

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.437.781 PARANÁ

RELATOR : MIN. NUNES MARQUES
RECTE.(S) : MARCOS ERALDO MLENEK
ADV.(A/S) : ADRIANO SERGIO NUNES BRETAS
RECDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

DECISÃO

1. A defesa de Marcos Eraldo Mlenek interpôs recurso extraordinário com agravo (eDoc 228) em face de decisão que inadmitiu o recurso extraordinário por ele interposto (eDoc 211).

Postula, em síntese, o direito à celebração do acordo de não persecução penal.

É o Relatório.

2. O processo está em condições de ser julgado, nos termos do art. 52, parágrafo único, do Regimento Interno. Dispensou a remessa ao Ministério Público Federal.

Inicialmente, observo que o ANPP não constitui direito subjetivo do acusado. É preciso, assim, considerar a manifestação bilateral de vontades: a da acusação e a da defesa.

Tal compreensão encontra respaldo na doutrina. Vale destacar fragmento da obra de Renato Brasileiro de Lima:

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de um direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz

ARE 1437781 / PR

determinar sua realização de ofício, o que, aliás, retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso.

Desse modo, entendo que não compete ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a celebração do ANPP. Anoto, todavia, o dever que tem o magistrado, caso preenchidos os requisitos legais, de remeter os autos ao órgão acusatório a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura do acordo, com a devida remessa ao órgão superior, em caso de recusa, nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal, que assim dispõe:

Art. 28-A [...]

[...]

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

Ainda, a matéria relativa à retroatividade do acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei n. 13.964/2019 encontra-se afetada ao Plenário desta Suprema Corte, nos autos do HC 185.913, ministro Gilmar Mendes, desde 24/12/2020.

Embora pendente de apreciação da controvérsia pelo Plenário do Supremo, a Segunda Turma, no julgamento do HC 220.249 AgR, ministro Edson Fachin, julgado na Sessão Virtual de 9/12/2022 a 16/12/2022, por unanimidade, firmou entendimento no sentido de reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, devendo atingir tanto as investigações criminais quanto as ações penais em curso até o trânsito em julgado. Confira-se a ementa de referido julgado:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. ACORDO DE

ARE 1437781 / PR

NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE FURTO QUALIFICADO. SENTENÇA PROLATADA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. NORMA DE CONTEÚDO MISTO. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. ART. 5º, XL, CF. ORDEM CONCEDIDA.

1. A expressão lei penal contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo.

2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque consiste em medida despenalizadora, que atinge a própria pretensão punitiva estatal. Conforme explicita a lei, o cumprimento integral do acordo importa extinção da punibilidade, sem caracterizar Maus antecedentes ou reincidência.

3. Essa inovação legislativa, por ser norma penal de caráter mais favorável ao réu, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

4. A incidência do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, como norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata, não está condicionada à atuação do legislador ordinário.

5. Ordem concedida para reconhecer a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de eventual Acordo de Não Persecução Penal.

No mesmo sentido, entendo que a Lei n. 13.964/2019, na parte em

ARE 1437781 / PR

que institui tal ajuste, pode ser considerada norma penal de natureza híbrida.

O ANPP foi inserido mediante “norma processual de conteúdo material”, por ser instituto de direito processual penal (ao prever a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal) e, concomitantemente, possuir natureza material em função da eventual extinção da punibilidade para quem cumprir os critérios ou requisitos estabelecidos nos termos do art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal.

Como se sabe, quando se trata de norma penal de conteúdo material aplica-se a retroatividade penal benéfica, conforme dispõe o art. 5º, XL, da Constituição da República: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Essa mesma razão é revelada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, ao dispor que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Nesse aspecto, entendo pela incidência retroativa das regras relacionadas ao ANPP às persecuções penais em curso, ante a natureza híbrida da norma e o seu conteúdo mais favorável ao réu.

No mesmo sentido é a doutrina de Marcos Paulo Dutra Santos. Confira-se:

Se o ANPP persegue fins idênticos aos da transação penal – não deflagração da denúncia –, com as mesmas consequências – extinção da pretensão punitiva estatal após o cumprimento, sem configurar reincidência nem maus antecedentes, tão

ARE 1437781 / PR

somente impedindo novo benefício nos próximos 5 anos, enquanto, se inadimplido, restaura-se ao Ministério Público o direito de ação –, preenchida está a identidade de razões para aplicar a inteligência desses precedentes, por analogia, aos acordos de não persecução penal [...]. Por conseguinte, os ANPPs alcançam as ações penais em curso, independentemente da fase na qual estiverem.

Dessa forma, a Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal, deve retroagir, por ser lei penal mais benéfica ao réu.

Em caso fronteiro, a Segunda Turma reconheceu a retroatividade da necessidade de representação do ofendido como requisito da ação penal nos crimes de estelionato, também instituída pela Lei n. 13.964/2019, e definiu como limite temporal, para a incidência aos processos em curso, o momento do trânsito em julgado da condenação.

Veja-se, no que interessa, a síntese do julgamento do ARE 1.249.156 AgR-ED, ministro Edson Fachin:

[...]

2. A expressão lei penal contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal é de ser interpretada como gênero, de maneira a abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado ou que interferem diretamente no *status libertatis* do indivíduo.

3. O § 5º do art. 171 do Código Penal, acrescido pela Lei 13.964/2019, ao alterar a natureza da ação penal do crime de estelionato de pública incondicionada para pública condicionada à representação como regra, é norma de conteúdo processual-penal ou híbrido, porque, ao mesmo tempo em que

ARE 1437781 / PR

cria condição de procedibilidade para ação penal, modifica o exercício do direito de punir do Estado ao introduzir hipótese de extinção de punibilidade, a saber, a decadência (art. 107, inciso IV, do CP).

4. Essa inovação legislativa, ao obstar a aplicação da sanção penal, é norma penal de caráter mais favorável ao réu e, nos termos do art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, deve ser aplicada de forma retroativa a atingir tanto investigações criminais quanto ações penais em curso até o trânsito em julgado. Precedentes do STF.

Pois bem. A Lei n. 13.964/2019 entrou em vigência quando, na espécie, a sentença penal condenatória ainda não havia transitado em julgado.

Desse modo, tenho como razoável a conclusão segundo a qual um instituto que busca a conciliação e visa a obstar a tramitação de uma persecução penal seja aplicado até a última fase desta, isto é, até o momento anterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória, não se encontrando o exercício da persecução penal restrito à apresentação da denúncia.

É que, à luz da presunção de inocência, a força executiva de uma condenação criminal apenas se torna definitiva com a preclusão máxima. Até lá, é possível que, durante o curso da persecução penal (fases investigativa e judicial), as partes optem pela formalização do acordo previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Noutros termos, o ANPP, inspirado pelo modelo de justiça consensual que o orienta, e desde que integralmente cumpridas as condições ajustadas pelas partes e homologado o acordo pelo juízo competente, revela natureza jurídica de causa extintiva da punibilidade (CPP, art. 28-A, § 13).

ARE 1437781 / PR

Por esse motivo, salvo nos casos de evidente ausência dos requisitos hábeis à celebração do ajuste previsto no art. 28-A do diploma processual penal, não cabe recusa do magistrado em remeter o processo ao órgão acusatório, sob pena de negar vigência ao comando legal do dispositivo referido e, sobretudo, de frustrar a própria natureza do instituto.

3. Em face do exposto, reconheço a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal e converto o julgamento em diligência, com determinação ao Juízo de primeira instância para que remeta os autos ao órgão acusatório, a fim de oportunizar ao Ministério Público a propositura de acordo de não persecução penal, observados os requisitos previstos na legislação, passível de controle nos termos do art. 28-A, § 14, do Código de Processo Penal.

4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se.

Brasília, 30 de maio de 2023.

Ministro NUNES MARQUES

Relator

Documento assinado digitalmente