

As hipóteses excepcionais de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal no decorrer do processo criminal

Décio Viégas de Oliveira*

Sumário

1. Introdução. 2. Denúncia oferecida sem manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes os requisitos objetivos do art. 28-A do CPP. 3. Notificação do investigado somente pela imprensa oficial. 4. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica. 5. Desclassificação da conduta para outra de menor gravidade. 6. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo

O presente artigo busca demonstrar que, em certos casos excepcionais, o acordo de não persecução penal deve poder ser oferecido durante o curso do processo criminal tendo em vista a obrigatoriedade de submissão da lei ordinária às garantias constitucionais previstas na Constituição Federal.

Abstract

The present article seeks to demonstrate that, in certain exceptional cases, the non-prosecution agreement must be able to be offered during the course of the criminal process in view of the mandatory submission of the ordinary law to the constitutional guarantees provided for in the Federal Constitution.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Medidas diversionistas. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica. Isonomia. Direito Constitucional. Direito Processual Penal.

Keywords: *Non-prosecution agreement. Diversionary measures. Retroactivity of the most beneficial hybrid criminal law. Isonomy. Constitutional right. Criminal Procedural Law.*

* Pós-graduado em Processo Civil pela Universidade Cândido Mendes. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

1. Introdução

O advento da Lei nº 13.964/2019 trouxe para o ordenamento jurídico, dentre uma série de outras novidades, a regulamentação legal da figura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Trata-se de mais uma das chamadas medidas diversionistas, ou seja, medidas aplicadas na persecução penal que diferem daquelas adotadas na justiça conflitiva da persecução penal clássica por decorrerem da ideia de justiça negociada, em que se permite na esfera criminal a negociação de elementos como imputação, pena, consequências do delito e reparação do dano, dentre outros.

Havendo a presença dos requisitos subjetivos e objetivos para a propositura do acordo, cabe ao membro do Ministério Público com atribuição determinar a notificação do investigado para que este possa optar por adotar uma dentre as seguintes posturas: (1) manifestar seu interesse em confessar o delito e celebrar o acordo, quando então poderá aceitar os termos da proposta feita pelo *Parquet* ou tentar negociar as cláusulas do ajuste; (2) manter-se inerte durante o prazo estipulado para resposta, hipótese em que, salvo justa causa, estará tacitamente demonstrada a falta de interesse em firmar o acordo; e (3) manifestar expressamente seu desinteresse na celebração de acordo.

Nesse sentido, mostra-se inegável que toda a conformação dada ao acordo de não persecução penal pela Lei nº 13.964/19 deixa claro que se trata de um negócio jurídico de natureza extraprocessual, ou seja, busca-se que a questão seja resolvida sem que sequer haja o ajuizamento da demanda criminal.

Por esse motivo muitos doutrinadores defendem, de forma acertada a nosso ver, que teria sido mais técnico e adequado batizar o instituto de Acordo de Não Deflagração da Ação Penal, tendo em vista que o ANPP sempre será celebrado em um contexto em que já houve alguma persecução penal, pois algum indício mínimo da prática do crime deverá existir para que se possa propor o acordo.

O fato de ter sido previsto originariamente no PL nº 882/2019, além do ANPP, o Acordo de Não Continuidade da Ação Penal, que poderia ser proposto após o recebimento da denúncia e antes da instrução da ação penal ter início, mas que no decorrer das modificações legislativas foi retirado do projeto de lei e não constou na redação final da Lei nº 13.964/19, somente reforça o entendimento de que o ANPP foi criado para que não haja a instauração de demandas processuais penais. Quanto a isso, não há maiores discussões.

A jurisprudência e a doutrina ainda divergem quanto ao marco temporal final a ser adotado para o oferecimento do ANPP. Uma primeira posição defende que tal marco seria a prolação da sentença¹, todavia, a posição que vem se tornando majoritária entende que o termo final ocorreria com a prolação da decisão do recebimento da

¹ PORTARIA CONJUNTA Nº 20/PR-TJMG/2020. Acesso em 11/05/2021.

Fonte: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/2F/27/DF/EF/31D017102A890D075ECB08A8/port%20conj%2020-pr-tjmg-2020.pdf>

denúncia pelo juiz^{2,3}, por ser o momento que encerra a etapa pré-processual da persecução penal⁴.

Dessa forma, tendo em vista que a redação do art. 366 do CPP diz que o “*processo terá completada a sua formação quando realizada a citação do acusado*”, entende-se que, após a citação, como está inaugurada a fase processual da persecução penal, o ANPP não seria mais cabível.

Conforme adiante se demonstrará, em certas hipóteses excepcionais, entendemos que tal entendimento deve ser flexibilizado, de forma a que se permita que o ANPP possa ser oferecido pelo membro do *Parquet* após o início da relação processual, sob pena de serem violados princípios e garantias constitucionais que se sobrepõem em hierarquia normativa à legislação processual penal que regulamenta o referido instituto.

2. Denúncia oferecida sem manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes os requisitos objetivos do art. 28-A do CPP

Apesar de o *caput* do art. 28-A do CPP utilizar o verbo “poder” ao se referir à possibilidade de o Ministério Público oferecer o ANPP quando do preenchimento de seus requisitos, fica claro, pela própria leitura do dispositivo, que a discricionariedade do Ministério Público quando da escolha pelo oferecimento ou não do benefício não será irrestrita, pois se expressará somente através da análise por parte membro do Ministério Público quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos no caso concreto.

Quer dizer, portanto, que presentes os requisitos objetivos para a propositura do ANPP, não pode o membro do *Parquet* simplesmente oferecer a denúncia sem sequer se manifestar quanto aos motivos pelo quais não ofereceu o acordo. Nesse caso, cabe ao presentante do Ministério Público adotar uma entre duas opções: oferecer o acordo ou motivar a prática do ato através do qual optou pelo não oferecimento do benefício, especificando quais dos requisitos subjetivos do ANPP não foram cumpridos, segundo seu entendimento.

Nesse sentido, entendemos que, em que pese não haja um direito subjetivo do investigado à celebração do ANPP, há um direito subjetivo deste ao menos a que haja uma manifestação ministerial do órgão acusatório quanto ao cabimento do benefício caso estejam presentes seus requisitos objetivos, até porque entendimento em contrário negaria vigência à norma processual penal prevista no §14 do art.

² Enunciado 30 do MPSP sobre o Pacote Anticrime – “Aplica-se o art. 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal.” Acesso em 11/05/2021.

Fonte: http://www.mpsp.mp.br/portal/pls/portal/!PORTAL.wwwpob_page.show?_docname=2656840.PDF

³ ENUNCIADO 20 (ART. 28-A, CPP) do GNCCRIM do CNPG – “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” Acesso em 11/05/2021.

Fonte: https://www.cnpg.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf

⁴ STF - HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/11/2020

28-A do CPP, que trata do meio de impugnação à decisão ministerial que recusa o oferecimento do acordo.

Dessa forma, ao deixar de se manifestar formalmente quanto ao cabimento do ANPP na hipótese em que estão presentes seus requisitos objetivos, o membro do *Parquet* com atribuição descumprirá um poder-dever que lhe é legalmente imposto e violará um direito subjetivo do investigado, que, portanto, não poderá ser prejudicado por um erro a que não deu causa.

Logo, nada mais justo que se permita que, caso o membro do *Parquet* verifique posteriormente que incorreu em tal omissão, este possa vir a realizar a análise quanto ao cabimento do acordo já durante a fase processual da persecução penal, ou seja, após a citação e antes da prolação da decisão de ratificação do recebimento da denúncia prevista no art. 399 do CPP, que entendemos que deva ser considerado o marco temporal final para a celebração do ANPP na hipótese apresentada, pois no referido momento processual já terá sido possível à defesa se manifestar, em regra pela primeira vez, no processo, em sede de resposta à acusação, quando então poderá provocar o Ministério Público para que sane o referido vício em sua atuação, o que impede que a parte ré seja prejudicada por um equívoco na atuação ministerial.

Em tal hipótese não pode o Ministério Público deixar de oferecer o acordo usando como motivação exclusivamente o fato de o benefício não ser mais cabível durante a fase processual da persecução penal, pois estará alegando nulidade a que deu causa, o que vai de encontro à vedação ao comportamento contraditório (“*venire contra factum proprium*”) e aos princípios da isonomia e impessoalidade.

3. Notificação do investigado somente pela imprensa oficial

Como já explicitado, a discricionariedade do membro do Ministério Público quanto à análise do cabimento do ANPP quando estão presentes seus requisitos objetivos se limita à avaliação quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos, o que, conseqüentemente, indicará se o acordo deve ser oferecido ou não.

Havendo a verificação de que os requisitos objetivos e subjetivos estão presentes, surge para o membro do Ministério Público o poder-dever de oferecer o benefício ao investigado. Por outro lado, ausentes os requisitos subjetivos, cabe ao Ministério Público dar ciência ao investigado para que o mesmo possa exercer seu direito de impugnação em tempo hábil. Em ambas as hipóteses será necessária a realização de uma comunicação entre o Ministério Público e o investigado. Todavia, o legislador optou por não especificar como se dará esse contato.

Entendemos que essa ausência de previsão legislativa é bem-vinda, pois permite que, ao regulamentarem as formas de contato entre o Ministério Público e o investigado, os diversos Ministérios Públicos do país possam se utilizar de outras formas de comunicação que não somente aquelas tradicionalmente previstas no CPP para a realização de citações e intimações, como por exemplo a realização de

comunicações via meios tecnológicos como telefone celular, e-mail e aplicativos de mensagens instantâneas.

A utilização de meios virtuais para a negociação e celebração do ANPP é expressamente prevista, por exemplo, na Orientação nº 40 da Câmara de Coordenação e Revisão – Criminal do MPF, que prevê que *“A negociação e a celebração de acordos de não persecução penal poderão ocorrer por meios exclusivamente virtuais (e-carta, e-mail, ligações de voz ou imagem, aplicativos de reuniões ou outras formas de interação virtual).”*⁵

Independentemente do meio que seja utilizado, o mais importante é que se consiga que o investigado tenha efetiva ciência da proposta oferecida pelo Ministério Público ou de sua recusa, de forma a que sejam garantidos seus direitos de, caso queira, se manifestar quanto à proposta de ANPP ou, caso haja recusa, impugnar o ato ministerial na forma do §14 do art. 28-A do CPP.

Logo, entendemos que, dado o caráter ficto da notificação via diário oficial, caso o Ministério Público somente consiga notificar a parte investigada através da referida publicação oficial, esta não poderá ser utilizada como argumento para fins de (1) negativa de oferecimento do ANPP durante o processo, sob a alegação de inércia da parte em se manifestar quanto à proposta no prazo concedido na publicação, e (2) contagem de prazo para impugnação da decisão ministerial de não oferecimento do acordo.

Se nem mesmo o CPP equipara o valor da citação ficta por edital à citação pessoal, como se vê pela redação do artigo 366⁶, não permitindo, portanto, que o direito de defesa do acusado seja vulnerado pelo fato de o poder público não ter conseguido encontrá-lo, não faz sentido que quando do oferecimento do ANPP ou da notificação de sua recusa via imprensa oficial se permita que o investigado perca seu direito à escolha quanto à celebração do acordo ou à impugnação de sua rejeição.

Assim como é dever do poder público, via poder judiciário, encontrar o réu para citá-lo quando do oferecimento de denúncia, é dever do mesmo poder público, via Ministério Público, encontrar o investigado para que lhe seja dada efetiva ciência da possibilidade do acordo ou de sua rejeição.

Entendimento em contrário importaria em violação ao já supracitado direito do investigado a que haja uma manifestação ministerial do órgão acusatório quanto ao cabimento do benefício caso estejam presentes seus requisitos objetivos, tendo em vista que, caso não haja meios que lhe permitam ter ciência de tal manifestação, tal direito não terá a menor efetividade.

Veja-se, não se está aqui falando da hipótese daquele que deliberadamente tenta se ocultar para não ser notificado. Em tal hipótese mostra-se perfeitamente

⁵ Fonte: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-40-orienta_sobre_anpps_virtuais_assinada.pdf - Acesso em 12/05/2021

⁶ “Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

cabível para a notificação do ANPP a aplicação analógica dos entendimentos firmados quanto à citação por hora certa. Trata-se aqui da situação em que o investigado simplesmente não é encontrado, sem que haja quaisquer indícios de que este esteja se ocultando de forma proposital.

No caso de rejeição ao oferecimento do ANPP, a solução é mais simples, basta que o membro do *Parquet* manifeste em cota, quando do oferecimento da denúncia, os motivos pelos quais não oferecerá o acordo, mesmo estando presentes seus requisitos objetivos. Dessa forma o prazo para impugnação será contado não da publicação no diário oficial, mas sim da citação do acusado, quanto este então terá efetiva ciência do teor da manifestação ministerial de rejeição. Tal solução foi adotada expressamente pelo Ministério Público do Rio de Janeiro no art. 7º, *caput*, da Resolução GPGJ 2.429/2021.⁷

A questão torna-se mais complexa, todavia, no caso em que o Ministério Público entenda ser cabível o acordo, pois a utilização da publicação por diário oficial em substituição a formas efetivas de notificação do investigado quando este não é encontrado por outros meios poderá em certos casos desencadear em indesejada situação de seletividade socioeconômica indireta na celebração do ANPP, pois, infelizmente, a realidade do cotidiano forense nos mostra que, não raro, pessoas hipossuficientes econômicas são mais difíceis de serem encontradas pelos mais diversos motivos, seja por morarem em áreas de difícil acesso ou dominadas por facções criminosas, seja por não terem meios econômicos para adquirirem um aparelho celular ou, nos casos de moradores de rua, por sequer terem moradia fixa.

Se por um lado sabe-se que é completamente irreal e absurdo exigir-se que o Ministério Público crie um modelo de notificações totalmente infalível e universal, por outro lado, não pode a parte investigada ser prejudicada com a perda de um direito de que sequer teve efetiva ciência.

Ocorre que encontrar o investigado é um ônus imposto ao Ministério Público e, embora na maior parte dos casos tal ônus não possa ser cumprido por motivos plenamente justificáveis, não pode o cidadão ser prejudicado por essa falha do estado.

Por esse motivo, torna-se necessário que nesses casos o entendimento de que o ANPP somente é cabível até a fase de recebimento da denúncia (art. 396 do CPP) seja afastado para que se permita que o acordo seja cabível até a fase da ratificação do recebimento da denúncia (art. 396 do CPP).

⁷ Art. 7º - No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o que deve ocorrer sempre de forma fundamentada em elementos concretos, a denúncia deve ser oferecida e o investigado poderá requerer, no prazo da resposta prevista no art. 396-A do Código de Processo Penal, a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, na forma do art. 28 do mesmo diploma normativo. Parágrafo único - O Procurador-Geral de Justiça, recebidos os autos, poderá:
I - propor o acordo ou designar membro do Ministério Público para fazê-lo;
II - manter a recusa e encaminhar os autos ao órgão de origem para prosseguimento.

Em tal hipótese entendemos que o membro do *Parquet* poderá oferecer a denúncia e, em cota à exordial, requerer que na citação o juízo também notifique a defesa para que se manifeste quanto ao interesse na celebração de eventual ANPP.

Caso o Ministério Público assim não o faça, ainda assim o vício poderá ser facilmente sanado, bastando que a defesa provoque, via resposta à acusação, o Ministério Público a se manifestar quanto ao cabimento do ANPP.

Dessa forma, além de não serem violados os princípios constitucionais da isonomia e impessoalidade, permite-se também que o membro do Ministério Público possa cumprir os prazos legalmente previstos para oferecimento da denúncia.

4. Retroatividade da lei penal híbrida mais benéfica

O artigo 5º, inciso XL, da CRFB prevê expressamente o princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. O tema é também tratado no parágrafo único do art. 2º do Código Penal, que estabelece que, no caso de *novatio legis in melius*, a lei penal será aplicada a fatos anteriores, ainda que decididos por sentença penal condenatória transitada em julgado.

O art. 2º do Código de Processo Penal, por sua vez, ao tratar da aplicação da lei processual penal no tempo, dispõe que “*A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anteriores*”, o que demonstra que o legislador optou por adotar nesse caso o princípio *tempus regit actum*, ou seja, a lei processual penal, em regra, terá aplicação imediata.

O grande problema, todavia, surge quando se torna necessário a análise da aplicação no tempo das chamadas normas penais híbridas (ou mistas), que são aquelas que trazem, ao mesmo tempo, conteúdo material e processual.

Nessa toada, importante que se esclareça que já em vários acórdãos foi aceita pelos tribunais superiores a premissa de que normas processuais que tenham reflexos imediatos sobre a extinção da punibilidade do agente, como é o caso, por exemplo, das normas que tratam do tipo de ação penal ou de prescrição, têm natureza híbrida.⁸⁻⁹

A possibilidade de extinção da punibilidade da conduta praticada com o cumprimento integral do acordo de não persecução penal¹⁰ permite que se conclua que as normas que introduziram o ANPP em nossa legislação têm natureza mista, assim como aquelas referentes aos institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Ocorre que, ao tratarem do tema da retroatividade do ANPP em precedentes recentes, a 1ª turma do Supremo Tribunal Federal e a 5ª turma do Superior Tribunal

⁸ STF - Ext: 1501 DF - DISTRITO FEDERAL 0004016-15.2017.1.00.0000, Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 27/02/2018, Segunda Turma

⁹ STJ - HC: 583837 SC 2020/0121742-8, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 04/08/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/08/2020

¹⁰ O § 13 do art. 28-A do Código de Processo Penal assim dispõe: “*Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.*”

de Justiça decidiram por limitar suas hipóteses de retroação, entendendo que o ANPP seria aplicável a fatos anteriores somente caso a denúncia ainda não tivesse sido recebida.^{11 12}

A 6ª turma do STJ, por sua vez, em um primeiro momento se posicionou favoravelmente à possibilidade de aplicação retroativa do ANPP mesmo após o recebimento da denúncia, sob o fundamento de que se trataria de norma de natureza jurídica mista mais benéfica, todavia, em julgado posterior, optou por modificar seu entendimento, alinhando-se à posição já adotada pela 5ª turma.^{13 14}

A posição contrária à possibilidade de retroação do ANPP quando já houve o recebimento da denúncia vem sendo defendida também por parcela considerável da doutrina, como é o caso de Douglas Fischer, que entende 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 da Lei nº 9.099/95.¹⁵

O autor prossegue ponderando que a argumentação favorável à aceitação da retroação do ANPP com base no princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica implicaria, necessariamente, *“que se abra a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena mais favorável à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal”*. Afirma, também, que o instituto foi criado para ser utilizado em situações em que a denúncia criminal não tenha ainda sido recebida, motivo pelo qual, recebida a denúncia, seria inviável, por questão temporal, o oferecimento do ANPP.¹⁶

Por fim, pontua que não há risco de violação ao princípio da isonomia, pois, segundo seu entendimento a isonomia deixa de existir se houver o recebimento da

¹¹ STF - HC: 191464 SC 0103089-52.2020.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 11/11/2020, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/11/2020 (grifos nossos)

¹² STJ - HC: 607003 SC 2020/0210339-9, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2020

¹³ STJ - AgRg no HC: 575395 RN 2020/0093131-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 08/09/2020, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/09/2020

¹⁴ STJ - AgRg no HC: 628647 SC 2020/0306051-4, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2021, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/06/2021

¹⁵ FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso, www.meusitejuridico.com.br, 11 de julho de 2020. Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>, acesso em 09/06/2021.

¹⁶ Ibid.

denúncia, tendo em vista que a situação jurídica de uma pessoa que já está sendo processada é diferente de alguém que não está.¹⁷

Renato Brasileiro de Lima, por sua vez, sustenta que, devido ao fato de a Lei nº 13.964/19 também ter alterado o Código Penal para fins de prever que, antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP, conforme redação atual do art. 116, IV, do CP, a norma que introduziu o ANPP no ordenamento teria natureza penal nitidamente mais gravosa, por trazer consigo uma nova causa de suspensão da prescrição. Por esse motivo, entende o autor que a aplicação do instituto deve ficar restrita aos crimes cometidos após a vigência do Pacote Anticrime, sob pena de violação ao princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa.¹⁸

Data venia, ousamos discordar da posição do ilustre autor. Em muitos casos, a nova lei trará tanto aspectos mais benéficos quanto mais prejudiciais em relação à lei anterior. Em tais situações, a análise do grau de benefício ou de prejuízo da nova lei deve ser feita através de uma análise global, ou seja, que considere todas suas características.

Apesar de prever a nova causa de suspensão da prescrição, a nova lei prevê também nova hipótese de extinção da punibilidade, propiciando ao investigado que este mantenha sua primariedade e não tenha de ser submetido aos rigores de um processo penal.

Ademais, se no caso concreto o investigado entender que seria pior para sua situação ter a prescrição de sua conduta suspensa do que submeter-se a um processo criminal, bastaria este se negar a celebrar o acordo. Por tal motivo, entendemos que, em análise global, o ANPP indubitavelmente é *lex mitior*.

Dessa forma, em que pese os argumentos apresentados, entendemos ser mais adequada aos ditames constitucionais a posição doutrinária que sustenta a possibilidade de aplicação retroativa do ANPP aos processos em andamento mesmo após já ter ocorrido o recebimento da denúncia, sob pena de frontal violação à garantia constitucional insculpida no inciso XL do art. 5º da CRFB.

A norma penal híbrida (ou mista) mais benéfica inevitavelmente desencadeará, quando da análise de sua aplicação no tempo, um conflito aparente de fundamentos normativos de eficácia, quais sejam, o art. 5º, XL, da CRFB, que regula a aplicação no tempo da norma material penal mais benéfica, e o art. 2º do Código de Processo Penal, que trata da eficácia no tempo da lei processual penal.

A dogmática nos ensina que um conflito aparente entre uma norma constitucional e uma norma legal é facilmente solucionado através do critério hierárquico, com a prevalência da norma constitucional.

Logo, não concebemos ser possível, dentro dos critérios estabelecidos na teoria geral do direito, que, no caso de um conflito aparente de fundamentos

¹⁷ Ibid.

¹⁸ LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal – Volume Único. 10ª ed., p. 251, Juspodium, 2021, p. 251.

normativos de eficácia temporal de uma norma híbrida, aquele previsto na legislação infraconstitucional prevaleça, em detrimento do mandamento constitucional, como ocorre quando se entende pela limitação da retroação do ANPP para que este seja aplicável somente aos casos em que a denúncia ainda não foi recebida.

A solução que permite a aplicação retroativa do ANPP sem que haja essa limitação temporal também é a única que não viola o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, que, segundo Canotilho, impõe que, *“no caso de dúvidas, deve se preferir a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.”*¹⁹

O argumento de que a retroação nos casos em que já houve o recebimento da denúncia violaria a vontade do legislador, tendo em vista o fato de o chamado acordo de não continuidade da ação penal não ter sido mantido na redação final do chamado “Pacote anticrime”, também não merece ser acolhido, pois o que o inciso XL do art. 5º da CRFB impõe é justamente uma limitação à vontade do legislador, de forma que as normas legais por este produzidas devem ser interpretadas em conformidade com a regras e princípios expressos na constituição.

Dizer que o ANPP não retroage porque o instituto foi criado para casos em que ainda não houve o recebimento da denúncia não nos convence em termos argumentativos justamente porque nunca se controverteu que esta é a regra geral, todavia, o que se discute é uma hipótese de exceção imposta constitucionalmente.

A própria redação do inciso XL do art. 5º da CRFB, ao utilizar a preposição “salvo”, que traz ideia sintático-semântica de exclusão de uma situação geral, deixa claro que o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica é aplicado em hipótese de exceção às regras gerais dos incisos XXXVI, (a *lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada*) e XL, primeira parte (a *lei penal não retroagirá*), do art. 5º da CRFB.

Dessa forma, entendemos que não faz sentido, portanto, que se utilize como argumento uma regra geral (o fato de o ANPP ter sido criado para aplicação antes do recebimento da denúncia) para tentar se solucionar uma situação de exceção (quando a norma penal híbrida posterior for mais benéfica ao réu em casos de processos nos quais já houve o recebimento da denúncia).

A violação à isonomia pela inadmissão da retroação do ANPP em casos em que já houve o recebimento da denúncia também fica muito clara ao verificarmos que, caso tal posição continue sendo adotada, poderemos nos deparar com situações em que duas pessoas, em diferentes contextos, tenham cometido o mesmo crime de forma idêntica e no mesmo dia, antes do advento da Lei nº 13.964, mas uma venha a receber o benefício e outra não a depender do grau de diligência dos órgãos estatais responsáveis pela persecução criminal.

Dizer que em tal situação não há violação à isonomia porque em um caso uma pessoa já teve a denúncia criminal recebida e no outro não é o mesmo que negar

¹⁹ CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., p. 227, *apud*, LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquemático*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017, p. 164.

vigência ao próprio princípio da isonomia, que é dirigido, principalmente, mas não de forma exclusiva, ao estado, que não pode estabelecer tratamentos desiguais a pessoas que se encontram exatamente na mesma circunstância jurídica, o que inevitavelmente ocorrerá caso se permita ser possível que o estado possa, através do poder judiciário, com a prolação da decisão de recebimento da denúncia, subtrair de uma pessoa um direito que é concedido a outra que está em idêntica situação.

Não se pode conceber, dentro dos preceitos do princípio da igualdade, que um cidadão, em um estado democrático de direito, possa deixar de responder a um processo criminal, enquanto outro na mesma situação não tenha o mesmo direito, simplesmente por ter dado o azar de ter tido sua denúncia recebida antes do advento de uma lei. Trata-se de hipótese clara de tratamento anti-isonômico decorrente de atuação do próprio estado, o que é vedado pela constituição.

Deve se considerar também, como bem assevera Marcos Paulo Dutra, que o instituto do ANPP guarda clara identidade ontológica e teleológica com a transação penal, tendo em vista que:

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 somente impedindo novo benefício nos próximos 5 anos, enquanto, se inadimplida, restaura 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, afinal, ubi ratio eadem jus*. Por conseguinte, os ANPPs alcançam as ações penais em curso, independentemente da fase na qual estiverem.²⁰

Nesse sentido, importante que se reconheça que os tribunais superiores já se posicionaram em diversas oportunidades de forma favorável à retroatividade da transação penal.²¹⁻²²⁻²³⁻²⁴

Por fim, no que se refere à discussão quanto ao termo final para incidência da retroatividade penal do ANPP, entendemos que em termos dogmáticos não seria

²⁰ DUTRA, Marcos Paulo. Comentários ao Pacote Anticrime. São Paulo. 1ª edição. Método, 2020, págs. 154 e 155.

²¹ STF - ADI: 1719 DF, Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 18/06/2007, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35

²² STF - Inq: 1055 AM, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 24/04/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028 RTJ VOL-0162- PP-00483

²³ STJ - HC: 55064 SP 2006/0037120-4, Relator: Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, Data de Julgamento: 09/05/2006, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.05.2006 p. 283 REVFOR vol. 387 p. 437

²⁴ STJ - RHC: 15495 SP 2003/0234153-0, Relator: Ministro PAULO MEDINA, Data de Julgamento: 31/08/2005, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJ 10/10/2005 p. 433

adequada posição que estabelecesse como marco temporal final a prolação da sentença de mérito, posição essa já adotada pelo STF no que se refere ao instituto da transação penal²⁵.

Nesse ponto, somos obrigados a concordar com a posição, já sustentada por Sauvei Lai²⁶, Marcos Paulo Dutra²⁷ e Douglas Fischer²⁸, de que, por coerência lógica, defender a aplicação retroativa do ANPP, nos termos do art. 5º, XL, da CRFB, implica, necessariamente, defender sua aplicação até mesmo para processos com trânsito em julgado.

O professor Sauvei Lai ainda acrescenta que, segundo seu entendimento, até mesmo um condenado com pena já cumprida poderia ter interesse no ANPP para afastar a reincidência de sua folha de antecedentes criminais. Em tal caso, entende o autor que *"(...) a pena acordada seria absorvida e detraída da pena executada (art. 42 do CP), se (a provavelmente) mais gravosa. Nesse sentido, considerar-se-iam adimplidas as condições de imediato e, assim, viabilizar-se-ia a decretação da extinção de punibilidade e o afastamento da reincidência."*²⁹

Entendemos, todavia, que em qualquer dos casos de aplicação do ANPP de forma retroativa, caso a defesa tenha interesse no acordo, deve requerer ao juízo, no primeiro momento processual em que tenha oportunidade para falar nos autos após o início da vigência da lei da Lei nº 13.964/2019, que inste o Ministério Público a se manifestar quanto ao mesmo, sob pena de preclusão. Se preferir deixar o processo transcorrer, a defesa terá tacitamente demonstrado desinteresse no acordo e que o réu prefere se submeter ao processo criminal.

Entendimento em contrário permitiria que a defesa pudesse optar por somente requerer ao juízo que instasse o Ministério Público a se manifestar quanto ao ANPP após avaliar, por exemplo, se a instrução é favorável a uma eventual condenação ou absolvição, o que violaria todo o sentido da norma que rege o acordo de não persecução penal, que visa justamente a dispensa da prática de atos processuais.

5. Desclassificação da conduta para outra de menor gravidade

A desclassificação, em termos processuais penais, consiste no ato do juiz que reconhece que a classificação criminal inicialmente dada a determinada conduta pelo Ministério Público em exordial não condiz com o que foi apurado através das provas produzidas nos autos do processo.

Nesse sentido, podemos citar como exemplos a hipótese em que há denúncia por roubo e, em sede de sentença, o juiz desclassifica a conduta para furto, ou casos

²⁵ STF - HC: 74305 SP, Relator: MOREIRA ALVES, Data de Julgamento: 09/12/1996, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 05-05-2000 PP-00021 EMENT VOL-01989-01 PP-00206 RTJ VOL-00173-02 PP-00536

²⁶ LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro. Nº 75, p. 180, jan./mar. 2020.

²⁷ DUTRA, Marcos Paulo. *op cit.*, p. 158.

²⁸ FISCHER, Douglas, *op cit.*

²⁹ LAI, Sauvei, *op cit.*, p. 180.

em que há denúncia por crime doloso contra a vida e o juiz desclassifica a infração para outro crime cujo julgamento não compete ao Tribunal do Júri.

Caso haja desclassificação, sem oposição do Ministério Público, de uma conduta para qual não caiba ANPP para outra para a qual o acordo seja cabível, entendemos que também será cabível o oferecimento do acordo, afinal de contas, não pode o particular ser punido por um erro do estado na capitulação delitiva em sede de exordial ou na apuração dos fatos.

Nesse ponto repisamos os mesmos argumentos já levantados no que se refere à aplicação do ANPP de forma retroativa em processos em curso tanto no que se refere à necessidade de o acordo seja oferecido no primeiro momento processual possível após a desclassificação, devendo a defesa e o Ministério Público zelar por isso, quanto no que se refere à necessidade de preservação da isonomia.

Não pode o estado subtrair de um particular direito que é concedido igualmente a outro que esteja em idêntica situação simplesmente com base no argumento de que a atividade do estado tornou a situação daqueles dois particulares distinta. Tal ideia iria de encontro à própria noção de isonomia, que determina que não pode o estado tratar de forma desigual particulares que se encontrem na mesma situação.

Novamente nos deparamos com situação em que há confronto entre garantias constitucionais, de aplicabilidade imediata (aquelas previstas no art. 5º, *caput*, inciso I, e §1º, da CRFB), com normas infraconstitucionais (no caso, o art. 2º do Código de Processo Penal, que trata da eficácia no tempo da lei processual penal), hipótese na qual entendemos que não há dúvida de que se mostra impositiva a prevalência da norma constitucional.

A redação do §1º do artigo 492 do CPP permite que, no caso de desclassificação na segunda fase do tribunal do júri, o juiz presidente possa aplicar o disposto nos artigos 69 e seguintes da Lei nº 9.099/95, o que possibilita o oferecimento, mesmo após o recebimento da denúncia, já no curso do processo, dos institutos despenalizadores da suspensão condicional do processo e da transação penal, sendo que este último instituto tem clara aproximação ontológica com o ANPP.

Verifica-se, portanto, que o oferecimento, durante o processo, de um instituto criado para ser utilizado na fase pré-processual da persecução penal, como é o caso da transação penal, no caso excepcional de haver ocorrido situação em que se constata erro do estado na classificação de um delito *ab initio*, não é situação que causa espécie ao legislador.

Logo, faz sentido que o mesmo raciocínio possa ser aplicado no que se refere à desclassificação e o cabimento do ANPP no curso do processo, dada a necessidade da preservação de garantias fundamentais de aplicabilidade imediata, com óbvia prevalência hierárquico-normativa sobre normas processuais infraconstitucionais.

6. Conclusão

Em um contexto em que cada vez mais se verifica que o modelo tradicional repressivo de política criminal se mostra insuficiente para oferecer uma resposta às mazelas da sociedade, o ANPP se apresenta como uma novidade legislativa bem-vinda, pois traz um ampliamto das funções institucionais do Ministério Público, tendo por objetivo propiciar que haja uma diminuição do já expressivo número de demandas criminais em curso perante o poder judiciário, permitindo que os órgãos de persecução penal possam atuar com mais ênfase no combate aos crimes de maior gravidade e preservando a primariedade de investigados que confessem terem cometido crimes de menor gravidade e cumpram os requisitos do acordo.

A lei deixa claro que a aferição quanto à existência dos requisitos do acordo é atividade privativa do Ministério Público, o que cria para o *Parquet* um poder-dever institucional.

Essa atribuição do Ministério Público jamais pode ser subtraída pelo poder judiciário, sob pena de desvirtuação do instituto despenalizador. Por tal motivo, somos firmes em defender que, em qualquer dos casos em que defendemos ser cabível de aplicação do ANPP no curso do processo, torna-se necessário que se preserve essa prerrogativa do Ministério Público.

Isso quer dizer que, caso haja processo criminal em curso relativo a caso em que o réu preenche os requisitos objetivos para oferecimento do acordo, cabe ao juiz somente instar o Ministério Público a se manifestar quanto à presença ou não dos requisitos subjetivos, jamais podendo o magistrado imiscuir-se na função do Ministério Público de avaliação destes.

Dessa forma, se por exemplo o réu foi condenado por crime para o qual caiba ANPP, mas o processo está em curso com manifestações ministeriais que buscam, através de recurso, a condenação do réu por crime mais grave, para o qual não caiba o ANPP, o acordo não será cabível, pois o Ministério Público terá deixado claro que entende que a conduta do acusado não se amolda àquelas suscetíveis ao recebimento da benesse.

Mostra-se necessário, na interpretação das formas de aplicação do ANPP, que a doutrina e a jurisprudência busquem soluções que adequem as regras processuais do instituto com a necessidade de excepcioná-las que, em muitos casos, advirá de seu confronto com os direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição Federal, dada a prevalência hierárquica desses últimos.

Caso haja a aceitação de maneira ampla pela jurisprudência de entendimento que permita o cabimento do ANPP até a fase de ratificação do recebimento da denúncia (art. 399 do CPP) diversas distorções poderão ser facilmente solucionadas, como já explicitamos quando da análise das hipóteses de ausência de manifestação do Ministério Público quanto ao ANPP, estando presentes seus requisitos objetivos, e dos casos de notificação do investigado somente pela imprensa oficial.

Nesse sentido, entendemos que andou bem o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro ao prever, no art. 7º da RES GPGJ 2.429/21, que o prazo de remessa dos autos ao Procurador Geral no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, será aquele da resposta à acusação, nos termos do art. 396-A, do CPP.

Nos termos da referida resolução, caso seja dado provimento pelo Procurador Geral ao pleito de reavaliação da manifestação de recusa, vindo este a propor o acordo ou designar membro do Ministério Público para fazê-lo, inevitavelmente nos depararemos com situação em que o acordo será oferecido após o momento do recebimento da denúncia previsto no *caput* do art. 396 do CPP, ou seja, já na fase processual da persecução penal, que se inaugura com a citação do acusado, conforme previsto no art. 366 do CPP.

Evidencia-se, portanto, que o Ministério Público Fluminense optou, a nosso ver de forma acertada, por privilegiar métodos de efetivação do ANPP que garantam a proteção de direitos e garantias fundamentais sobre regras meramente processuais. Felizmente, tal posição também já vem sendo adotada em algumas decisões do STJ.³⁰

Dada a abrangência do instituto, é natural que haja divergências na doutrina e na jurisprudência quanto às suas hipóteses de aplicação. Inevitavelmente tais discussões refletirão também nas posições institucionais dos principais atores, necessárias para dar efetividade ao ANPP, quais sejam, o Ministério Público, o Poder Judiciário, a Defensoria Pública e a Advocacia.

Torna-se necessário, todavia, que tais instituições dialoguem entre si para que busquem a uniformização dos procedimentos necessários para que se dê efetividade à vontade do legislador, na busca de soluções que sirvam acima de tudo à sociedade, que deve ser sempre a principal beneficiária da norma penal.

Referências bibliográficas

- CANOTILHO, José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed.
- DUTRA, Marcos Paulo. *Comentários ao Pacote Anticrime*. São Paulo. 1ª edição. Método, 2020.
- FISCHER, Douglas. Não cabe acordo de não persecução penal em ações penais em curso. www.meusitejuridico.com.br, 11 de julho de 2020, Disponível em <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-aco-es-penais-em-curso/>>
- LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro. Nº 75, jan./mar. 2020.
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. São Paulo. 21ª edição. Saraiva, 2017.
- LIMA, Renato Brasileiro. *Manual de Processo Penal – Volume Único*. 10ª ed., Juspodium, 2021,

³⁰ AgRg no REsp 1948350/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 17/11/2021