

A retroatividade do ANPP: impossibilidade de limitação temporal



A Lei 13.964 de 2019, no que trouxe, nos termos das já existentes transação

penal e suspensão condicional do processo, mais um instrumento de justiça penal negociada, qual seja, o acordo de não persecução penal (ANPP), tem gerado inúmeros questionamentos jurídicos acerca da sua aplicabilidade.

O fato de uma nova previsão legislativa trazer discussões e questionamentos acerca da sua conformação jurídica não é novidade. Toda lei, após elaborada, sancionada e publicada, ganha eficácia e autonomia, sendo obrigatório se conformar com as balizas Constitucionais, devendo a elas obediência.

Muitas vezes tais normas merecem o devido controle (de constitucionalidade), resultando daí sua adequação, através das técnicas de decisão específicas.

O Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A CPP, por sua amplitude de aplicação, e a forma como previsto, cremos, ainda será objeto de vários questionamentos, como: 1) Critério objetivo para controle da “discricionariedade (regrada)” do órgão do Ministério Público, diante da previsão de que aquele órgão **“poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”**, estando incumbido de avaliar e decidir se o Acordo é suficiente; 2) Quando será o caso de estipulação de condição única ou cumulada; 3) O controle da proporcionalidade e compatibilidade da eventual “outra” condição não prevista, imposta pelo Ministério Público; 4) Critérios objetivos para definição de **conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, conduta insignificante e infrações penais pretéritas**, para o controle da eventual recusa pelo Ministério Público de oferta do ANPP; 5) Constitucionalidade do requisito da Confissão; 6) Retroatividade da Norma a Fatos Pretéritos, dentre outras que possam surgir.

Nada obstante, já termos ensaiado em artigo intitulado [Acordo de não persecução penal e a reincidência](#), opinião da possibilidade de efeito expurgatório da reincidência, através do ANPP retroagir a fatos pretéritos já transitados em julgado, tendo em vista tema análogo ter sido o primeiro a ganhar a atenção do Supremo Tribunal Federal, bem como já haver uma decisão no AGreg. Habeas Corpus 191.464 — 1ª Turma do Egrégio STF no sentido da retroatividade limitada ao não recebimento da denúncia, decidimos mais uma vez abordar o tema, em específico para analisar os fundamentos adotados na referida decisão..

Como se sabe o Ministro do Egrégio STF, Gilmar Mendes, afetou ao Plenário, para fins de abstrativização do tema, o HC 185.913, que versa sobre a aplicação retroativa do art. 28-A CPP, o ANPP, destacando as questões a serem analisadas, nos seguintes termos:

“(...) Trata-se de questão de interesse constitucional e regulada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XL, nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Certamente, discute-se a potencial aplicação de tal dispositivo também a normas de natureza mista ou processual com conteúdo material.

Nesse sentido, preliminarmente, delimito as seguintes questões problemas:

a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo? (...)”

Nada obstante, a 1ª Turma do Egrégio STF, em julgamento do posterior AREG. Habeas Corpus 191.464, denegou a ordem, ao entendimento da retroatividade do ANPP, porém limitando este efeito com a fixação da tese 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”.*

Como o leitor poderá constatar no anterior artigo por nós publicado, defendemos a retroatividade ilimitada na nova norma mais benéfica, com total eficácia e sem limitação temporal. Logo o presente faz uma crítica a decisão exarada nos autos do AGreg. HC 191.464 julgado pela 1ª Turma do Egrégio STF.

Acreditamos ter havido restrição de Garantia Constitucional Individual, o que em abstrato, não revela-se um erro, dado o consenso que até as Garantias Constitucionais Individuais não são absolutas, podendo ser flexibilizadas diante de outra Garantia Individual pelo meio da Ponderação de Interesses, mas que não mostrou-se a nosso ver correta, diante da questão posta em análise.

Creemos que no caso a restrição da Garantia Constitucional Individual, reduzindo seu espectro de aplicação, deu-se com o seguinte proceder: Ponderação com norma de menor hierarquia; Interpretação do instituto pelo *nomen juris*, literal e vontade do legislador; Invocação de julgados superados por julgamento uniformizador posterior; Argumento consequencialista.

Nada obstante, humildemente, cremos que a decisão tomada pela 1ª Turma foi equivocada.

Destacamos inicialmente o trecho do acórdão que, após reconhecer a natureza mista e ao iniciar a análise da possibilidade da retroatividade da norma insculpida no art. 28-A CPP, delineou as normas por ele consideradas em conflito para o exame do tema:

“(...) 8. Para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: **“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL)**. A garantia foi também assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal 2 . **Por outro lado, para leis penais processuais, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade de atos anteriores, conforme art. 2º do CPP (tempus regit actum) 3 . (...)”**

Em seguida inicia a explanação na hipótese, da ponderação de tais normas:

“(...)9. **Em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados**, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior. Se a conformação não for realizada expressamente pelo legislador, cabe ao intérprete fazê-la.. (...)”

Observe-se que o acórdão, para análise do alcance da Garantia prevista no art. 5º XL CRFB/1988 a relativizou, tomando como norma de ponderação, dispositivo infraconstitucional, qual seja, o previsto no art. art. 2º do CPP, reduzindo o alcance e a eficácia do Direito Fundamental.

É lição basilar, que a norma Constitucional tem primazia e deve prevalecer sobre as de menor hierarquia.

Prossegue o acórdão, asseverando que a norma em análise não se conforma com processos já em curso; sentenciados; e com transito em julgado, em clara eleição, a nosso ver, de ineficiente método de interpretação, o literal, que dá primazia ao que está contido no simples texto da lei sem buscar extrair da norma seu real e verdadeiro alcance e eficácia.

O seguinte trecho do Acórdão evidencia a aduzida hermenêutica:

“(...)10. A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado. 11. Entretanto, penso que o procedimento em torno do ANPP o situa em uma fase específica da persecução penal e, diante da sua natureza também processual, deve ser prestigiada a marcha progressiva do processo. 12. **A leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual) 4 , mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10 5). (...)”**

Ao que nos parece, o acórdão deu primazia a interpretação literal da lei, e ao propagado *nomem juris* do instituto, para delimitar sua aplicação, fazendo letra morta a Garantia Constitucional Individual da Retroatividade da Norma penal mais Favorável, que pode e deve ser extraída da norma numa interpretação mais ampla e efetiva.

Na Hermenêutica Constitucional, deve o interprete valer-se do método interpretativo da **Máxima Efetividade**, para alcançar a maior aplicabilidade e eficácia do Direito Fundamental.

Além disto, no caso cabe a sempre precisa e valiosa lição do Mestre Carlos Maximiliano dando destaque a separação entre o trabalho do legislador e do intérprete:

“(...)A lei é a vontade transformada em palavras, uma força constante e vivaz, objetivada e independente do seu prolator; procura-se o sentido imanente no texto, e não o que o elaborador teve em mira.” Prossegue o mestre da hermenêutica: **"Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor (...)"**MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e aplicação do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Observamos ainda que o acórdão, para fundamentar a decisão, valeu-se dos seguintes precedentes que versaram sobre a aplicação retroativa dos Institutos similares da Suspensão Condicional do Processo e Transação Penal, previstas na Lei 9.099/95: **HC nº 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996; HC 77.216, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, j. 23.06.1998; RE 217.626, Rel. Min. Ilmar Galvão, j. 24.04.1998.**

Observa-se que as decisões são bem anteriores aquela tomada em sede de controle concentrado e abstrato de constitucionalidade, que deu a devida e acertada solução a problemática em torno da retroatividade dos Institutos Despenalizadores da **TP** e **SCP**, nos autos da ADI1719, **julgada em 18.06.2007.**

A referida ADI1719 fixou o entendimento da possibilidade da retroatividade da SCP e TP, previstos na Lei 9.099/95 por ser lei com conteúdo penal mais favorável, superando por tanto, o que foi decidido nos julgados usados como precedentes.

Em uma análise dos votos da ADI1719, não encontra-se qualquer ressalva que possa representar a adoção de uma limitação temporal a retroatividade da norma penal mais benéfica.

O tema em específico, admitindo sua retroatividade até em casos já transitados em julgado, já foi objeto de análise, como colhe-se dentre outros o caso concreto julgado **HABEAS CORPUS Nº 35.545 – SP (2004/0068662-1).**

Por fim, cremos igualmente equivocado o argumento de ordem consequencialista, que segundo o acórdão, ensejaria um colapso no sistema criminal.

Para além de, a nosso ver, tal argumento ser inadmissível para ceifar a concretização de um Direito e Garantia Individual Fundamental previsto na Constituição da República, pois fulmina o vetor maior da Constituição Federal, a **Dignidade da Pessoa Humana**, dando primazia a questões procedimentais e burocráticas em prejuízo à figura do Cidadão, a análise nos parece precipitada e sem o devido estudo técnico e prático.

A nosso ver, ao menos em uma visão inicial, e ao contrário do que sustenta o argumento consequentialista esposado no HC 191464, a grande quantidade de processos em curso, que poderiam ser objeto de formulação de ANPP, a ser analisada, estudada e estruturada forma eficiente à oportunidade do acordo, trariam mais economicidade e eficiência do que ao contrário.

Tomemos somente os processos que estejam pendentes de realização de instrução em 1ª instância, os quais poderiam ter fim pela oportunidade e celebração do ANPP (**com a possibilidade de exame e reflexão do Réu junto a sua Defesa Técnica**). Só em tais casos poderia evitar-se a continuidade destes processos e por consequência a chegada destes aos Tribunais, descongestionando o saturado sistema.

Pensamos então que tal argumento, ainda que incabível na hipótese, por não ser legítimo a barrar a aplicabilidade de um Direito Fundamental Constitucional, mostra-se apressado e sem o devido respaldo técnico.

Por fim constata-se que limitar temporalmente a retroatividade da norma penal benéfica, afronta o **PRINCÍPIO DA ISONOMIA**.

Consideremos as hipotéticas situações de Tício e Mévio. Tício primário, foi preso e processado pelo delito do art. 180 CP. Em relação a tal fato tem-se o seguinte histórico processual: Prisão em 23.12.2019; Denúncia ofertada em 08.01.2020; Defesa Técnica requer a oferta do ANPP por ser norma posterior mais benéfica; Oferta do Acordo pelo MP; Aceitação; condição de 04 meses de PRD; cumprimento; extinção da punibilidade; primariedade mantida.

Já Mévio primário, foi preso e processado pelo mesmo delito do art. 180 CP; prisão em 03.03.2019; Denúncia em 10.03.2019; confissão (ou não); sentença condenatória; pena de PPL de 01 ano, substituição por PRD; cumprimento; extinção pelo cumprimento em 10.07.2020; Reincidente.

Agora, imagine-se que Tício e Mévio, em 10.08.2020, sejam juntos presos e denunciados no art. 33 da lei 11.343/2006, e após o trâmite processual, Tício primário recebe a pena de 01 ano e 08 meses com substituição da PPL por PRD, e Mévio, reincidente, recebe a pena de 05 anos e 10 meses em regime fechado, com as imposições mais gravosas na execução penal.

Ora, observa-se que Tício, ao contrário de Mévio, e somente pelo fato temporal de ter cometido o primeiro delito em data que de acordo com o entendimento esposado no Agr. HC STF 191.464, teve oportunizado o ANPP o que lhe proporcionou a manutenção de sua primariedade, teve uma situação bem mais amena na resposta penal.



Efetivamente, o entendimento de limitar temporalmente a Retroatividade da Norma Penal mais Benéfica, gerou uma gritante e injusta DESIGUALDADE.

Após estas ponderações, enfatizamos que a norma prevista no art. 28-A, que introduziu a acordo penal, que gera extinção da punibilidade e afasta a reincidência, deve retroagir aos fatos pretéritos, por ser norma de natureza híbrida, mais benéfica, nos termos do art. 5º LX da CRFB/1988 c/c art. 2º parágrafo único do CP, não podendo sofrer limitação temporal.