



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

AGRAVO REGIMENTAL-48.553/2023-JANEIRO-JV/MS

Processo: 215037/SC

RHC: Recurso ordinário em *Habeas Corpus*

Recorrente(s): Leandro Zamban

Recorrido(s): Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Relator(a): Ministro(a) Edson Fachin-2ª T.

O **Ministério Público Federal**, pelo Subprocurador-Geral da República que o presente subscreve, nos autos do processo em epígrafe, com fulcro no art. 1.021 do CPC c.c. os arts. 3º, 257 e 577 do CPP e no art. 317 do RI/STF, vem à presença dessa c. Turma apresentar

AGRAVO REGIMENTAL

em face da decisão monocrática de 19/12/2022.

Súmula do caso.

01. **Leandro Zamban** foi condenado pela prática do crime previsto no art. 171 do Código Penal, à pena de 1 ano e 6 meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, bem como ao pagamento de 40 dias-multa.

02. Em sede de apelação, o TJ/SC deu parcial provimento ao recurso, reduzindo a pena imposta ao réu para 1 ano e 2 meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais 11 dias-multa.

03. Interposto recurso especial objetivando a aplicação retroativa do art. 28-A do CPP, o TJ/SC não admitiu o recurso, o que ensejou a interposição de agravo em recurso especial. No STJ, o ARESP não foi conhecido.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

04. No presente recurso ordinário em *habeas corpus*, a defesa insiste no pedido de aplicação retroativa do art. 28-A do CPP.

05. O MPF manifestou-se, em 10 de maio de 2022, pelo desprovimento do recurso.

06. Em 19 de dezembro de 2022, foi proferida decisão monocrática dando provimento ao recurso, para reconhecer a retroatividade do art. 28-A do CPP e determinar a conversão da ação criminal em diligência, a fim de oportunizar-lhe a propositura do Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos. Registrou o ilustre Ministro relator que:

(...)

Trata-se de uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro que, assim como a transação penal e a suspensão condicional do processo, privilegia a justiça consensual e, certamente, impactará de forma positiva no sistema de justiça penal, na medida em que mitiga o princípio da indisponibilidade da ação penal nos casos de crimes de médio potencial ofensivo, quando atendidos os requisitos legais. Além de contribuir com o desafogamento do Poder Judiciário e com a economia processual, esse mecanismo negocial garante a recomposição do dano provocado à vítima e à sociedade.

Desde a vigência da Lei 13.964/2019 (23.01.2020), esta Corte tem recebido inúmeros habeas corpus e recursos ordinários em habeas corpus por meio dos quais o jurisdicionado requer a aplicação do art. 28-A do CPP, argumentando, como no presente caso, que a natureza mista da norma em comento (material-processual) impõe sua incidência retroativa, em obediência à garantia prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal.

Diante da envergadura da matéria e da multiplicidade de demandas, o eminente Ministro Gilmar Mendes, em boa hora, afetou o tema ao Pleno, nos autos do HC 185.913/DF. Não obstante, sem prejuízo de oportuna análise verticalizada da matéria pelo colegiado maior desta Suprema Corte, levei a questão ao escrutínio da Segunda Turma, no HC 220.249/SP (Sessão virtual de 09.12.2022 a 16.12.2022), por entender que a natureza da ação e suas implicações jurídicas exigem uma prestação jurisdicional célere, a fim de não esvaziar o próprio direito ou a pretensão punitiva estatal (seja pelo cumprimento integral da pena, seja pelo reconhecimento da prescrição).

No referido julgamento virtual, a Turma concedeu reconheceu 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.

Ao proclamar o voto no HC 220.249/SP, inicialmente esclareci que, em temática similar à dos autos (em que se pretendia a aplicação retroativa do art. 171, § 5º, do CP, com a redação introduzida pela Lei 13.964/2019), a Segunda Turma reconheceu a natureza mista da norma e assentou que tais preceitos, quando favoráveis ao réu, devem ser aplicados de maneira retroativa em relação a fatos pretéritos enquanto a ação penal estiver em curso, nos termos do que dispõe o art. 5º, XL, da CF (HC 180.421/SP, de minha relatoria, Segunda Turma, DJe 06.12.2021).

Como ressaltei naquela ocasião, a expressão “lei penal” contida no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal deve ser interpretada como gênero.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Dessa forma, a expressão deve abranger tanto leis penais em sentido estrito quanto leis penais processuais que disciplinam o exercício da pretensão punitiva do Estado (como, por exemplo, aquelas relativas ao direito de queixa ou de representação, à prescrição ou à decadência, ao perdão ou à perempção, a causas de extinção de punibilidade) ou que interferem diretamente no status libertatis do indivíduo (como, por exemplo, admissão de fiança, alteração das hipóteses de cabimento de prisão cautelar). Essas normas, quando beneficiarem o réu, devem retroagir, nos termos do dispositivo constitucional em comento.

A meu ver, ao acordo de não persecução penal deve ser aplicada idêntica interpretação, pois o caráter híbrido da norma (material-processual) é evidente. Embora inserida no Código de Processo Penal, 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.

Nesse contexto, como bem pondera Marcos Paulo Dutra Santos, ainda que já tenha sido apresentada a denúncia e, conseqüentemente, esteja preclusa a primeira finalidade processual do ANPP (evitar a instauração da ação criminal), persiste hígido o escopo material do instituto negocial, qual seja: a conservação do estado de inocência e da liberdade.

A esse respeito esclarece o autor que “em sendo novatio legis in melius, a retroação aos processos em curso é mandatória por imposição constitucional (art. 5º, XL, da CRFB/88), não lhe sendo oponível o ato jurídico perfeito”. E ainda, “o ANPP, à semelhança da transação penal, incide sobre as instruções criminais em curso, independentemente de a denúncia ter sido, ou não, recebida, seja por força da retroatividade da Lei nº 13.964/19, seja em razão da desclassificação da imputação, pelo juízo processante ou em sede recursal, para outra que comporte o benefício.”(SANTOS, Marcos Paulo D. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 207 e 208, respectivamente).

Com efeito, o recebimento da denúncia ou mesmo a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP, pois a sua celebração evita prisão cautelar, condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência, maus antecedentes, etc) e o próprio processo (com todas as fases recursais). Tais marcos processuais não excepcionam a garantia constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, mesmo sob o argumento da utilidade do instituto para o órgão de acusação. Ora, o critério da utilidade deve ser visto sob a óptica de todo o sistema de justiça criminal e dos atores envolvidos, incluindo aqui a vítima e o acusado.

Nessa linha, colho lição de Guilherme de Souza Nucci:

‘O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, é uma norma processual de natureza mista, pois evita a propositura de ação penal e, com isso, permite a extinção da punibilidade. Assim sendo, temos sustentado que essa espécie de norma processual penal deve retroagir no tempo, tal como a norma penal benéfica, atingindo todos os processos em andamento, desde que não tenha havido trânsito em julgado. Entretanto, a tendência da jurisprudência, por ora, tem sido não acolher a retroatividade benéfica dessa norma do art. 28-A do CPP; defende-se que, havendo o recebimento da denúncia ou queixa, está-se diante de ato jurídico perfeito, não podendo ser alterada a situação. Esse entendimento, na realidade, deixa de reconhecer a força da norma processual penal de natureza mista.’ (NUCCI, Guilherme de S. Manual de Processo Penal. São Paulo: Grupo GEN, 2022, p. 234 - grifei).

Na mesma direção, colaciono o ensinamento de Aury Lopes Junior:

‘Quanto à aplicação no tempo, trata-se de norma mais benigna que deverá retroagir. Como explicamos no início dessa obra, ao tratar da lei processual no tempo (para onde remetemos o leitor), na



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.' (LOPES JUNIOR, Aury. DIREITO PROCESSUAL PENAL. São Paulo: Saraiva, 2021, p. 86).

Cito, ainda, precedentes da lavra do eminente Ministro Ricardo Lewandowski, em que, baseado no entendimento firmado no HC 180.421/SP quanto à retroação da Lei 13.964/2019, concedeu a ordem para determinar a remessa dos autos a órgão superior do Ministério Público, a fim de verificar a possibilidade de celebração do ANPP: HC 221.969, DJe 07.11.2022; HC 221.756, DJe 28.10.2022; HC 214.408, DJe 05.10.2022; DJe 221.878, DJe 09.11.2022; HC 213.966 no AgRg, DJe 05.10.2022; HC 218.725, DJe 06.10.2022.

No âmbito do Ministério Público Federal, também foi firmada orientação nesse mesmo sentido. Vejamos o item 8 da Orientação Conjunta 3/2018 da 2ª, 4ª e 5ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, revisada e ampliada após a edição da Lei 13.964/2019:

'8 Admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal'.

Assim também dispõe o Enunciado n. 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF:

'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, 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'. (Enunciado alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020).

4. No presente caso, apesar de os fatos serem anteriores à alteração legislativa, o feito ainda estava em curso quando a Lei 13.964/2019 entrou em vigor. Desse modo, imperativo é o reconhecimento do efeito retroativo do art. 28-A do CPP.

(...).

Da admissibilidade recursal.

07. A intimação da PGR da decisão agravada ocorreu em 09/01/2023 (uma segunda-feira), pelo que o presente recurso é tempestivo, na forma do art. 798-A¹ do CPP, incluído pela Lei 14.365/2022. Os arts. 257 e 577 do CPP firmam a

¹ **Art. 798-A.** Suspende-se o curso do prazo processual nos dias compreendidos entre 20 de dezembro e 20 de janeiro, inclusive, salvo nos seguintes casos: **I** - que envolvam réus presos, nos processos vinculados a essas prisões; **II** - nos procedimentos regidos pela Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006 (Lei Maria da Penha); **III** - nas medidas



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

legitimidade recursal do *parquet*. Quanto ao interesse recursal, há se ver que a decisão monocrática em tela foi contra a lei penal, cujo fiscal perante este e. STF é o MPF. No que concerne à adequação recursal, tem-se a hipótese de que trata o art. 317 do Regimento Interno dessa e. Corte e o art. 1.021 do CPC c.c. art. 3º do CPP.

Do mérito.

08. Não obstante o entendimento da c. 2ª CCR do MPF, há se ver que padece de grande controvérsia na Doutrina e nos Tribunais a aplicação do novel art. 28-A² do CPP, na redação conferida pela Lei 13.964/2019, a processos referentes a fatos anteriores à entrada em vigor da norma.

09. Nessa e. Corte, o ilustre Min. Gilmar Mendes, no **HC 185913/DF**, entendeu por afetar a matéria ao Plenário do e. STF, pendente, no momento, o julgamento final do mérito.

10. A c. 1ª Turma deste e. STF, no julgamento de agravo regimental no **HC 191464/SC** em 11/11/2020, fixou, à unanimidade, o entendimento de que “*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*” – destacou-se. Eis a ementa do julgado:

Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que

consideradas urgentes, mediante despacho fundamentado do juízo competente. **Parágrafo único.** Durante o período a que se refere o caput deste artigo, fica vedada a realização de audiências e de sessões de julgamento, salvo nas hipóteses dos incisos I, II e III do caput deste artigo.

²“**Art. 28-A.** 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 4 (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: (...)”.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: 'o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia' – destacou-se; HC 191464 AgR/SC, 1ª T., rel. Min. Roberto Barroso, DJe-280, divulg 25/11/2020, public. 26/11/2020.

11. E na c. 2ª Turma deste e. STF, verifica-se que há entendimento no mesmo sentido do da c. 1ª Turma:

(...) . 1. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido pela Lei 13.964/2019, esgota-se na fase pré-processual, não sendo possível aplicá-lo ao presente feito. Precedentes. (...) - destacou-se; ARE 1254952 AgR, rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, Dje-227, divulg. 17/11/2021, public. 18/11/2021.

12. Certo que o precedente acima é da relatoria do ilustre Ministro prolator da decisão ora agravada, o que sinaliza mudança de entendimento, o que mais se delinea com o recente julgamento proferido pela c. 2ª Turma quanto ao HC 220249/SP, em que, na sessão virtual de 09/12 a 16/12/2022 “a Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para reconhecer a retroatividade 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 Acordo de Não Persecução Penal, caso preenchidos os requisitos, tudo nos termos do voto do Relator, com ressalva do Ministro André Mendonça” – destacou-se.

13. E certo que o HC afetado quanto ao tema ao Plenário deste e. STF ainda não foi o julgado, todavia no Plenário deste e. STF há recente precedente - ARE 1397410 -, em sentido contrário ao da decisão ora agravada, não sendo acolhido pedido da defesa em ser, já recebida a denúncia, examinada proposta de ANPP:

(...) 5. **Pleito de análise de eventual viabilidade de acordo de não persecução penal. A orientação deste STF é no sentido de que o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes.** (...) – destacou-se; ARE 1397410 AgR, rel. Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, Dje-237, divulg. 22/11/2022, public. 23/11/2022.

14. Com efeito, *d.m.v.* de compreensão diversa, há se ver que o novo art. 28-A do CPP não determina, *de plano*, a anulação das condenações/revisão de feitos penais em curso em que, em tese, os crimes se adequariam à hipótese normativa, caso vigente ao tempo dos fatos. Este entendimento, em que pese ainda não julgado em



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

definitivo o HC 185913/DF, vem se delineando em recentes precedentes deste Supremo Tribunal.

15. Mesmo que se considere o art. 28-A como norma mista (material e processual penal), para o exame da *retroatividade da lei penal mais benéfica*, ainda há de se considerar o princípio *tempus regit actum*, encartado no art. 2^o do CPP, norma que essa e. Corte Suprema tem reiteradamente declarado a constitucionalidade, aplicável a normas processuais e mistas, sendo que a *retroatividade da lei penal mais benéfica*, prevista no inc. XL⁴ do art. 5^o da Constituição, é cabível estritamente para a lei material penal.

16. A aplicação retroativa de lei puramente processual ou da norma mista (penal/processual), sem maiores ponderações, tem o potencial de violar a ordem jurídica, que cabe a este e. Supremo Tribunal preservar, pois estar-se-ia relativizando valores preservados também no texto constitucional, tais como o *ato jurídico perfeito* e constituído a tempo e modo, com potencial de ofensa mesmo ao inc. XXXVI do art. 5^o da Constituição, que traz que “*a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*” – destacou-se.

17. Não se olvida que este e. STF já cuidou de situações que lembram a aqui posta, quando da entrada em vigor da Lei 9.099/1995, no que tange a seus arts. 88 e 89. O art. 88 da Lei 9.099 trazia que “*além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas*”, alterando a regra anterior que considerava as duas hipóteses como crimes de ação penal pública incondicionada.

18. Este e. STF, no Inquérito 1.055, relator o ilustre Min. Celso de Mello, resolveu, em 24 de abril de 1996, Questão de Ordem determinando a suspensão do IP, para que fosse intimada a vítima, sendo o crime o de lesão corporal leve, reconhecendo-se a aplicação retroativa do art. 91 da Lei 9.099/1995, que traz que “*nos casos em que esta*

³ **Art. 2^o** A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

⁴ **XL** - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência”.

19. Assim decidiu o festejado Ministro Celso de Mello, embora o art. 90 da Lei 9.099/1995 determinasse expressamente que *“as disposições desta Lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já estiver iniciada”* - destacou-se. E a Questão de Ordem no IP foi evocada na decisão desta e. Corte Suprema, que ao examinar a ADI 1.719, relator o ilustre Min. Joaquim Barbosa, conferiu, em 18 de junho de 2007, ao art. 90 em tela interpretação conforme a Constituição *“para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei”*.

20. Todavia, esse entendimento, quanto à retroatividade de norma que passou a exigir representação para a ação penal em certos crimes de lesão corporal, teve como um dos fatores do seu acolhimento, o teor do art. 91 da Lei 9.099/1995, que era norma de transição expressa, que estabelecia a regra para as situações em curso. Assim, ainda que o art. 88 fosse norma mista, processual e material, retroagiu pela presença de norma de transição expressa que o fez valer para fatos anteriores à sua edição, ou seja, nos processos em curso, de acordo com a interpretação conforme à Constituição, proclamada na ADI 1719.

21. Por essa razão é que esse precedente não pode ser transposto à solução da presente problemática. A Lei 13.964/2019 não traz norma de transição quanto ao ANPP, como ocorreu com o art. 91 da Lei 9.099, quanto à nova exigência de representação do ofendido, para o válido ajuizamento de ação penal pelos crimes de lesão corporal leve e culposa.

22. Conforme abaixo se demonstrará, outra é a linha de entendimento deste e. STF que se aplica à presente questão.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

23. Pretende-se demonstrar, nestas razões, que o art. 28-A do CPP não possui eficácia retroativa ampla, por ser norma de natureza mista, sem comando expresso de aplicação a casos pretéritos, o que encontra limite de aplicação a *atos jurídicos perfeitos* da marcha processual, tais como o próprio oferecimento da denúncia, o seu recebimento ou o julgamento da ação, por sentença.

24. Enquanto na fase investigativa é cabível o acordo de despenalização, porque a persecução penal padece da falta de certeza da materialidade ou da autoria, ou seja, presente na apuração do ilícito criminal alguma *dúvida razoável* que possa cessar mediante a confissão do investigado, após o oferecimento da denúncia e o seu recebimento, já há prova da materialidade e indícios suficientes da autoria (requisitos para o recebimento da denuncia - art. 40 do CPP) e, na sentença condenatória, presume-se a existência de prova acima da dúvida razoável da autoria.

25. Assim, não se aplica o art. 28-A para casos em que já oferecida a denúncia e com ainda mais razão, para os casos em que já haja juízo condenatório, pois não se faz mais relevante ou necessária, para a formação da relação jurídico-processual, a confissão do investigado. Em outros termos, não há mais lógica jurídica na negociação da ação penal, em que o investigado oferece a confissão, em troca de pena alternativa, porque o Estado-juiz já tem em suas mãos os elementos para a aplicação plena da lei sancionadora. Não há mais poder de barganha para o réu, quando os fatos já estão provados na instrução e o Juiz já produziu o édito condenatório, independentemente da colaboração do acusado.

26. O ilustre Procurador Regional da República Douglas Fisher, festejado autor de célebre obra de Direito Processual Penal, registra em artigo que “*admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência ‘mais benéfica ao infrator’, configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor*



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

da Lei nº 9.099/95”⁵. Prossegue o autor, acompanhado do seu ex-colega em obra de sua co-edição, o renomado processualista Eugênio Pacelli:

(...)

Contrariando frontalmente a opção do legislador (de verdadeira política criminal), a ‘escolha’ de outros marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento decorreria de mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente.

As disposições principais do novo instituto de não persecução penal precisam ser trazidas a lume diante do caso posto:

Art. 28-A. 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 4 (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: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

[...] § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Uma premissa parece-nos clara: o acordo de não persecução penal foi criado para as situações (futuras, a partir da vigência da lei) em que não tenham sido ainda recebidas as denúncias.

Induidosamente, o instituto (de natureza processual penal) pode (em tese) ser mais benéfico em algumas situações (a depender de interesse sobretudo do – já – réu, que está sendo processado).

Cremos que não há se invocar eventual hipótese de ‘retroatividade mais benéfica’. Não se trata de regra penal, mas procedimental, sendo bem diversa da situação da suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/95), em que há ajuste para a suspensão do processo (embora não se admita ‘culpa’ para tais fins de suspensão, algo que deverá ser feito para fins do acordo de não persecução penal – o pretense beneficiário precisa confessar a prática da infração penal).

Pedimos autorização para reproduzir o que sustentamos, sinteticamente, na companhia de Eugênio Pacelli a respeito do tema:

[...] A própria natureza do instituto parece sugerir que a proposta deverá ser feita na fase pré-processual, tanto pelo texto da lei (‘Não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado...’) quanto pela consequência de seu descumprimento ou não homologação (possibilidade de oferecimento de denúncia). Contudo, a lei diz que cabe ao juiz das garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação (art. 3º-B, XVII).

Ora, se é certo que as colaborações premiadas podem ser formalizadas ao longo do processo (art. 4º, § 5º da Lei nº 12.850/13), o mesmo não pode ser dito quanto ao acordo de não persecução penal, que deveria ser proposto em momento anterior. A única possibilidade que conseguimos visualizar de

⁵ <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

esta questão surgir durante o processo é a de o Ministério Público oferecer diretamente a denúncia sem ter proposto o acordo de não persecução, e após o recebimento da exordial, o réu se insurgir contra a ausência de possibilidade de formalizar o acordo.

(...)

Assim, é preciso bem separar as coisas: fatos cometidos após a vigência da Lei nº 13.964/2019; fatos cometidos anteriormente, mas ainda não denunciados; e fatos cometidos anteriormente e com denúncias já recebidas.

(...)

De antemão, fácil visualizar que o ANPP diverge substancialmente da suspensão processual prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95: mesmo que refira que, ao oferecer a denúncia, o Ministério Público poderá propor a suspensão do processo, resta indubitável que a norma pressupõe para, sua aplicação, que haja processo instaurado (tanto que a regra fala: 'recebendo a denúncia, poderá suspender o processo'). Por isso podia ser aplicado retroativamente aos casos com denúncia já recebida quando entrou em vigor a Lei nº 9.099/95.

A transação penal (art. 76), de outro lado, pressupõe que não exista processo. Ou seja, não há nem oferecimento e recebimento de denúncia, o juiz aplica desde logo as penas restritivas de direitos ou multa. Tanto é assim que, se não cumpridas as condições no prazo estipulado, pode ser proposta denúncia, para o devido processamento criminal.

Observe-se que a redação da regra do ANPP encontra uma similitude incrível com a da transação penal (art. 76, Lei nº 9.099/95):

Art. 28-A. 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 4 (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: [...]

Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.

O argumento utilizado – inclusive no acórdão paradigma reportado pelo acórdão ora impugnado – é que, a partir do julgamento plenário na Questão de Ordem no Inquérito 1.055, em 26.4.1996, o STF teria decidido que as regras da Lei nº 9.099/95 seriam (todas) retroativas por serem mais benéficas. Logo o mesmo deveria ser feito com o ANPP.

A ementa diz o seguinte (e pode induzir realmente a tais interpretações pela leitura exclusiva dela):

[...] EXIGÊNCIA SUPERVENIENTE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO ESTABELECIDA PELA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91), QUE INSTITUIU OS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. NORMA PENAL BENÉFICA. APLICABILIDADE IMEDIATA DO ART. 91 DA LEI N. 9.099/95 AOS PROCEDIMENTOS PENAIOS ORIGINÁRIOS INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CRIME DE LESÕES CORPORAIIS LEVES. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO DO OFENDIDO. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA. – A Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, subordinou a perseguibilidade estatal dos delitos de lesões corporais leves (e dos crimes de lesões culposas, também) ao oferecimento de representação pelo ofendido ou por seu representante legal (art. 88), condicionando, desse modo, a iniciativa oficial do Ministério Público a delação postulatória da vítima, mesmo naqueles procedimentos penais instaurados em momento anterior ao da vigência do diploma legislativo em questão (art. 91). – A lei nova, que transforma a ação



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in iudicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina.

LEI N. 9.099/95. CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS. NORMAS BENÉFICAS. RETROATIVIDADE VIRTUAL. Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). – A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciários de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva às premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

PROCEDIMENTOS PENAIS ORIGINÁRIOS (INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS – APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). – A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. O âmbito de incidência das normas legais em referência – que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 – ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.

Para além de uma ‘interpretação da ementa’, o que disse o STF nesse julgado?

A primeira questão que fica bem clara é que estavam discutindo, primordialmente, sobre a necessidade (ou não) de representação do ofendido em crimes de lesões corporais em razão da norma mais benéfica que foi instituída pelo art. 91 da Lei nº 9.099/95 (Nos casos em que esta Lei passa a exigir representação para a propositura da ação penal pública, o



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL Procuradoria-Geral da República

ofendido ou seu representante legal será intimado para oferecê-la no prazo de trinta dias, sob pena de decadência).

A segunda: a jurisprudência 'invocada' por alguns para justificar a aplicação retroativa de todos dispositivos mais benéficos basicamente se faz sobre parte do julgado, que está na segunda parte da ementa.

A terceira: embora parte final da ementa fale em inquéritos e ações penais, precisamos ver o que efetivamente constou da fundamentação do julgado e sua extensão efetiva.

E a quarta: o caso em que decidido o tema pelo plenário não era ação penal, mas um inquérito (ou seja, não havia processo). Então a discussão era sobre a exigibilidade (ou não) da condição que passou a existir (a representação) para os inquéritos em andamento. E corretamente o STF disse que seria exigível, pois não recebida ainda a denúncia.

O leading case do STF na Questão de Ordem no Inquérito nº 1.055 tratava de uma investigação criminal para apurar a prática do delito de lesões corporais previsto no art. 129, caput, CP, fato ocorrido no dia 19.5.1993 (aproximadamente 3 anos antes da decisão). Discutia-se, primordialmente, se, pela nova regra do art. 91 da Lei nº 9.099/95, deveria subordinar-se a perseguibilidade das infrações em questão (até então de ação penal pública) à prévia representação da vítima. O tema foi submetido ao plenário (por isso em questão de ordem) exatamente com a finalidade (única) de definir se os arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95 se aplicariam aos casos originários do STF (porque se tratava de competência penal originária, sobre o que nada falava a nova lei, e estavam diante de inquérito em trâmite perante o STF).

No caso, o relator pontuou que a representação da vítima – até então inexigível para essa modalidade infracional – passou a constituir uma delatio criminis postulatória, para que, eventualmente, fosse instaurada uma ação penal. Assim, disse o relator, o “ato de delação postulatória tornou-se indispensável ao válido ajuizamento da própria ação penal e, também, à instauração do procedimento de investigação criminal”. Assim, complementou, “tratando-se de persecutio criminis em sua fase pré-processual, o respectivo inquérito – nos crimes em que a ação pública depender de representação – não poderá, sem esta, ser iniciado, consoante prescreve o ordenamento positivo. [...] De outro lado, e com maior razão, o próprio ajuizamento da ação penal, pelo Ministério Público condicionar-se-á à formalização, pelo ofendido, em tempo oportuno, do ato necessário de representação” (grifamos para enfatizar que se tratava de inquérito, em fase pré-processual).

Na sequência reconheceu que esses institutos seriam aplicáveis não apenas em primeiro grau, mas a todas e eventuais questões que envolvessem prerrogativa de foro.

Assentou que a Lei nº 9.099/95 criou instrumentos para viabilizar processos de despenalização (não se tratava de descriminalização), abrindo espaço para consenso.

De forma genérica argumentativa, disse (e com razão), reportando-se a doutrina, que “as premissas ideológicas que dão suporte às medidas despenalizadoras previstas na Lei nº 9.099/95 confere especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89), cabendo enfatizar, quanto a este instituto, que ele, na realidade, equivale a um verdadeiro nolo contendere”.

Não olvidando que estava resolvendo uma questão em que não havia ação penal, referiu que “os institutos em questão – além de derivarem de típicas normas de caráter híbrido, pois revestem-se de projeção eficaz tanto sobre o plano formal, quanto sobre a esfera estritamente penal-material, gerando, quanto a esta, consequências jurídicas que extinguem a própria punibilidade do agente [...]” Assim, “as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata”.

Dentro do limite da discussão posta (exigir-se ou não representação do ofendido e se incidia sobre casos com prerrogativa de foro, e não sobre a aplicabilidade da transação penal ou da suspensão processual), concluiu que, “independentemente do órgão judiciário ou da instância jurisdicional perante os quais tenham curso ou hajam sido instaurados os procedimentos penais que se lhes aplicam, de imediato as normas materiais de conteúdo penalmente benéfico, como aquelas consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95, concernentes à necessidade de representação do ofendido nos delitos de lesões corporais leves ou de lesões corporais culposas”.

Veja-se que, no excerto acima, não se fala em ações penais, mas em procedimentos penais, que são coisas bem diversas (exatamente porque ali se tratava de um procedimento de investigação penal, não de ação penal). Também fala em normas de cunho estritamente material. Tanto é assim que, na sequência, novamente referiu que a “possibilidade de estender os preceitos em causa a procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários [...] decorre [...] do fato de que as regras consubstanciadas nos arts. 88 e 91 da Lei nº 9.099/95 qualificam-se como prescrições de natureza penal e de conteúdo material, veiculadoras de uma específica modalidade de despenalização”. Aliás, essa distinção já fizera anteriormente, como se vê na citação do item 4, acima.

A sua conclusão foi no sentido de, unicamente, determinar a suspensão “desse procedimento penal” (veja-se novamente: fala em procedimento penal, o inquérito) “para que se proceda, no caso, nos termos do art. 91 da Lei nº 9.099/95, à intimação de [...], vítima do delito de lesões corporais leves [...] a fim de que, no prazo de 30 dias, querendo, ofereça, ou não, a necessária representação, sob pena de decadência”.

A partir do que pontuado, o que se verifica que foi efetivamente decidido e quais conclusões nos importam aqui ?

Em nenhum momento o STF assentou, aqui, que as regras do art. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95 se aplicariam às ações penais em andamento, o tema central era outro (da exigibilidade ou não de representação o ofendido em caso que tramitava sem ação penal, era um inquérito, ou, na lítera do julgado, um procedimento processual penal).

O STF expressamente distinguiu hipóteses de procedimento penal (investigação) e ação penal.

Reconheceu-se (corretamente) que, de forma geral, as regras da Lei nº 9.099/95 possuem caráter mais benéfico sob o aspecto penal.

Em nenhum momento, assentou que as regras referentes à transação penal seriam aplicadas de forma retroativa e de forma indistinta.

Outra decisão relevante do STF que merece análise é aquela tomada na ADI nº 1.719 (mérito), de 18.6.2007, cuja ementa tem o seguinte teor:

PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU.

O art. 90 da Lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada.

Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade.

Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição Federal.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei.

O art. 90 da Lei nº 9.099/95 refere que “as disposições desta lei não se aplicam aos processos penais cuja instrução já tiver sido iniciada”. Essa é uma regra exclusivamente processual. Mas daí não se infere que o STF teria permitido a incidência dos dispositivos de conteúdo penal, retroativamente, afastando a limitação temporal (processual) do disposto no art. 90.

Analisemos a fundamentação novamente do voto-condutor.

Disse que “é importante observar, contudo, que a Lei 9.099/1995 tem natureza mista: é composta por normas de natureza processual e por normas de conteúdo material de direito penal. Portanto, para a concreta aplicação do princípio da retroatividade da norma penal benéfica (art. 5º, XL da CF/88), não poderia o legislador conferir o mesmo tratamento para todas as normas inseridas na lei dos juizados especiais”.

O voto se reportou ainda ao que decidido no Inquérito nº 1.055-DF, citando (apenas) a segunda parte da sua ementa (antes vista, mas no contexto geral, como demonstramos), dizendo que o Tribunal assentou o entendimento de que “as normas da Lei 9.099/1995 de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao réu devem retroagir para alcançar os processos que já tiverem a instrução iniciada”.

Diante de uma regra exclusivamente processual, a decisão tomada foi para o fim de “dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 do caráter intertemporal do dispositivo ora atacado, voto pela confirmação da cautelar, para dar interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995, de modo a impedir que dele se extraiam conclusões conducentes a negar a aplicabilidade imediatamente e retroativa às normas de direito penal mais favoráveis aos réus contidas nessa lei”.

Alertamos ainda para o que disse o (então) relator da Medida Cautelar na ADI 1.719, Ministro Moreira Alves, em seu voto proferido em 3.12.1997: “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 26.5.95, 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 [...]”.

E o Ministro Marco Aurélio, ao acompanhar o deferimento da liminar, bem destacou: “A Lei nº 9.099/95 possui preceitos mistos, que têm carga material e instrumental. O voto do Ministro-Relator já explicita esse aspecto ao referir-se à aplicabilidade do disposto no art. 90 somente quanto às normas estritamente processuais.

Está bem claro que o STF examinou a limitação imposta pelo art. 90 da Lei nº 9.099/95 (norma estritamente processual) em relação às (autônomas) regras exclusivamente penais da Lei nº 9.099/95, excluindo a extensão da decisão (não a aplicando) para os casos de regras híbridas. Isso está hialino (e correto, segundo pensamos).

Portanto, fundamental acentuar que, em nossa compreensão, o que decidido na ADI 1.719 não atingiu a regra que seja híbrida, como aquela do art. 76 da Lei 9.099/1995 (e que guarda similitude clara com o art. 28-A do CPP, ao tratar do ANPP).

Aliás, atente-se que, em recentíssima decisão, reportando-se ao preciso magistério do Professor Rogério Sanches Cunha, o Superior Tribunal de Justiça firmou clara posição de que a representação penal para fins de processamento do crime de estelionato não pode ser aplicada retroativamente aos casos em que já instaurada a ação penal:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CRIME DE ESTELIONATO.
PRETENDIDA APLICAÇÃO RETROATIVA DA REGRA DO § 5º DO
ART. 171 DO CÓDIGO PENAL, ACRESCENTADO PELA LEI N.
13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). INVIABILIDADE. ATO



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

JURÍDICO PERFEITO. CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE. DOCTRINA. DOSIMETRIA. PRETENSÃO DE CONVERSÃO DA PENA CORPORAL EM MULTA. ART. 44, §2º, DO CÓDIGO PENAL. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. WRIT NÃO CONHECIDO.

[...] 2. A Lei n. 13.964/2019, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, alterou substancialmente a natureza da ação penal do crime de estelionato (art. 171, § 5º, do Código Penal), sendo, atualmente, processado mediante ação penal pública condicionada à representação do ofendido, salvo se a vítima for: a Administração Pública, direta ou indireta; criança ou adolescente; pessoa com deficiência mental; maior de 70 anos de idade ou incapaz.

3. Observa-se que o NOVO COMANDO normativo apresenta CARÁTER HÍBRIDO, pois, além de incluir a representação do ofendido como condição de procedibilidade para a persecução penal, apresenta potencial extintivo da punibilidade, sendo tal alteração passível de aplicação retroativa por ser mais benéfica ao réu. Contudo, além do silêncio do legislador sobre a aplicação do novo entendimento aos processos em curso, tem-se que seus efeitos não podem atingir o ato jurídico perfeito e acabado (oferecimento da denúncia), de modo que a retroatividade da representação no crime de estelionato deve se restringir à fase policial, não alcançando o processo. Do contrário, estar-se-ia conferindo efeito distinto ao estabelecido na nova regra, transformando-se a representação em condição de prosseguibilidade e não procedibilidade. Doutrina: Manual de Direito Penal: parte especial (arts. 121 ao 361) / Rogério Sanches Cunha – 12. ed. rev., atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPODIVM, 2020, p. 413.

4. Ademais, na hipótese, há manifestação da vítima no sentido de ver o acusado processado, não se exigindo para tal efeito, consoante a jurisprudência desta Corte, formalidade para manifestação do ofendido.

5. Conforme pacífica jurisprudência desta Corte Superior, fixada a pena corporal nos patamares delineados no art. 44, § 2º, do Código Penal, compete ao julgador a escolha do modo de aplicação da benesse legal. Além disso, não é socialmente recomendável a aplicação da multa substitutiva em crimes cujo o tipo penal prevê multa cumulativa com a pena privativa de liberdade. 6. Habeas corpus não conhecido. (Habeas Corpus n. 573.093/SC, STJ, 5ª Turma, unânime, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 9.6.2020, publicado no DJ em 12.6.2020)

Embora tratando de outro tema, a ratio é a mesma. Houve claramente uma condição imposta pelo legislador e isso precisa ser respeitado, não podendo ser aplicado de forma retroativa, mormente quando se tratar de regra de caráter híbrido.

Tanto é assim que, em decisão monocrática, o Ministro Félix Fischer, acolhendo o parecer da e. Subprocuradora-Geral da República Elaine de Albuquerque Oliveira Recena, indeferiu pretensão da DPU a aplicabilidade do ANPP assim fundamentando (Petição no Agravo em Recurso Especial nº 1.668.089-SP, decisão publicada dia 29.6.2020):

[...] Não bastasse isso, diviso que, in casu, a denúncia foi recebida em data de 11/11/2014 (fls. 114-115), muita antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, que foi publicada em 24/12/2019, com entrada em vigor após o lapso temporal de 30 (trinta) dias. A sentença condenatória, por seu turno, foi publicada em 28/11/2017 (fl. 297). Por fim, tem-se que o acórdão que negou provimento ao recurso de apelação criminal foi publicado em data de 10/10/2019 (fl. 373).



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

Como bem pontuado pelo d. representante ministerial, em sua manifestação:

“[...] resta claro que se mostra incompatível com o propósito do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP) a aplicação desse benefício quando já recebida a denúncia e mais ainda quando já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, sendo esse exatamente o caso dos autos, em que o processo já se encontra nesse STJ.

Realmente, no caso dos autos, a denúncia foi recebida 14.11.2014 (fls. 114/115 e-STJ), portanto, muito antes do início da vigência da Lei nº 13.964/2019, com sentença condenatória publicada em 28.11.2017 (fls. 298 e- STJ) e acórdão confirmatório publicado em 10.10.2019 (fls. 373 e-STJ).

A propósito, a título de reforçar o entendimento acima exposto, vale dizer que o Conselho Nacional dos Procuradores- Gerais, por meio de uma Comissão Especial – GNCCRIM, formulou vários enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), dos quais o Enunciado nº 20 trata da retroatividade do artigo 28-A da referida Lei, nos seguintes termos:

“Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” (grifamos).

Assim é que, sob todos os vieses analisados, vê-se que não há como ser acolhido o pedido de sobrestamento e remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para a análise da possibilidade de acordo de não persecução penal – ANPP, na forma da Lei nº 13.964/19, no caso, uma vez que o feito já se encontra em fase recursal, com condenação do ora requerente pelos crimes de dano, lesão corporal e desacato.” (fls. 531-536, grifos no original)

Verifica-se, portanto, que, ao contrário do que alegado pela combativa Defesa, não merece acolhimento o pleito formulado na presente petição, pois, para além de não preenchidos os requisitos legais, extrai-se da manifestação ministerial que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou em o enunciado n. 20, que dispõe, verbis: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.”

Pelo exposto, acolho o parecer ministerial e indefiro a presente petição.

(...)

Sem dúvidas, o art. 28-A do CPP, que trata do ANPP, traz em seu bojo norma híbrida: traz benefícios penais, mas condiciona a um evento (absolutamente legal e constitucional): não haver processo.

Há possibilidade de se dizer que violaria a isonomia não aplicar os benefícios legais a quem cometeu o mesmo crime (ou preencheria em tese os requisitos da lei), um antes da nova lei, outro depois.

Um equívoco, respeitosamente: a isonomia deixa de existir se houver o recebimento da denúncia para situações que não são idênticas segundo o constitucional tratamento trazido pelo legislador. A relação processual penal trata de alguém que está sendo processado e outro que não está.

Discrímen haveria, aí sim se, um com denúncia recebida e outro não, tendo ambos cometido crimes anteriormente à nova lei (e teriam, em tese, as mesmas situações e mesmos pressupostos processuais exigidos pela lei) e,



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

em relação a (apenas) um deles não houvesse denúncia e, quanto a outro, já fora recebida, talvez por questões de “agilidade” processual.

Se o legislador aprovasse o acordo de não continuidade da ação penal (que pressuporia processo, com denúncia recebida), também havia um limite temporal: o início da instrução processual (vide acima a referência feita).

O que não se pode é, por interpretações isoladas e sem visão sistemática, pretender aplicação retroativa (exclusivamente) da parte penal quando ela se revela absolutamente incompatível com outra exigência existente na mesma norma (que é igualmente constitucional), a não existência de processo, pois se trata de norma híbrida.

Destacamos não ver problemas em aplicar o art. 89 da Lei nº 9.099/95 retroativamente exatamente porque ele pressupunha a existência de processo, diferentemente da transação, que se identifica com a questão temporal com o acordo de não persecução penal.

Em síntese conclusiva, à luz do entendimento do STF, compatibilizando os comandos legais à Constituição, pode-se concluir claramente que:

– Aos fatos cometidos após a Lei nº 13.964/2019, cabe o ANPP se preenchidos os demais requisitos legais;

– aos fatos cometidos anteriormente, mas sem denúncia recebida, igualmente cabe (retroatividade mais benéfica);

- aos fatos cometidos anteriormente (retroatividade) mas com denúncia recebida não cabe ANPP, pois processualmente há um óbice claro e expreso: somente pode ser aplicado desde que não recebida a denúncia, pois o momento que trata a lei processual é o da fase do artigo 28-A, CPP, quando, não sendo o caso de arquivamento do inquérito, estejam reunidas as condições para se evitar a ação penal, mediante acordo com o investigado.

Rememore-se que, como assentado pelo STF ao limitar temporalmente o art. 89 da Lei nº 9.099/95, agregaram-se fundamentos (que se aplicam devidamente ao caso adaptado ao novo marco temporal) que “a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para o qual foi instituído”.

Como dito inicialmente e demonstrado no decorrer do texto, a suspensão do processo foi admitida retroativamente porque pressupunha processo – “suspensão do processo” -, mas com limite temporal da sentença. Na linha do reconhecido pelo Ministro Sepúlveda Pertence no julgamento do HC nº 74.305-6 (Plenário, STF), “no plano processual, o que se tem, indiscutivelmente, é a aplicação imediata da lei nova, mas sem retroceder no tempo para alcançar fases superadas do procedimento em curso [...] parece-me possível levar essa possibilidade [...] até a sentença. Por quê? Porque se trata, tipicamente [...], de um mecanismo de disposição da ação penal. Ora, o Ministério Público não tem, nem pode ter, disposição sobre uma sentença penal condenatória, mormente quando, para ele, já transitada em julgado”.

O mesmo se dá quanto ao Acordo de Não Persecução Penal: admitir sua incidência para depois da denúncia recebida não tem correspondência lógica ao tempo (não ter denúncia). Se o Ministério Público tinha limitação da suspensão do processo até a sentença (porque não poderia dispor da sentença proferida pelo Juiz), o mesmo se deve reconhecer em relação ao ANPP: se a denúncia foi recebida (pelo juiz competente), o MP não pode dispor desse ato judicial já realizado, querendo fazer, agora, por regra híbrida nova, um acordo que pressupõe não haver processo.

Portanto, sustentar a aplicação retroativa do ANPP a processos com denúncias recebidas, além de contrariar a expressa norma legal, significa não seguir corretamente o entendimento sedimentado pelo STF há muito a respeito desse tipo de regras.

Fazemos uma ressalva final (que respeitamos quem a adota, embora entendamos equivocada): se for aplicado de forma isolada o raciocínio de



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

que a regra do ANPP é unicamente mais benéfica sob o aspecto penal (desvinculando-a da limitação temporal feita pelo legislador), essa retroatividade penal implica que o art. 28-A do CPP deva incidir, necessariamente, sobre todos os processos penais, inclusive com trânsito em julgado.

Não há 'meia retroatividade penal' mais benéfica.

(...) - destacou-se.

27. A situação aqui posta muito se assemelha à questão da retroatividade, ou não, do art. 89 da Lei 9.099/1995, no que tange à possibilidade de suspensão condicional de processos em curso quando da edição da norma. Em tudo aplicável o escólio contido no precedente do Plenário desse e. STF, quando do julgamento do HC 74305/SP:

"HABEAS CORPUS'. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da 'lex mitior', vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. 'Habeas corpus' indeferido"- destacou-se; rel. Min. Moreira Alves, DJ 05/05/2000.

28. Ainda, o e. STF até mesmo decidiu que prolatada sentença, ainda que absolutória e pendente recurso da acusação, já não mais caberia a suspensão condicional do processo àquele tempo:

"(...) 1. Embora, no caso, a sentença, proferida antes do advento da Lei nº 9.099/95, tenha sido absolutória, há de ser observada a mesma orientação firmada nos julgados referidos no parecer da P.G.R., nos quais se tratava de sentença condenatória, também anterior a tal diploma. É que, na verdade, o art. 89 visa a evitar não propriamente a condenação do réu, mas a própria instrução judicial e o julgamento da ação penal. Mas se esse julgamento já ocorreu, não tem sentido, em grau de apelação do Ministério Público, fazer-se retroagir o processo, para realização de uma diligência, tendente a viabilizar sua suspensão, providência que não era exigida ao tempo da prolação do julgado recorrido. Se é certo que a lei processual deve ser aplicada imediatamente aos processos pendentes, nem por isso essa aplicação deve ser até retroativa. 2. Aliás, já decidiu a Segunda Turma, no



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

HC nº 76.717: 2. O instituto da suspensão do processo, previsto no artigo 89 da Lei nº 9.099/95, só não é aplicável de imediato nas hipóteses em que, no momento de sua entrada em vigor, já fora prolatada sentença, ainda que pendente de recurso. Precedente: HC nº 74.305-SP.’ 3. Ao menos no enunciado da ementa, não se faz distinção entre as hipóteses de sentença condenatória ou absolutória. 4. ‘H.C.’ indeferido (...) - destacou-se; HC 77877/RJ, 2ª T., rel. Min. Sydney Sanches, DJ 06/04/2001.

29. Como muito bem ponderado pelo i. Min. Roberto Barroso no julgamento do HC 191464/SC na c. 1ª T.: “(...) em resumo, extraio as seguintes conclusões: (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual; (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao tempus regit actum; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (...) A despeito da argumentação já desenvolvida, que situa a incidência do ANPP na fase pré-processual, tal como foi concebido no art. 28-A do CPP, e acomoda entendimento já aplicado pelo STF para hipótese semelhante, cabe trazer, em obter dictum, argumento de ordem consequencialista. 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. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes” – destacou-se.

30. **A todo o exposto, de se ver que a decisão ora agravada mostra-se, conforme acima demonstrado, contrária a precedentes das duas Turmas deste e. STF e mesmo de seu Plenário, que são no sentido de que o acordo de não persecução penal-ANPP, previsto no art. 28-A do CPP, na redação pela Lei 13.964/19 (Pacote Anti-crime), esgota-se na fase pré-processual, não sendo possível aplicá-lo a feitos em curso quando da vigência da nova norma, em que já recebida a denúncia e,**



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

muitas vezes, proferida condenação, confirmada em grau de apelação e por Tribunal Superior.

31. No caso em questão, a denúncia foi recebida em 05/12/2017, muito antes da entrada em vigor da Lei 13.964/19. Já houve também sentença penal condenatória, confirmada em grau de apelação e em sede de ARESP.

32. Certo que a questão aqui posta foi afetada ao Plenário deste e. STF, nos autos do HC 185913/DF, conforme aqui já se disse. Todavia, o entendimento aqui defendido, até que seja julgado o mérito final do HC 185913/DF pelo Plenário do e. STF, não pode ser tido por teratológico, mormente quando a c. 1ª T. deste e. STF, à unanimidade, adotou tese contrária ao teor da decisão ora agravada, a par de recente precedente do Plenário deste e. STF, em ARE, também contrário ao sentido da decisão ora agravada, conforme acima registrado.

33. A todos esses argumentos é que se pede seja revista a decisão ora agravada, sendo revisto o comando de exame de proposta de ANPP.

34. Ad cautelam, registra-se possibilidade de ser sobrestado o comando de exame de proposta de ANPP, até o julgamento final do HC 185913/DF pelo Plenário do e. STF, sendo suspensa a prescrição até lá, na forma do inc. I do art. 116 do CP.

35. E é caso de se conferir prioridade ao julgamento deste agravo regimental, para se evitar providência desnecessária na origem.

Do pedido.

36. Nesses termos, o Ministério Público Federal requer:

a) a intimação da defesa, para apreciar o presente agravo;



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

b) juízo de retratação pelo relator do feito, reformando a decisão de 19/12/2022:

b.1) sendo revisto o comando de exame de proposta de ANPP; ou

b.2) sendo sobrestado o comando de exame de proposta de ANPP, até o julgamento final do HC 185913/DF pelo Plenário do e. STF, sendo suspensa a prescrição até lá, na forma do inc. I do art. 116 do CP;

c) caso não haja retratação, seja o feito levado ao Colegiado, sendo deferido um dos pedidos acima; e

d) provido o agravo regimental no sentido do primeiro pedido acima feito, isso seja de imediato comunicado à origem - 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau/SC -, para que não seja o MP local intimado a examinar proposta de ANPP e, caso já ocorrida a intimação e examinada a proposta – feita ou não, aceita ou não -, a intimação ao MP, em si, à proposta, deve ser desconsiderada, tida como sem efeito algum na lide penal.

e) provido o agravo regimental no sentido do pedido subsidiário, isso seja de imediato comunicado à origem - 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau/SC -, para que não seja o MP local intimado a examinar proposta de ANPP até o julgamento final do HC 185913/DF pelo Plenário do e. STF, suspensa até lá a prescrição na presente lide penal – ocorrendo posterior intimação caso o Plenário decida pela retroatividade normativa - e, caso já ocorrida a intimação e examinada a proposta – feita ou não, aceita ou não -, a intimação ao MP, em si, à proposta, deve ter os efeitos suspensos na lide penal, até o julgamento final do HC 185913/DF, suspensa até lá a prescrição - somente a intimação surtindo efeitos caso o Plenário decida pela retroatividade normativa.



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Procuradoria-Geral da República

37. Requer, ainda, prioridade de julgamento, nos termos acima.

Brasília/DF, na data da assinatura digital.

Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho
Subprocurador-Geral da República