANPP em sua função essencial de simplificar e antecipar a sanção ao imputado com sua conformidade"*.

Na doutrina, também são criados marcos temporais de retroatividade, limitando-se a eficácia do ANPP à admissibilidade positiva da inicial ou até a sentença condenatória, sob o argumento de que após a sentença *"as premissas fáticas e jurídicas do caso já estão estabilizadas"*, de modo que *"a confissão do agente não mais colaboraria com o Ministério Público"* [7].

Quaisquer dessas posições são criticáveis, por diversos aspectos [8]. O cerne da crítica consiste no fato de que *a modulação dos efeitos da retroação não encontra amparo na Constituição e nas leis*. Em suma, interpreta-se (na melhor das hipóteses) para prejudicar os réus.

Com efeito, não havendo preceito específico de direito intertemporal a respeito da eficácia temporal do ANPP, deve-se aplicar de forma irrestrita o artigo 5º, XL, da CR/88 e, ostentando o acordo *natureza jurídica híbrida*, com a parte material mais benéfica, os dispositivos dele devem retroagir, inclusive aos casos transitados em julgado, quando a celebração do acordo possa de algum modo ser benéfica ao condenado.

Essa posição, inclusive, é aquela que decorre do preceito geral do artigo 2º, parágrafo único, do CP: *"a lei posterior, que de qualquer forma favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado"*. A competência para a análise das cláusulas do acordo, nesse caso, é do juiz da execução, na forma do artigo 66, I, da LEP: *"Compete ao juiz da execução: I — aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado"*.

A questão, assim, parece se resolver a partir de um postulado básico de teoria do Direito, qual seja, o de que inexistindo exceções — como não as há, na medida em que não há regra explícita de eficácia temporal do ANPP —, aplica-se a regra geral.

No final das contas, a balbúrdia interpretativa que os preceitos sobre o ANPP causaram [\[9\]](#) mostra bem o que se está passando: cada um quer dizer o que lhe parece melhor para os casos concretos (normalmente em função dos seus interesses e, dentre eles, por exemplo, ter menos trabalho), como se não se vivesse em um sistema de *civil law*. Como sabem todos, isso gera uma imensa insegurança jurídica, sobretudo em um tempo de extrema instabilidade.

[\[1\]](#) Em posição crítica, cf.: DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974, p. 112: "(...) importa que a aplicação da lei processual penal a actos ou situações que decorrem na sua vigência, mas se ligam a uma infracção cometida no domínio da lei processual penal antiga, não contrarie nunca o conteúdo da garantia conferida pelo princípio da legalidade. Daqui resultará que não deve aplicar-se a nova lei processual penal a um acto ou situação processual que ocorra em processo pendente ou derive de um crime cometido no domínio da lei antiga, sempre que da nova lei resulte um agravamento da posição processual do arguido ou, em particular, uma limitação do seu direito de defesa". No mesmo sentido da crítica: BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 7ª ed.. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019, p. 106; ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal estratégico: de acordo com a teoria dos jogos e MCDA-A*. 1ª ed. Florianópolis: Emais, 2021, p. 159; e LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 19ª ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022, p. 125-126; pp. 227-228.

[\[2\]](#) DIAS, J. F. *Direito...* op. cit., p. 33-4: "Das diferenças de pressupostos funcionais são expressão, por sua vez, as diversas categorias axiológicas que dominam em cada um dos âmbitos e caracterizam a decisão num e noutro: a de direito substantivo, referida a uma relação da vida o espaço social, visa valorá-la dentro da dicotomia axiológica 'lícito-ilícito'; a de direito adjectivo, referida a actos no espaço processual ('actos processuais'), visa enquadrá-los na dicotomia axiológica 'admissível-inadmissível' ou 'eficaz-ineficaz'". Neste sentido: CASTANHEIRA NEVES, António. *Sumários de Processo Criminal*.



Coimbra: [s.n.], 1968. p. 8 e ss.

[3] DIAS, J. F. Direito ... op. cit., p. 34.

[4] DIAS, J. F. Direito ... op. cit., p. 36.

[5] A possibilidade de cisão do conteúdo de leis bifuncionais — para fins de aplicação dos critérios de eficácia temporal — foi debatido pelo STJ, quando da entrada em vigência do artigo 366, do CPP, com redação dada pela Lei 9.271/96. Tratando-se de lei mista — ao versar, simultaneamente, sobre suspensão do processo e suspensão da prescrição —, buscava-se a aplicação da parte processual conforme o critério de imediatidade e a aplicação da parte penal conforme o critério de irretroatividade da lei penal mais gravosa. Ao julgar o caso concreto, o STJ entendeu pela impossibilidade de aplicação fracionada de leis sucessivas, "resultando na criação de *lex tertia* não prevista pelo legislador, permitindo-se ao réu beneficiar-se daquela disposição que mais lhe favoreça, seja a novel legislação seja aquela já revogada". (STJ – HC 124.782, rel. min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 16/6/2011). Em contexto um pouco diverso, porém com fundamentos que podem servir ao fracionamento de leis bifuncionais para fins de aplicação de critérios de eficácia temporal distintos, cf.: OLIVEIRA, Ricardo Rachid. Introdução à aplicação da norma penal no tempo: especial ênfase à denominada combinação de leis penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 102.

[6] No mesmo sentido: STF – HC 191.464-AgR, rel. min. Roberto Barroso, DJe 26/11/2020.

[7] SOUZA NETTO, José Laurindo; LEAL, Jenyfer Michele Pinheiro; GARCEL, Adriane. Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime. In: CAMBI, Eduardo et al (org.). Pacote Anticrime. v. I. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 181-182.

[8] Confira-se, por exemplo, as críticas do min. Gilmar Mendes à limitação da retroatividade do ANPP à fase de recebimento da denúncia, ao votar no contexto do HC 185.913: "(...) limitando-se a uma análise terminológica, o instituto é denominado de ‘acordo de não persecução penal’ e não ‘acordo de não oferecimento da denúncia’. A persecução penal não se exaure com o início do processo, mas envolve toda a atuação do Estado até o oferecimento e até a liberação do poder punitivo com o trânsito em julgado da condenação. A finalidade do instituto é facilitar a persecução como um todo (...)".

[9] Na realidade, foi a parte da lei que veio do Ministério da Justiça — e sequer teve qualquer discussão — a produtora dos infinitos problemas que apareceram e aparecem nos foros todos os dias, martirizando a vida de magistrados, órgãos do MP e advogados, todos fazendo um grande esforço para tentar minimizar o descalabro, ainda sem sucesso.

Meta Fields