

DA TRANSAÇÃO COMO ÓBICE AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONSIDERAÇÕES DE DIREITO INTERTEMPORAL

Michel Wencland Reiss¹

Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Daniel Prates Sternick²

Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS)

Artigo recebido em: 21/09/2021.

Artigo aceito em: 20/12/2021.

Resumo

Este artigo pretende examinar, sob a ótica do Direito Intertemporal, a escolha legislativa da transação penal como vedação legal ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao investigado. Analisar-se-á se a transação aceita antes da entrada em vigor da lei que instituiu o mencionado Acordo pode ou não servir com óbice ao mesmo. Partindo de um método normativo-dedutivo, em primeiro lugar, são abordados os contornos constitucionais dados às chamadas normas híbridas, isto é, àquelas que apresentam conteúdo de natureza processual e material. Assim, explica-se a incidência dos princípios penais e processuais penais atinentes ao Direito Intertemporal e sua eventual combinação em caso de normas penais mistas que contenham conteú-

do materialmente benéfico ao acusado. Posteriormente, frisa-se a importância, como corolário da lealdade processual, de se ter uma espécie de previsibilidade quanto ao método interpretativo a ser observado quando da aplicação da lei penal, enfatizando que sua inobservância enseja uma potencialização da insegurança jurídica. Por tudo o que foi dito, concluir-se-á que a transação é óbice ao acordo, tratando-se, portanto, de norma mais gravosa, que não pode retroagir para casos ocorridos antes da lei que instituiu o Acordo de Não Persecução Penal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; Direito Intertemporal; transação penal.

¹ Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RIO). Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). Graduado em Direito pela UFMG. Professor assistente na ESDHC. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9858-3483> / e-mail: michel@michelreiss.com.br

² Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MINAS). E-mail: d.sternick@hotmail.com

THE TRANSACTION AS AN OBSTACLE TO THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: CONSIDERATIONS ON INTERTEMPORAL LAW

Abstract

This article aims to analyze, from the point of view of intertemporal law, the legislative choice of the criminal transaction as a legal prohibition on the offer of the Criminal Non-Prosecution Agreement to the investigated. It is necessary to know if the transaction acceptance before the Law that created the Agreement may or not prevent this. Starting from a normative-deductive method, in the first place we approach the constitutional contours given to the so-called hybrid rules, that is, those rules that have, simultaneously, procedural and material content. In this way, we explain the incidence of the criminal and criminal procedural principles related to intertemporal law and their possible combination in the case of

hybrid rules that have a content materially favorable to the accused. Subsequently, it is emphasized the importance, as a corollary of procedural fairness, a kind of predictability regarding the interpretative method when applying the criminal law, emphasizing that its non-observance undeniably leads to a strengthening of legal uncertainty. For all, the conclusion is that the transaction is an obstacle to the Agreement, and it is a worst rule, that can not retroact to the cases occurred before the Law that instituted the Criminal Non-Prosecution Agreement.

Keywords: *criminal non-prosecution agreement; criminal transaction; intertemporal law.*

Introdução

É sabido que o processo penal se apresenta como um instrumento imprescindível para que o Estado possa exercer seu poder-dever de punir, o que nada mais é do que uma garantia civilizatória de que concretizar seu poder punitivo se dê exclusivamente por meio de um devido processo legal. Ademais, o processo penal tem a inafastável função de proteção dos direitos fundamentais, além da própria dignidade da pessoa humana, o que faz que aplicar uma pena independentemente de um processo criminal seria uma hipótese completamente afastada do ordenamento jurídico constitucional brasileiro.

Contudo, essa imprescindibilidade do processo vem sendo mitigada há décadas, e o próprio legislador constituinte anteviu essa possibilidade quando previu expressamente a criação dos Juizados Especiais. Há na legislação diversos institutos aplicados em momento anterior à própria denúncia ou, ainda, à sentença, como a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Esses institutos, resumidamente, têm o escopo de trazer para a persecução penal um maior espectro de negociação, privilegiando princípios como a economia processual e a celeridade.

Nessa linha, conforme será abordado ao longo deste artigo, a novel Lei n. 13.964/19 instituiu um espaço de consenso na seara criminal por meio do novo art. 28A do Código de Processo Penal (CPP), que prevê o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). O Acordo, que será detalhado ao longo desse artigo, é um ato jurídico a ser celebrado, em determinadas situações, entre o investigado e o Ministério Público (MP) quando do final da etapa pré-processual, isto é, antes mesmo do oferecimento da denúncia. Assim, impede-se o próprio nascimento da ação penal.

Ainda que este artigo perpassa pontualmente pelos espaços consensuais no Direito Penal e Processual Penal brasileiros, o objeto central deste artigo se encontra no § 2º do mencionado art. 28A do CPP, e mais especificamente quanto ao seu inc. III. Essa norma veda o oferecimento do ANPP pelo Ministério Público nos casos em que o investigado tenha sido beneficiado, nos cinco anos anteriores à prática do novo crime, pela transação penal. Assim, esse dispositivo será analisado em consonância com os regramentos disciplinados pelo Direito Intertemporal, uma vez que, dada a natureza mista da Lei n. 13.964/19, tem sido comumente aplicado retroativamente, sem maiores tematizações suficientemente criteriosas a respeito do seu conteúdo.

Destarte, será explicitado como o Direito Intertemporal trata de tais questões em matéria penal e processual penal, sobretudo discorrendo acerca do

princípio da retroatividade da lei penal benéfica e do princípio da imediatidade da lei processual penal e do modo como ambos devem ser aplicados a depender da natureza da norma em estudo. Após tal explanação, será examinada a (im) pertinência de se negar ao investigado o acesso ao ANPP em virtude de ter ele realizado uma transação penal anteriormente à existência da Lei n. 13.964/19. Em outras palavras: o acerto ou não de se permitir a retroatividade indiscriminada do art. 28A do Código de Processo Penal, sem qualquer tipo de distinção quanto ao conteúdo.

Depois de devidamente abordada essa temática, analisar-se-á um argumento recorrentemente utilizado de maneira conservadora em matéria de Direito Intertemporal que é a segurança jurídica. Sob tal alegação, acaba sendo impedido qualquer debate com a devida profundidade sobre, *exempli grata*, qual seria o tratamento constitucionalmente adequado às leis processuais penais, em especial àquelas de natureza mista, o que será enfrentado mais notadamente no âmbito da (ir)retroatividade da lei penal.

Nessa toada, busca-se demonstrar que, na discussão ora apresentada, a segurança jurídica pode soar até mesmo incoerente ou contraditória, visto que estimula a assunção de parâmetros subjetivos, normalmente relacionados à percepção daquele ator judicial sobre o que seria ou não juridicamente inseguro, referente a questões relevantes de direito. Além disso, a ampliação desses espaços de subjetividade pode surtir, justamente, o efeito contrário, isto é, situações semelhantes sendo tratadas de maneiras completamente discrepantes, porquanto a admissão de um campo maior de discricionariedade decisória gera, evidentemente, mais espaço para decisões arbitrárias.

Por esse motivo, acredita-se que, aparentemente, tal argumento pode acabar piorando aquilo que se pretende melhorar, posto que uma maior uniformização dos parâmetros de interpretação em matéria de Direito Intertemporal é essencial para a consecução da própria segurança jurídica. Além de evitar espaços para arbitrariedades, também serviria para conferir aos cidadãos maior previsibilidade e publicidade com relação à maneira como as situações fáticas serão habitualmente definidas pelos operadores do Direito, em especial pelo Poder Judiciário.

Com isso, espera-se demonstrar que a segurança jurídica implica, necessariamente, a adoção de um método interpretativo coeso que perpasse, quando da aplicação de uma nova lei, pelas especificidades do direito penal e processual penal, assim como de seus respectivos imperativos inerentes a um Estado Democrático de Direito.

Por último, apenas cabe aduzir que este artigo se estrutura a partir de uma

simples exposição do que seria a Justiça Negociada, ou seja, a assunção de espaços de negociação dentro do *locus* processual penal, para, enfim, oferecer uma breve investigação propositiva referente à aplicabilidade do art. 28A, § 2º, III, do Código de Processo Penal. Ressalte-se, ainda, que este trabalho não ostenta qualquer pretensão de esgotar o tema ora proposto, mas pretende tão-somente levantar certas indagações com o propósito de viabilizar um debate mais aprofundado sobre os princípios e critérios quando se discute o Direito Intertemporal.

1 A Justiça Negociada e o acordo de não persecução penal

1.1 Breve histórico da Justiça Negociada no Brasil

Durante séculos, o Direito Processual Penal brasileiro não admitiu qualquer tipo de negociação entre as partes, prevalecendo o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública sem qualquer tipo de relativização.³

A Constituição de 1988, por sua vez, passa a prever a existência de Juizados Especiais. No âmbito criminal, a norma diz expressamente acerca do cabimento de transação para as infrações penais de menor potencial ofensivo, nos casos previstos em lei.⁴

Com o advento da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995), passa a haver previsão expressa da transação penal, regulamentando, assim, a norma constitucional. Trata-se de uma proposta feita pelo Ministério Público de aplicação imediata da “pena”, que, uma vez aceita e cumprida, levará à extinção da punibilidade.⁵ Assim, sequer haveria oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o que é o aspecto principal no tocante ao suposto autor do fato. Por fim, a aceitação da transação não implica a aceitação da culpa, tanto é que a norma prevê que não haverá efeitos civis, nada impedindo que a vítima proponha eventual ação que entender cabível no juízo cível.⁶

Fácil notar que a transação penal tem nítida inspiração no instituto jurídico do *plea bargain*, característico do *Common Law*, que nada mais é do que uma proposta feita pela acusação visando a aplicação imediata de uma pena menor do que seria a sanção aplicada pelo Juiz ao final de um processo. Em contrapartida,

3 Segundo Badaró (2020, p. 227), o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública consiste na obrigação do Ministério Público em oferecer denúncia quando se convencer da existência de um crime e dos indícios de autoria. Para o autor, não há campo de discricionariedade, visto que o MP “não poderá concluir que há justa causa para a ação penal, mas optar por não exercer o direito de ação mediante o oferecimento da denúncia”.

4 Art. 98, I, da Constituição (BRASIL, 1988) e art. 61 da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995).

5 Art. 76 da mencionada Lei (BRASIL, 1995).

6 Art. 76, § 6º, da mesma Lei (BRASIL, 1995).

o autor do fato deve confessar a autoria e, assim, fica livre de uma acusação formalizada. Entretanto, o *plea bargain* gera coisa julgada material.⁷

Basicamente, o *plea bargain* é um pouco mais amplo que nossa transação, já que nesta não há confissão de culpa e a aplicação está restrita às infrações de competência do Juizado.⁸

Ocorre que, mesmo diante de tais diferenças, a transação inaugura no Brasil a ideia de Justiça Penal negociada.⁹

1.2 O Acordo de Não Persecução Penal no Direito brasileiro

No início do mandato do Governo Bolsonaro, seu então Ministro da Justiça, o ex-juiz Sérgio Moro, enviou para o Congresso um anteprojeto de lei que foi cunhado de “Projeto Anticrime” – como se fosse possível pensar numa proposta legislativa com o fim de incrementar a criminalidade.

Tratava-se de um projeto essencialmente conservador, que partia do pressuposto que um maior rigor punitivo contribuiria com a diminuição da criminalidade. Paradoxalmente, o texto produzido por Moro já fazia previsão do Acordo de Não Persecução Penal em item do anteprojeto intitulado “Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade”.

Após passar pelo devido processo legislativo, surge, então, o art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), que passa a prever, inclusive com riqueza de detalhes, o Acordo de Não Persecução Penal. Eis, portanto, a previsão expressa de mais um instituto adepto da aludida justiça negociada ou consensual no Direito Penal brasileiro.

De antemão, esclareça-se que o ANPP nada mais é do que um acordo realizado entre o Ministério Público e o investigado em ações penais públicas¹⁰ cuja infração tenha pena mínima inferior a quatro anos e não seja caso de

7 Pelas razões apontadas no texto, optou-se por não mencionar o *plea bargain* no título desse trabalho, bem como nas palavras-chave. Apesar de servir como inspiração para as hipóteses de justiça negociada no Brasil, aqui não há nenhum instituto idêntico, eis que tanto a transação como o ANPP têm suas próprias características.

8 São as infrações de menor potencial ofensivo: todas as contravenções penais e crimes cuja pena privativa de liberdade não exceda dois anos.

9 O art. 89 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995) trouxe outro instituto jurídico que também deriva da ideia de justiça negociada: a suspensão condicional do processo. Entretanto, tal benefício, também conhecido por *sursis* processual, é oferecido ao réu após o recebimento da inicial acusatória, ou seja, já instaurada a ação penal. Por tal razão, não há reflexos no princípio da obrigatoriedade, mas sim na (in)disponibilidade. Portanto, ultrapassa as fronteiras deste estudo.

10 Conforme lembra Badaró (2020, p. 188), o novel art. 28A do CPP (BRASIL, 1941) faz diversas menções expressas ao Ministério Público enquanto parte legítima para o seu oferecimento, não conferindo qualquer poder à vítima para que proceda de igual forma, que apenas deverá ser intimada sobre a homologação e/ou descumprimento do acordo (§ 9º). Todavia, em sendo o caso de ação penal privada subsidiária da pública, entendemos que seria razoável permitir o oferecimento do acordo pelo legitimado subsidiário ou, no mínimo, intimar o Ministério Público para retomar a titularidade da ação penal e oferecê-lo, sob pena de prejudicar o acusado pela inércia ou desídia estatal.

arquivamento. Em caso de existir causas de aumento ou diminuição de pena, bem como concurso de crimes, também deverão ser contabilizados para fins do cálculo da pena mínima. Ademais, segundo Badaró (2020, p. 187), o oferecimento do acordo ainda exige outros dois requisitos, um de ordem negativa e outro positiva, que são caracterizados, respectivamente, pela ausência de violência ou grave ameaça e pela confissão formal e circunstanciada da prática delituosa. Preenchidos os pressupostos e requisitos legais, o ANPP deverá estabelecer, cumulativa ou alternativamente, condições a serem observadas pelo agente beneficiado.

Quanto a sua natureza jurídica, é possível dizer que o ANPP suscita dúvidas. Uma parcela minoritária da doutrina que entende tratar-se de um direito público subjetivo do acusado, de modo que, uma vez preenchidos os requisitos, a propositura do acordo não poderia ser negada pelo Ministério Público. De acordo com esse entendimento, no caso de recusa por parte do órgão ministerial, a solução mais coerente seria que o Magistrado, em sua condição de garantidor de direitos, viabilizasse ao investigado o acesso ao acordo, determinando ao MP que o ofereça.

Entretanto, fato é que a corrente majoritária da doutrina e jurisprudência vem rechaçando tal posição sob o argumento de que restaria esvaziada a própria finalidade do instituto: prever um mecanismo bilateral de consenso e negociação que, com uma participação exígua do Poder Judiciário, possibilite a solução de conflitos de modo mais célere e menos oneroso. Sustentam, assim, que o acordo se trata de mera faculdade do Ministério Público, que pode, fundamentadamente, negar o seu oferecimento a depender de cada caso concreto – posição essa defendida até mesmo pelo Supremo Tribunal Federal em algumas oportunidades.¹¹

Apenas se acrescente que o legislador estipulou que, no caso de recusa do MP em propor o acordo, o investigado pode requerer a remessa dos autos a órgão superior do próprio ente ministerial, seguindo a disciplina do novel art. 28 do CPP (BRASIL, 1941), também alterado com o “Pacote Anticrime”.

Embora o legislador tenha acertado na nova redação do art. 28 (BRASIL, 1941), a opção de prever o mesmo tratamento para os casos de recusa ao oferecimento do ANPP¹² merece maiores reflexões e debates, que extrapolariam o escopo deste artigo. A mero título ilustrativo, tem-se a precisa lição de Badaró (2020, p. 189):

Quando o Ministério Público determina o arquivamento do inquérito, ele está deixando de exercer um direito – direito de ação penal – que lhe pertence com exclusividade. Assim, é razoável que o submeta a mero controle interno, e a última palavra sobre

11 Cf., *e.g.*, HC 191.124 Agr/RO. Esclareça-se que a palavra “fundamentadamente”, utilizada no texto, foi retirada da ementa do julgado ora mencionado.

12 Art. 28A, § 14º, do CPP (BRASIL, 1941).

um direito exclusivo do Ministério Público será dada pela própria instituição. Por outro lado, nos casos em que o Promotor de Justiça se recusa a efetuar a proposta de acordo de não persecução penal, a situação é diversa. Trata-se, inegavelmente, de um espaço de consenso, com vistas à possibilidade de celebração de um negócio jurídico processual, que envolve dois interessados: o investigado e o Ministério Público. Normalmente, há interesse do investigado em efetivar o acordo de não persecução penal. Sendo um negócio bilateral, não é correto que a vontade de uma das partes – no caso, o investigado – possa ser totalmente subordinada à vontade da outra parte – o Ministério Público, ainda que seja por dupla manifestação, inclusive de sua instância de controle.

Nessa linha, sem a pretensão de esgotar o assunto e independentemente da concepção que se tenha acerca do ANPP, mostra-se relevante o posicionamento de Lopes Jr., que advoga pela possibilidade de requerer a intervenção do Magistrado em caso de recusa arbitrária por parte do acusador:

O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional (LOPES JR., 2020, p. 321-322).

E diga-se: não se trataria de violar o sistema acusatório que rege o direito processual penal brasileiro e tampouco de conferir poderes de ofício para o julgador, porquanto se estaria, inegavelmente, atuando dentro daquilo que Ferrajoli (2004) chamou de legitimação democrática dos juízes, ou seja, garantindo ao jurisdicionado o pleno exercício de um direito.

Também não se trataria de desvirtuar a finalidade do acordo, uma vez que, embora celebrado bilateralmente entre o Ministério Público e o investigado, o Magistrado já está legalmente autorizado a devolver os autos ao MP para que seja reformulada a proposta quando constatar condições inadequadas, insuficientes ou abusivas e até recusar-se a homologar o acordo quando não satisfeitas as referidas condições e/ou requisitos (§§ 5º e 8º).¹³ Denota-se, portanto, que o próprio legislador já anteviu a possibilidade de intervenção judicial, desde que para evitar

13 “§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

[...]

§ 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” (BRASIL, 1941).

ilegalidades ou abusos.

Por derradeiro, uma vez oferecido o ANPP, aceitas as condições pelo investigado e homologado o acordo pelo Juiz, os autos retornarão ao Ministério Público para que dê início à execução perante a Vara de Execução Penal (§ 6º).¹⁴ Nessa toada, caso seja constatado eventual descumprimento de alguma condição imposta por força do acordo celebrado, esse será rescindido e poderá o MP oferecer denúncia (§ 10).¹⁵ Por outro lado, em caso de cumprimento integral do acordo, será declarada a extinção da punibilidade do investigado (§ 13), de maneira que não subsistirá nenhum efeito deletério, inclusive reincidência, mas apenas o registro para fins de impedir novo acordo no prazo legalmente estabelecido.¹⁶

1.2.1 Transação penal e outros fatos impeditivos do acordo de não persecução

O art. 28A do CPP ainda elencou, em seu § 2º (BRASIL, 1941), alguns fatos impeditivos do Acordo de Não Persecução Penal, isto é, verdadeiras vedações legais ao oferecimento do ANPP pelo Ministério Público, sendo elas de caráter alternativo, ou seja, basta a existência de qualquer uma para que se obste a possibilidade do acordo.

O inc. III do referido parágrafo dispõe que não será possível formular proposta de ANPP quando for cabível transação penal, ou seja, quando se tratar de infração penal de menor potencial ofensivo sujeita à competência do Juizado Especial Criminal. Indubitavelmente, embora semelhantes, a transação penal constitui instituto consensual menos prejudicial ao investigado do que o ANPP, especialmente por não exigir a confissão do investigado.

Já o inc. II prevê duas vedações legais de ordem subjetiva, quais sejam, a reincidência e a existência de elementos probatórios suficientes que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações pretéritas forem insignificantes. Cumpre aduzir, na esteira de Badaró (2020, p. 187), que a supracitada conduta criminal habitual, reiterada ou profissional não necessariamente se refere à prática do mesmo tipo penal. Ademais, Lopes Jr. (2020, p. 317) enfatiza que esse inciso traz consigo um critério vago e impreciso, conferindo “inadequados espaços de discricionariedade” para o MP.

Seguindo, o inc. III, que dá ensejo a este artigo e será abordado com maior profundidade infra, estabelece que não será cabível o Acordo de Não Persecução

14 “§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal” (BRASIL, 1941).

15 “§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (BRASIL, 1941).

16 “§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade” (BRASIL, 1941).

Penal quando o agente tiver sido beneficiado com os institutos da Lei n. 9.099/95 – transação penal e/ou sursis processual (BRASIL, 1995) – ou com o próprio acordo de não persecução nos cinco anos anteriores ao crime.

Por último, o inc. IV proíbe o oferecimento do acordo em duas situações de natureza objetiva. Em primeiro lugar, no caso de o crime ter sido praticado em contexto de violência doméstica ou familiar e, em segundo, quando o crime for praticado em contexto de violência de gênero, quer dizer, contra a mulher em razão do sexo feminino. Impende salientar que a violência de gênero, nesse caso, não representa uma espécie específica de infração, senão que “uma condição da vítima e uma motivação a ela relacionada” (BADARÓ, 2020, p. 188).

Em apertada síntese, essas são as causas elencadas pelos legisladores como impeditivas do Acordo de Não Persecução Penal. Doravante, tal temática será delimitada para analisar especificamente a transação penal como óbice ao oferecimento do ANPP e os seus reflexos no Direito Intertemporal concernente à seara criminal.

2 Direito intertemporal

Sobre o Direito Intertemporal no âmbito penal, é preciso mencionar, antes de tudo, a distinção que doutrinariamente se faz entre as normas penais puras, normas processuais penais puras e normas penais mistas. As primeiras caracterizam-se por disciplinarem o poder punitivo estatal e, mais precisamente, o conteúdo material do processo, isto é, o Direito Penal (LOPES JR., 2019). As segundas são aquelas que regulam todo o desenrolar do processo e os mais diversos institutos processuais (LOPES JR., 2019), igualmente definidas como normas que “visam uma melhoria da qualidade da prestação jurisdicional” (BADARÓ, 2020, p. 116), motivo pelo qual seria possível “presumir que a lei nova seja mais eficaz que a precedente, tanto na proteção do interesse coletivo quanto no respeito aos direitos e garantias individuais” (BADARÓ, 2020, p. 116).

Por sua vez, as normas penais mistas ou híbridas são aquelas que, em que pese serem tratadas em diplomas processuais, dispõem sobre a amplitude ou o alcance do referido poder punitivo. Nas palavras de Badaró (2020, p. 113), “são normas formalmente processuais, mas substancialmente materiais”.

Ademais, enquanto as normas penais puras seguem o princípio da irretroatividade da lei penal, salvo em benefício do réu¹⁷ e as normas processuais penais puras são regidas pelo princípio da imediatidade ou do *tempus regit actum*¹⁸,

17 Art. 5º, XL, da CF (BRASIL, 1988).

18 Art. 2º do CPP (BRASIL, 1941).

as ditas normas penais mistas, como meio-termo, devem retroagir no seu conteúdo material mais benéfico, mantendo, entretanto, a vedação quanto à retroatividade dos dispositivos mais gravosos.¹⁹

Cabe ressaltar, então, que a Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), que introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), referente ao Acordo de Não Persecução Penal, vem sendo considerada pela jurisprudência e doutrina majoritária uma norma de caráter misto ou, por assim dizer, uma norma processual material.

Tendo isso em vista, torna-se evidente a natureza híbrida da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019) e, mais especificamente, do novel art. 28A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), visto tratar-se de um instituto relativo à extinção da punibilidade (§ 13)²⁰, portanto mais benéfico ao investigado, que visa evitar sua condenação ou, melhor dizendo, a própria instauração de um processo penal em seu desfavor. E é justamente por isso que se sustenta sua retroatividade em prol do acusado, isto é, em consonância à garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Aliás, esse tema já foi objeto de discussão até mesmo no âmbito do Supremo Tribunal Federal²¹, em que tem sido cada vez mais pacificada a retroatividade do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), ainda que se tenha estipulado uma limitação temporal para a propositura do ANPP nos casos já iniciados (o recebimento da denúncia). Nesse sentido:

Acordo de não persecução penal (art. 28A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei n. 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*. [...] 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 n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia (BRASIL, 2020).²²

Apenas a título de ponderação, diga-se que causou certa controvérsia a decisão do STF em limitar o acesso ao ANPP tão-somente com relação aos processos cuja

19 Atualmente tem-se visto autores que passaram a defender que até as leis puramente processuais devem retroagir. Nessa mesma linha cf. o belo trabalho de Queiroz e Viera (2004).

20 “§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade” (BRASIL, 1941).

21 Cf., a mero título exemplificativo: HC 196.004/SP; RHC 201.158 AgR/SC e HC 191.464 AgR/SC.

22 Ementa parcial.

denúncia não tenha sido recebida, o que ainda será pacificado pela Corte quando a questão for submetida ao seu Plenário.

Acerca dessa controversa limitação, envolvendo o recebimento da denúncia como marco limitador para a retroatividade do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941), sustenta criticamente Badaró (2020, p. 115):

O acordo de não persecução penal, indiscutivelmente, é mais benéfico que a condenação penal. Por essa razão, sempre que não houver óbice à aplicação de tal instituto, será necessário buscar a solução consensual. Não se pode objetar com a irracionalidade de se suspender o processo, após todo o seu transcorrer em primeiro grau, ou mesmo na fase recursal, bem como de se propor o acordo de não persecução penal, após o oferecimento da denúncia ou o curso do processo. As repercussões e vantagens de tais institutos no plano material, principalmente em relação à não caracterização da reincidência, autorizam a sua implementação, em decorrência da aplicação retroativa da lei penal mais benéfica, mesmo que o processo já se encontre em fase bastante desenvolvida.

Delimitando com mais precisão a discussão ora proposta, é importante destacar que nem todos os dispositivos da mencionada Lei se mostram mais benéficos ao acusado. Portanto, essa constatação é de extremo relevo para que seja possível distingui-los, de tal sorte que uns sigam a regra geral da irretroatividade da lei penal, ao passo que outros se atenham à imediatidade própria das normas processuais puras. Recusa-se, dessa maneira, o que seria uma espécie de banalização dos regramentos atinentes ao Direito Intertemporal em matéria criminal.

Nesse aspecto, ainda compete mencionar a posição de Oliveira (2014) ao discorrer sobre eventuais dúvidas que possam existir quanto ao alcance da lei penal no tocante a sua benignidade, sustentando a possibilidade de aproveitar tão-somente a parte mais favorável da lei posterior quando se tratar de instituto que tenha como finalidade a extinção da punibilidade. Para o autor, ainda que a regra possa ser pela impossibilidade de fragmentação normativa, a “exceção fica por conta de normas atinentes às chamadas causas extintivas da punibilidade”, porquanto “portadoras de mensagens – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo” (2014, p. 28).

3 Da transação como óbice ao acordo de não persecução penal

Conforme já apontado anteriormente, o legislador optou por alçar a

transação penal, desde que realizada dentro dos cinco anos pretéritos à prática do novo crime, como causa impeditiva do oferecimento do ANPP.²³ É o que prevê o art. 28A, § 2º, III, CPP (BRASIL, 1941). Até aqui, haja vista que a Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995) tem previsão semelhante, nenhuma inovação.

A grande celeuma, no entanto, aparece quando se aplica retroativamente a esse dispositivo para casos cuja realização da transação penal tenha ocorrido anteriormente à própria existência da Lei n. 13.964 (BRASIL, 2019). Isso porque se trata de dispositivo claramente desfavorável ao acusado, que limita o seu acesso ao Acordo de Não Persecução Penal, independentemente da natureza jurídica que se lhe confira, por questões pretéritas à edição da nova lei.²⁴

Acredita-se não haver discussão sobre a prejudicialidade do inciso em análise, haja vista a ampliação do escopo punitivo do Estado revelada em função do óbice ao acordo que, por via de consequência, fará que o investigado, conquanto tenha celebrado a transação penal em momento cujo acordo de não persecução sequer era previsto pelo ordenamento jurídico, tenha de enfrentar um processo penal – o que por si só já macula a dignidade do acusado. Ora, para além de possíveis debates acerca de eventuais inconstitucionalidades, pode-se dizer que, aparentemente, seria até mesmo ilógico admitir a aplicação retroativa do referido dispositivo no intuito de impedir ou restringir a aplicação retroativa de dispositivo mais benéfico.

Em outras palavras, é dizer que o inc. III do § 2º do art. 28A do CPP (BRASIL, 1941) deve ter sua aplicação restringida aos casos futuros, inviabilizando o oferecimento do ANPP tão somente nos casos em que, já na vigência da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), o investigado tiver sido favorecido com os institutos despenalizadores da Lei dos Juizados Especiais (BRASIL, 1995), mas jamais em um caso cujo aceite da transação penal se deu previamente à existência da referida lei de 2019. Aqui, também há de se pensar que, na estratégia processual que a defesa técnica resolve adotar, o investigado poderia até mesmo recusar a transação penal se pudesse sopesar essa consequência negativa até então inexistente. Assim, haja vista que a transação, nesses casos, ocorreu em um momento cuja referida consequência no mundo jurídico era impossível de ser avaliada ou sopesada, pois inexistente a previsão normativa em comento, não é nada razoável que ao investigado lhe seja negado o acesso ao ANPP.

Frise-se, ainda, que sequer seria hipótese da chamada “combinação de leis”, mas apenas de distinguir, dentro da mesma espécie legislativa, dispositivos que apresentam conteúdo materialmente favoráveis ao réu de dispositivos que não podem ser aplicados retroativamente, sob pena de subversão da própria garantia fundamental prevista no art. 5º, XL, da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

23 O mesmo ocorre com a suspensão condicional do processo e o próprio ANPP, que também impedem novo acordo caso tenham acontecido em até cinco anos da prática do novo crime.

24 O mesmo pode ser dito no tocante a *sursis* processual, já mencionado *supra*, previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95 (BRASIL, 1995).

Por assim dizer, isso nada mais é do que uma consequência da exigência expressa do legislador constituinte. Ora, se qualquer dispositivo penal que seja substancialmente benéfico ao réu deve ser aplicado retroativamente, a recíproca se revela um tanto quanto plausível, isto é, dispositivos substancialmente prejudiciais devem ter sua aplicação retroativa afastada, sem prejuízo dos demais.

Aliás, sobre a referida combinação de leis, ainda que não seja objeto deste artigo, nos parece interessante mencionar a lúcida lição do saudoso Prof. Francisco de Assis Toledo no sentido de sua relevância para a consecução dos pressupostos constitucionais e democráticos inerentes ao processo penal:

[...] em matéria de direito transitório, não se pode estabelecer dogmas rígidos como esse da proibição da combinação de leis. [...] parece-nos que uma questão de direito transitório – saber que normas devem prevalecer para regular determinado fato, quando várias apresentam-se como de aplicação possível – só pode ser convenientemente resolvida com a aplicação dos princípios de hermenêutica, sem exclusão de qualquer deles. E se, no caso concreto, a necessidade de prevalência de certos princípios superiores conduzir à combinação de leis, não se deve temer este resultado desde que juridicamente valioso. Estamos, pois, de acordo com os que profligam, como regra geral, a alquimia de preceitos de leis sucessivas, quando umas se destinam a substituir as outras (TOLEDO, 1991, p. 38).

A par de tudo que foi suprassustentado, deve-se ter em mente outro dilema: a resistência dos Tribunais em conferir aplicabilidade concreta aos regramentos do Direito Intertemporal, especialmente ao princípio constitucional da retroatividade da lei penal benigna. E, com isso, essa retroatividade acaba sendo costumeiramente afastada sob a alegação de que a aplicação retroativa poderia trazer insegurança jurídica. O mesmo acontece quanto à possibilidade de distinguir o conteúdo benéfico das normas penais mistas e tratá-lo de maneira diversa, o que normalmente sequer chega a ser devidamente debatido. Sobre isso, duas ponderações mostraram-se de enorme importância.

A primeira foi proferida pelo Min. Rogério Schiatti Cruz nos autos do HC 596.603/SP, que também versava sobre a aplicação retroativa da Lei n. 13.964/19 (“Pacote Anticrime”) e acabou se mostrando um julgado paradigmático no tocante ao papel do Juiz ao proferir suas decisões. Na oportunidade, o Ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ressaltou a necessidade dos magistrados se aterem à lei editada pelos parlamentares, ainda que com ela não concordem. Portanto, alterar a lei, aduz o Min. Schiatti, não é tarefa do julgador,

[...] de quem não se pode esperar o uso de retórica e de discursos metajurídicos de matiz ideológico ou moral em suas decisões, invocados para contornar, aparentemente com argumentos jurídicos, os limites impostos pela lei penal e pela jurisprudência (BRASIL, 2020).

A segunda trata, basicamente, da necessária diferenciação entre segurança jurídica e imprevisibilidade ou falta de coerência na interpretação da lei. É imprescindível que haja uma maior transparência por parte dos operadores do Direito quando da interpretação e aplicação de uma nova lei segundo as regras atinentes ao Direito Intertemporal.

Isso nada mais é do que mero corolário do princípio da lealdade processual e do próprio devido processo legal, haja vista que o jurisdicionado tem o direito não apenas de acesso à tutela jurisdicional e entendimento das decisões judiciais, mas especialmente o direito de saber como – ou com base em que – as decisões judiciais e as manifestações ministeriais serão pautadas.

É de grande valia para essa temática um artigo científico publicado em 2012 no tradicional *Yale Law Journal* denominado *Fair Notice About Fair Notice*, no qual Love (2012, p. 2400) sustenta a necessidade de uma publicidade prévia e mais adequada quanto à previsibilidade dos atos processuais a serem praticados, fazendo referência “não sobre o significado do direito substantivo, mas sobre a forma como os tribunais irão interpretar esse direito substantivo”.²⁵

Prossegue o autor aduzindo que

[...] se os Tribunais não forem claros quanto ao método interpretativo que estão a utilizar, os réus correm risco de serem deixados no escuro não apenas sobre o significado das leis materiais do Estado, mas também sobre a forma como os Tribunais decidirão como decidir o significado da lei (LOVE, 2012, p. 2400).²⁶

Em outras palavras, é dizer que um acusado que não tenha qualquer noção acerca da do modo como os tribunais interpretarão e aplicarão uma lei penal está ainda mais no escuro, perdido, sem qualquer lampejo de compreensão ou clareza sobre o método interpretativo ao qual seu caso será submetido, do que um acusado que já saiba como o Tribunal interpretará e aplicará a referida lei, ainda que seja mediante interpretação extensiva, sem qualquer observância às formalidades legais e aos direitos fundamentais do réu. Este, ao menos, tem uma

25 “[...] not about what the substantive law means, but about how the courts will interpret that substantive law” (tradução livre).

26 “[...] if the courts are not clear about the interpretive method they are using, criminal defendants risk being left in the dark not only about the meaning of a state’s substantive laws, but also about how the courts will decide how to decide what the law means” (tradução livre).

previsibilidade ou expectativa, ainda que epidérmica, quanto aos atos e situações processuais posteriores. É o mínimo que se espera de um devido processo legal cuja lealdade processual seja seriamente respeitada.

Um exemplo pertinente dessa previsibilidade, bem como da lealdade processual, pode ser facilmente encontrado no direito ao silêncio, garantido pelo art. 5º, LXIII, da Constituição Federal (BRASIL, 1988). Isto é, trata-se de oportunizar previamente ao acusado uma espécie de compreensão e consciência sobre seus direitos e garantias, inclusive sob pena de nulidade absoluta caso haja quebra dessa expectativa, conforme já decidido no âmbito do STF:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSO PENAL. FALTA DE INFORMAÇÃO SOBRE DIREITOS CONSTITUCIONAIS. [...] NULIDADE DA SENTENÇA. A falta de informação ao preso sobre seus direitos constitucionais gera nulidade dos atos praticados [...] (BRASIL, 2000).²⁷

Assim, mormente em matéria de Direito Intertemporal e retroatividade de normas penais mistas, fato é que a constante mutabilidade de determinadas interpretações jurisprudenciais e o modo como se ignora qualquer eventual padrão interpretativo acabam, em última análise, por beirar um tipo de decisionismo imprevisível, e isso inegavelmente constitui o grande catalisador da indesejada insegurança jurídica.

Por decisionismo, aqui, entenda-se o completo abandono, pelos julgadores, quando da aplicação da lei penal, das balizas constitucionais e das matrizes principiológicas da doutrina penal brasileira. Torna-se evidente que, com a assunção de parâmetros preferencialmente subjetivos, desvinculados das exigências legais e norteados, na maior parte das vezes, pela opinião pessoal do magistrado, potencializa-se a ausência de previsibilidade para com os jurisdicionados.

É, pois, nessa linha que se defende a necessidade premente de atentar ao fato de a recusa, sob o véu da segurança jurídica, em aplicar escorreitamente os preceitos constitucionais do Direito Intertemporal em matéria penal, constituir um inconformismo, uma incoerência incontestável. Isso porque não há nada mais juridicamente incerto do que a completa ausência de previsão, por parte dos cidadãos submetidos à tutela jurisdicional, sobre os parâmetros interpretativos que deveriam ser ordinariamente observados não apenas pelo Poder Judiciário, mas por todos aqueles responsáveis pela aplicação da lei dentro do aparato do sistema penal.

²⁷ Ementa parcial.

Conclusão

Ao longo deste artigo, buscou-se ressaltar a importância de se ater aos regramentos do Direito Intertemporal quando da aplicação de leis penais, enfatizando o princípio constitucional da retroatividade da lei penal benigna como verdadeira garantia do acusado, com a qual não se pode tergiversar. Da mesma maneira, reconhece-se o princípio da imediatidade quanto às normas processuais penais puras. Já no tocante às normas híbridas, essas deverão ser objeto de uma análise detida quanto à identificação qualitativa de seu conteúdo.

Isso se aplica ao art. 28A do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), de maneira que se impõe a necessária distinção entre o conteúdo materialmente favorável daquele que porventura venha a prejudicar o acusado, sobretudo tratando-se de norma que introduz no ordenamento jurídico uma nova causa extintiva da punibilidade – o Acordo de Não Persecução Penal. E assim foi feito com relação ao inc. III do § 2º do referido artigo, que prevê como causa impeditiva do acordo, entre outras, a transação penal realizada nos cinco anos anteriores à prática do novo crime.

Nesse sentido, conclui-se que a aplicação desse inciso seja limitada tão-somente aos casos cuja transação penal tenha sido celebrada já na vigência da Lei n. 13.964/19 (BRASIL, 2019), sendo, portanto, vedada sua retroatividade nos demais casos. Dessa maneira, em respeito aos princípios constitucionais de Direito Intertemporal, tendo ocorrido a aceitação da transação em momento anterior à vigência da referida Lei, não haveria que se falar em óbice ao oferecimento do acordo por parte do Ministério Público.

Para além disso, foi demonstrado que a conclusão tratada no parágrafo anterior em momento algum se mostra apta a ensejar insegurança jurídica, senão que, propriamente, a evita. Isso porque se trata, em última análise, de garantir uma visibilidade prévia não quanto ao teor meritório da decisão judicial, senão dos métodos interpretativos a partir dos quais ela deverá ser construída.

É justamente nesse contexto que se apresenta a incoerência de se valer do argumento da segurança jurídica como cláusula vaga e imprecisa com o intuito de ampliar o poder punitivo estatal, negando, muitas vezes, eficácia a princípios constitucionais e, em linhas gerais, aos próprios direitos fundamentais. E isso se torna ainda mais patente em matéria de Direito Intertemporal e (ir)retroatividade normativa, motivo pelo qual se estrutura o liame necessário da segurança jurídica para com a previsibilidade interpretativa dos aplicadores da lei, de modo que, ausente a segunda, prejudica-se a primeira.

Portanto, especialmente na seara penal, dois motivos tornam contraditório

o receio em conferir a devida aplicabilidade às regras do Direito Intertemporal. O primeiro deles, como visto, é que esse receio gere, por via de consequência, uma enorme incerteza não somente nos jurisdicionados, mas também nos próprios operadores do Direito, culminando em interpretações altamente discrepantes e desconexas dentro de um mesmo contexto. Soma-se a isso, aliás, o imenso hiato que se verifica entre a prática forense e a doutrina em termos de aprimoramento da cientificidade do direito e processo penal ou, em outras palavras, a resistência, na maioria das vezes perceptível, da jurisprudência em atualizar-se e aperfeiçoar-se conforme a evolução e o aprimoramento da interpretação doutrinária.

O segundo motivo nos leva a ressaltar a finalidade precípua tanto do Processo quanto do Direito Penal, incluídos aqui todos os princípios a eles referentes, que é a de conter racionalmente o poder punitivo do Estado, realçando os direitos fundamentais como limites intransponíveis à atuação estatal. Nesse sentido, denota-se ser impraticável separar o princípio da segurança jurídica desse contexto, de tal sorte que ele também deve estar a serviço da eficácia dos direitos e garantias constitucionais do cidadão – e não em favor do poder punitivo. E isso, em matéria criminal, certamente enseja um debate mais aprofundado em torno das regras do Direito Intertemporal, com enfoque às normas híbridas e à necessária distinção valorativa de suas disposições normativas diversas.

Por derradeiro, compete ressaltar que este artigo não tem qualquer pretensão de exaustividade quanto ao tema objeto de estudo e tampouco de invalidar eventuais posicionamentos em sentido contrário, mas tão-somente de fomentar a continuidade dos debates e discussões em torno dos preceitos penais, processuais penais e constitucionais relativos ao Direito Intertemporal e os seus mais diversos regramentos. Somente assim, aliás, é que será possível se lograr êxito na construção conjunta de uma persecução penal que leve em conta, acima de tudo, os direitos fundamentais do cidadão submetido à tutela jurisdicional.

Referências

BADARÓ, G. H. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Thomson Reuters BRASIL, 2020.

BRASIL. [Código de Processo Penal (1941)]. *Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/del3689compilado.htm> Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. [Código Penal (1940)]. *Decreto-Lei N. 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL *Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. Ministério da Justiça. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em 12 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). Habeas Corpus 191.464 AgR/SC. 2020. Rel. Min. Luís Roberto Barroso. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 26 nov. 2020. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132144395/agreg-no-habeas-corpus-hc-191464-sc-0103089-5220201000000/inteiro-teor-1132144401>. Acesso em: 31 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). Recurso em Habeas Corpus 79.973. 2000. Rel. Min. Nelson Jobim. Diário de Justiça, Brasília, 23 mai. 2000. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14754710/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79973-mg> Acesso em: 2 set. 2021.

FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2004.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

LOPES JR., A. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

LOVE, J. A. Fair notice about fair notice. *The Yale Law Journal*, v. 121, n. 8, p. 2395-2403, jun. 2012. Disponível em: <https://www.yalelawjournal.org/comment/fair-notice-about-fair-notice>. Acesso em: 2 set. 2021.

OLIVEIRA, E. P. *Curso de processo penal*. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

QUEIROZ, P; VIEIRA, A. Retroatividade da Lei Processual Penal e garantismo. *Boletim do IBCCrim*, São Paulo, n. 143, out. 2004.

TOLEDO, F. A. *Princípios básicos de Direito Penal*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.