



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PACOTE ANTICRIME. NORMA DE ÍNDOLE MATERIAL. *NOVATIO LEGIS IN MELLIUS*. ATENUAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS DA CONDUTA DELITIVA. APLICABILIDADE AOS EM PROCESSOS EM ANDAMENTO COM DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA VIGÊNCIA DA LEI Nº 13.964/2019. QUESTÃO DE ORDEM SOLVIDA.

1. Por não se tratar de norma penal em sentido estrito, a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público não fixa normas penais, mas, apenas, procedimentos internos, pelo que não se há de falar em nulidade da ação penal em face da sua não observância previamente à propositura da ação penal.

2. O acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.

3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma).

4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP.

5. Descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias.

6. É permitido ao Tribunal examinar, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e a baixa em diligência ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal.

7. Hipótese em que se afasta eventual invalidade da sentença pela lei posterior à sua prolação, mas cria-se instrumento pela via hermenêutica de efetividade da lei mais benéfica.

8. Constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar.

9. Formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo.

10. Não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários.

11. Não sendo oferecido o acordo de não persecução penal, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14, do CPP.

12. O art. 28-A do Código de Processo Penal silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal) e o concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do acordo de não persecução penal quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos).

13. Questão de ordem solvida para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu, por maioria, vencido o Desembargador Federal LEANDRO PAULSEN, solver a questão de ordem para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do

acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, prejudicados os demais pontos do recurso, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de maio de 2020.

Documento eletrônico assinado por **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001739437v7** e do código CRC **305c4e31**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

Data e Hora: 14/5/2020, às 14:27:44

5005673-56.2018.4.04.7000

40001739437.V7



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA, nascido em 23/03/1987, imputando-lhe as práticas das condutas previstas nos art. 334-A, § 1.º, V, do Código Penal e art. 70 da Lei 4.117/1962, c/c art. 69 do Código Penal. Assim narra a inicial acusatória:

"Consta do Auto de Prisão em Flagrante 2 que, em 23 de dezembro de 2017, por volta das 11h40, policiais rodoviários solicitaram a CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA que parasse o veículo FIAT SIENA ELX, cinza, placa CST 3925 3, para fiscalização de rotina do posto da Polícia Rodoviária Federal de São Luiz do Purunã. O denunciado, no entanto, acelerou, na tentativa de evadir-se do local, e foi seguido pelos policiais por mais ou menos 3 quilômetros, até finalmente estacionar o veículo no acostamento, ocasião em que foi abordado. Foram encontrados no banco de trás e no porta-malas do veículo, aproximadamente, 06 (seis) caixas de cigarros estrangeiros contrabandeados, o que configura a prática da conduta prevista no art. 334-A, § 1º, V, do Código Penal.

Em suas declarações à autoridade policial rodoviária federal, CRISTIANO confessou ser o responsável por buscar as mercadorias em Santa Terezinha do Itaipu/PR e levá-las até local próximo ao Largo da Ordem, em Curitiba/PR. Afirmou, ainda, já ter realizado a conduta em outras ocasiões.

Fotos das caixas de cigarros apreendidas constam no Evento 07 do Inquérito Policial.

Os cigarros, totalizados em 8.300 (oito mil e trezentos) maços, foram encaminhados ao Depósito de Mercadorias Apreendidas da Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, onde foi confirmada a irregularidade aduaneira da mercadoria ilegal, bem como lavrado o Auto de Infração e Apreensão de Cigarros n.º 0915200-68775/2017.

Constou como valor total dos tributos evadidos, somado às multas, em Demonstrativo de Créditos Tributários Evadidos, – referente ao processo administrativo autuado pela Receita Federal n.º

15165.723809/2017-54 – o importe de R\$ 59.326,12 (cinquenta e nove mil trezentos e vinte e seis reais e doze centavos).

O Laudo de Perícia Criminal Federal Merceológica n.º 012/2018 – SETEC/SR/PF/PR, referente às mercadorias apreendidas, concluiu que os cigarros da marca Gudang Garam são procedentes da Indonésia e confirmou, novamente, que sua entrada em território nacional ocorreu ilegalmente, dada a ausência de regulamentação das mercadorias pela ANVISA e de selo controle fiscal pela Receita Federal.

Foi encontrado, ainda, em ocasião de realização de perícia criminal 9 do veículo FIAT SIENA ELX, cinza, placa CST 3925, um transceptor FM, marca Yaesu, modelo FTM 3100R, número de série 7F170768, fabricado no Japão 10, instalado no veículo de forma dissimulada e sem certificação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Consoante Laudo 107/2018 – SETEC/SR/PF/PR foi constatado que o aparelho estava funcional, com potência de transmissão de 65 W, estando apto a transmitir e receber comunicação de voz via rádio, bidirecional alternada modulada em frequência, com frequência central ajustável na faixa de 136 MHz a 174 MHz.

Desta feita, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, conclui-se que o acusado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, 8.300 (oito mil e trezentos) maços de cigarro, de origem estrangeira, da marca Gudang Garam, mercadorias proibidas ou de importação restrita pela lei brasileira, sem a regular importação e com a ilusão dos tributos respectivos.

Outrossim, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, conclui-se, ainda, que o acusado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, instalou e utilizou aparelho de telecomunicação sem a devida observância do disposto no Código Brasileiro de Telecomunicações."

A denúncia foi recebida em **27/02/2018** (evento 03).

Processado o feito, sobreveio sentença publicada em **05/10/2019**, que julgou procedente a denúncia para **condenar CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA** pela prática dos crimes previstos nos arts. 334-A, § 1.º, V, do Código Penal e 70 da Lei 4.117/1962, c/c art. 69 do Código Penal à pena privativa de liberdade de 3 anos e 6 meses, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade (evento 80).

A defesa interpôs apelação requerendo, em síntese: **(a)** a decalração de da sentença pelo não oferecimento ao réu, por parte do MPF, do Acordo de Não Persecução Penal, consoante Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; **(b)** a absolvição do apelante pela incidência do princípio da insignificância; **(c)** a nulidade da perícia realizada no rádio apreendido no veículo do apelante, em decorrência do cerceamento de defesa; **(d)** a desclassificação para o delito de descaminho (evento 104).

Com contrarrazões (evento 111), subiram os autos para este Tribunal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo desprovimento do recurso (evento 5).

É o relatório. Peço dia.

Documento eletrônico assinado por **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001739436v8** e do código CRC **8a480030**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Data e Hora: 14/5/2020, às 14:27:44

5005673-56.2018.4.04.7000

40001739436.V8



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

QUESTÃO DE ORDEM

1. Delimitação da controvérsia

1.1. Antes de avançar sobre o mérito da presente apelação criminal, há ponto fundamental e prejudicial que merece ser examinado em destaque.

A defesa, em suas razões de recurso, alega a nulidade do processo porquanto não teria sido oferecido o acordo de não persecução penal pelo Ministério Público Federal. Funda sua pretensão no que dispõe a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Sob tal ótica, não vejo nenhuma invalidade no processo.

A resolução do Parquet nacional diz respeito a procedimentos internos e não significa vinculação do magistrado ao que usou por bem a órgão de acusação regulamentar. Como titular da ação penal, a existência de norma interna tem seu limite na consitucionalidade que impera para a norma penal, que só pode ser criada ou alterada por lei em sentido estrito.

Na Resolução nº 181/2017 - CNMP, não se encontra fundamento suficiente para invalidação do processo, como pretende a defesa. Basta ver que, na redação original, a resolução difere em boa medida do disposto no acordo de não pesecução penal, agora elevado ao status de lei.

Assim, por não se tratar de norma penal em sentido estrito, improcede a pretensão da defesa de ver anulado processo com base na referida resolução ministerial de 2017.

Todavia, não se pode afastar desse debate a novidade implementada pela Lei nº 13.964/2019.

Prossigo.

1.2. A discussão centra-se na aplicabilidade ou não do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP aos processos com denúncia já recebida na data da vigência da Lei nº 13.964/2019, dentre os quais aqueles que se encontram em grau de recurso.

A questão é meramente jurídica e não se incursiona em temas relacionados ao preenchimento ou não dos requisitos pelo investigado ou réu para que faça jus ou não ao benefício legal.

Essa é a medida da controvérsia, até mesmo porque descaberia ao órgão recursal aferir a situação fática e a sua adequação à disciplina do art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019.

Pois bem.

2. Da natureza do acordo de não persecução penal

2.1. A Lei nº 13.964/2019 acresceu ao Código de Processo Penal o art. 28-A de seguinte teor:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº

13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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

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

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

2.2. Não é nova a busca pela efetivação do princípio do direito penal mínimo, reservando o processo penal tradicional para os casos graves. Assim como o fez o Código de Processo Civil em vigor, parece que está chegando o tempo em que o processo penal longo e infrutífero, para questões mais singelas, está também cedendo espaço à composição. A inspiração de resolução consensual de conflitos penais vem do direito alienígena, como é o *plea bargaining* estadunidense, que chegou a alimentar muito debates que antecederam a introdução do acordo de não persecução penal no Direito nacional, inclusive constando na proposta original de anteprojeto de lei do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que resultou no chamado "pacote anticrime".

O anteprojeto de lei do "Pacote Anticrime", a propósito, tratava a inserção do art. 28-A na linha de novas medidas de resolução de conflitos criminais (como o ANPP), fazendo expressa referência em seus motivos à necessidade de criarem-se para o Ministério Público novos meios de solução de processos criminais com o objetivo de minimizar demandas judiciais de natureza criminal e o encarceramento.

A temática foi abordada por peculiar percepção por ZAFFARONI e PIERANGELI:

Se observarmos as atuais tendências do direito penal nos países centrais, veremos que não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.

Daí que somente se submetam à pena algumas condutas antijurídicas, o que acentua no direito penal dos países centrais o caráter fragmentário que já havia assinalado Binding. Não é um sistema

contínuo - como o direito civil, por exemplo, e sim uma sistema descontínuo, alimentado somente por aquelas condutas antijurídicas em que a segurança jurídica não parece satisfazer-se com a prevenção e reparação ordinária, posto que, em caso contrário, as condutas antijurídicas permaneceriam reservadas a cada um dos restantes âmbitos específicos do direito (civil, comercial, laboral, administrativo etc). Este processo seletivo de condutas antijurídicas, merecedoras de coerção penal é matéria de permanente revisão, sendo manifesta a tendência à redução na política criminal dos países centrais, que propugnam abertamente a "descriminalização" ou "despenalização" de inúmeras condutas.

Em síntese: sustentamos que o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover a segurança jurídica mediante coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador. (ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique, in Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 2. ed. rev. e atual., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999, p. 101).

O Direito Penal brasileiro traz exemplos de mínima intervenção, sem, porém, abandonar premissas de pacificação e de proteção social. Para citar, a suspensão condicional do processo, a transação penal e, em um estágio mais avançado da persecução penal, a própria possibilidade de substituição da sanção por restrições de direito ou multa.

Nesse espectro, a *longa manus* do Estado age, mas opta-se por nova linha de combate aos ilícitos, rescindindo com a tradicional visão punitivista da segregação de todos aqueles que cometem delitos, como mecanismo de ressocialização e de prevenção social.

O acordo de não persecução penal é possível nos casos de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos, desde que satisfeitas determinadas condições. E, neste ponto, a limitação legislativa a autorizar o benefício é fundamental.

Igualmente não fazem jus ao ANPP os já beneficiados por anterior acordo de não persecução penal, por transação penal ou por suspensão condicional do processo.

Paralelamente a esses limites, vê-se como salutar a preocupação do legislador com a vítima do delito, até a novel legislação deixada à margem do processo penal. Medidas anteriores foram inseridas na legislação ordinária, como a previsão contida no art. 91, I do Código Penal que prevê como efeito da condenação "*tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime*", mas tornando-a apenas destinatária de direito, sem qualquer participação no processo. Também o art. 387, IV do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz, ao proferir sentença, "*fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*".

Reparação mínima não significa reparação integral do dano, o que poderá remeter o ofendido às esferas cíveis para satisfação integral de seu prejuízo. Parece-me, portanto, que o acordo de não persecução trouxe evolução na tutela jurídica do ofendido, não só ouvindo-o, mas, também, garantindo-lhe a reparação do dano, ao elevá-la como condição à homologação do acordo. Além disso, haverá, de comum acordo com o Ministério Público Federal, a renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

No estágio final do acordo, uma vez cumpridas todas as condições, o juízo declarará extinta a punibilidade e a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo (inciso IV, §§ 12º e 13º).

2.3. A inovação legal traz, para fase pré-processual, novo instrumento que busca reduzir a litigiosidade em processos criminais, permitindo solução consensual, sem olvidar a imposição de obrigações para o investigado. O novo instituto jurídico guarda sintonia com outros existentes na legislação brasileira, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada, embora possua características próprias, que o distingue dos anteriores.

À semelhança da colaboração premiada, por exemplo, há feições de negócio jurídico processual, tratado entre o Ministério Público Federal e o investigado com seu defensor, vez que em ambos os institutos cada parte, em sua esfera de disponibilidade, transige em certa medida, até chegarem ao ponto de comunhão de interesses. Em relação à suspensão condicional do processo, traz a semelhança de extinguir a punibilidade, se cumpridos determinados requisitos, não deixando registros criminais em desfavor do indivíduo. Por fim, em relação à transação penal, destaco a sua realização durante o curso da investigação criminal.

O desenho legal da ANPP situa-a na fase pré-processual, com a intervenção judicial ocorrendo para aferição dos requisitos legais (art. 28-A, §4º, do CPP), para que o pacto tenha eficácia, podendo, eventualmente, sugerir-lhe modificações (§ 5º, do referido preceito).

Prossigo.

3. Do direito intertemporal

3.1. Princípios importantes do direito intertemporal procuram solver eventuais conflitos surgidos com a sucessão de leis penais no tempo. No que importa à discussão, deve-se focar na premissa de retroatividade da lei penal mais benéfica.

Sobre o tema, explica CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

No conflito de leis penais no tempo, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade, e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior for mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.

É certo que o ANPP não tem natureza despenalizante, mas, num neologismo, meramente "desprocessualizante". Trata-se de instrumento de política criminal e carcerária, com objetivo claro de criar meios de solução de conflitos de forma célere, efetiva e sem sobrecarregar as partes e o judiciário com processos penais de potencial lesivo menos grave, cujas sanções, acabarão, quando muito, fixadas em regime aberto, se não substituídas por restritivas de direito.

Todavia, há que se verificar se as regras que compõem o novo instituto jurídico são exclusivamente processuais ou se tem aspectos de direito material. Sirvo-me, novamente, da lição de BITENCOURT:

Mas o que deve ser entendido por lei mais benigna? Como se pode apurar a maior benignidade da lei?

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da ilicitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. Nesse sentido, Edilson Bonfim e Fernando Capez acrescentam com acerto: "Do mesmo modo, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica" (in Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 206-7).

Ora, de instituto despenalizante não se trata, mas não pode passar despercebido o aspecto material existente no ANPP. Como explicou BITENCOURT, não é necessária a descriminalização da conduta para que uma lei possa ser considerada mais benéfica.

HELENO FRAGOSO indica no rol de sucessões da lei penal: "*a lei posterior, sem suprimir a incriminação do fato, beneficia o agente, que cominando pena menos rigorosa, quer de qualquer modo tornando menos grave a situação do réu*". (in Lições de Direito Penal. A nova parte geral, 11 ed., Rio de Janeiro:Forense, 1987, p. 102, respectivamente).

NELSON HUNGRIA vai na mesma toada, referindo como benigna a lei que institui benefícios (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) antes inexistentes ou aquela que facilita sua obtenção. Diz o saudoso jurista:

A lei nova por criar benefícios, no sentido de permitir, em determinados caso e sob certas condições, o não pronunciamento ou condenação ou não aplicação da penal (perdão judicial), ou a suspensão total ou parcial (interrupção) da efetiva execução da pena (suspensão condicional da pena, livramento condicional), ou tornar mais extensivos os benefícios que a lei anterior já concedia, ou de mais fácil implemento as condições requeridas. Em qualquer caso, é mais favorável ao réu, mesmo quando a pena aplicável ou aplicada segundo a lei antiga seja quantitativa ou qualitativamente menos severa que a lei nova. (in Comentários ao Código Penal, tomo 1, vol. 1, 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro : Revista Forense, 1955, pp. 109 e 114).

Nessa perspectiva, não há dúvida de que o acordo de não persecução penal, para além da cláusula extintiva de punibilidade (art. 28-A, §13º) após satisfeitas as condições acordadas e a par de não se tratar de *abolitio criminis*, traz benefícios não previstos na sistemática anterior, minimizando os efeitos da conduta praticada pelo agente. Complementando o raciocínio, cite-se a lição de RENÊ ARIEL DOTTI, em feliz passagem:

O advento de uma Lei nova poderá beneficiaar o agente não paenas quando desciminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: a) altera a composição do tipo de ilícito; b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; d) de qualquer outro modo é mais favorável.

Pode-se mencionar como exemplo dessa categoria a Lei nº 9.099/95 que exige a representação do ofendido nos crimes de lesões corporais leves ou culposas para ser instaurada a ação penal (art. 88). Essa nova norma, de conteúdo penal-processual, foi aplicada aos processos em curso, independente da fase em que se encontravam. A vítima deve representar à autoridade policial ou judiciária ou ao MP (...) no caso de denúncia já recebida, deve ser consultada sobre se lhe interessa a continuidade do processo.(in Curso de direito penal : parte geral, 6. ed. rev. atual. e ampl., com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 396).

Em síntese, as conclusões do renomado professor são no sentido de que a lei posterior "que de outro modo favorece o agente", aplica-se ao fato não definitivamente julgado em qualquer medida, mesmo nos casos de benefícios outros ou amenizações das consequências da conduta delitiva.

Apesar de a natureza processual ser a mais notada, não se desapega da norma o seu conteúdo material. A não persecução, por certo, é mais benéfica que uma possível condenação criminal, mesmo quando as penas são substituídas. Dessa maneira, deve ter sua aplicação ampliada sob o prisma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e deve incidir igualmente aos processos em curso, cabendo ao Estado propiciar ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta pelo cumprimento dos termos convencionados.

Isso porque não se pode negar a atenuação dos efeitos da conduta do réu que o acordo de não persecução penal traz.

3.2. Há, com as devidas peculiaridades, certa semelhança genética entre a ANPP e a transação penal instituída pela Lei nº 9.099/95.

Em paradigmático julgamento acerca da transação penal, o Supremo Tribunal Federal assentou que:

LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENÉFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciais de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. (Inq-QO 1055, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996, Tribunal Pleno) - G.N.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu na mesma linha de entendimento, como se extrai do julgamento do RESP nº 636.701, cuja ementa segue a seguir transcrita:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9099/95. ARTIGO 90. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A retroação da lei penal mais benéfica é impositiva, conforme determina o Art. 5º, XL, da Constituição Federal. O Art. 90, da Lei 9099/95 não tem incidência, portanto, sobre as normas penais inscritas na referida lei. 2. Transação penal não implica em reconhecimento de culpa. A extinção da punibilidade, como preconizado no Art. 89 e seus parágrafos, não deixa mácula de antecedentes. 3. Recurso conhecido e improvido.

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 112995 1996.00.71011-2, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:17/12/1999 PG:00391 ..DTPB:.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 10, § 1º, III, DA LEI Nº 9.437/97. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001. TRANSAÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. I - A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Assim, considerando que o delito pelo qual foi o paciente denunciado é apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos, e multa, está ele inserido no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser analisada pelo Ministério Público a possibilidade de oferecimento ao acusado de proposta de transação penal. (Precedentes). II - Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal. (Precedentes). Recurso provido. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 636701 2004.00.34885-7, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:13/12/2004 PG:00430) G.N.

De reparar, no último caso, a possibilidade de retroação da lei penal mais benéfica, mesmo aos casos em que o processo está em grau recursal.

É necessário esclarecer que não se está a falar de nulidade processual, porque inexistia no ordenamento jurídico, ao tempo da denúncia ou da sentença, o instituto do acordo de não persecução penal e, por essa razão, do Ministério Público Federal e do juízo não se poderia exigir essa providência.

Nulidade haverá, creio, nos casos em que o Ministério Público Federal, já na vigência da Lei nº 13.964/2019, deixa de se manifestar sobre a possibilidade do ANPP aos agentes que preencherem as condições objetivas e subjetivas para tanto.

3.3. A redação do art. 3º-B, XVII da Lei Processual Penal (Lei nº 13.964/2019) pode levar à conclusão de que sua aplicação seria restrita à fase pré-processual, ao estabelecer que compete ao chamado juiz de garantias "*decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação*".

Contudo, não vejo como utilizar a normativa que fixa a competência do juiz de garantias - apenas isso - para limitar o direito daquele que é processado ou investigado. Cabe notar que o próprio inciso XVII, *in fine*, traz limitação temporal importante, registrando a competência específica para os casos de formalização de acordos de não persecução penal e de colaborações premiadas na fase investigatória, sem porém, excluir tais instrumentos das fases posteriores da persecução penal.

Igualmente não parece haver inconsistência, a partir da leitura do art. 28-A, no tocante à previsibilidade aos casos de não arquivamento. Ora, com a devida vênia, não se pode extrair da norma aquilo que o legislador "poderia" ou "deveria" ter feito, mas, apenas, aquilo que a lei estabelece.

É certo que o ANPP foi instituído pelo legislador para, nas investigações em andamento e nos casos futuros, ser realizado durante a tramitação do inquérito policial. Todavia, tratando-se de denúncia já recebida ao tempo do início da vigência do novo art. 28-A do CPP, sua aplicação deve se dar retroativamente, para permitir que o Ministério Público e o réu celebrem o acordo, quando presentes os requisitos legais, em face da retroatividade da norma mais benéfica.

3.4. Argumenta-se que não tem aplicação após impulsionada a ação penal. E, para os feitos futuros, sua aplicação, em tese, poderá se dar apenas em casos muito específicos, como desclassificação do delito ou absolvição por um dos delitos, quando imputado mais de um. Aliás, isto tem sido corriqueiro nos Tribunais em relação à suspensão condicional do processo.

Afora isso, como argumento periférico, é importante desmistificar os efeitos do arquivamento do PL nº 882, que trazia expressa previsão de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal para o acordo de "não continuidade de ação penal", portanto, para os casos em que a jurisdição já foi inaugurada.

É fato que o referido projeto foi arquivado e isso, numa perspectiva mais restritiva, poderia levar à apressada conclusão de que houve inequívoca rejeição do legislador pela proposta, e, como consequência, o benefício seria inaplicável, por extensão, aos processos já iniciados.

Não verifico, porém, tal impeditivo, vez que as contradições são apenas aparentes.

Antes de avançar, anoto que, a hermenêutica legal se faz a partir do texto, ressalvados casos pontuais em que a interpretação pode ser esclarecida a partir da exposição de motivos do processo legislativo e a aprovação do projeto de lei. Em regra geral, ultrapassado o processo legislativo, a lei ganha vida e cores próprias e a interpretação autêntica é mero meio de auxílio aos aplicadores do direito.

De todo o modo, o foco aqui está centrado no mero arquivamento do projeto de lei. E deliberadamente digo "mero arquivamento" porque não houve apreciação de mérito com relação à proposta de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal, mas, apenas, interrupção da tramitação em face da sua prejudicialidade "em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372" (*in* <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>, acesso em 27/03/2020).

Nessa linha, não vejo como tratar o arquivamento do PL nº 882, sobre o qual não houve deliberação de mérito e, portanto, não houve rejeição material, como se obstáculo fosse à busca da interpretação mais benéfica ao réu. Ainda que se estivesse a falar de rejeição material da proposta, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, assegura que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Por esse prisma, e ponderada a inexistência de efeitos do arquivamento do PL nº 882, sem que se invoque tal fato como expressa negativa do legislador, compete ao Judiciário nos casos postos dar a adequada interpretação à norma escrita, por vezes emprestando-lhe o necessário viés integrativo.

3.5. Ainda, não vejo obstáculo para a oferta de ANPP na inexistência de confissão nos processos já sentenciados. A questão não pode ser colocada, aprioristicamente, como óbice ao benefício. Isto porque não existia, até então, a regra processual que previa esse incentivo ao investigado/réu que confessasse. Com a novidade legal, é razoável que se oportunize ao réu rever sua estratégia processual, inclusive considerando a possibilidade de confessar e receber o benefício.

As pessoas agem mediante incentivos e desincentivos, sendo que o novo instituto consiste em vantagem adicional ao acusado/investigado, que passa a dispor de benefício até então inexistente. E, com base nesse novo arcabouço jurídico, pode avaliar se deve, ou não, confessar o ilícito, de modo a obter o favor legal.

Ainda, não se verifica qualquer mácula de inconstitucionalidade nos requisitos insertos no art. 28-A, I da Lei Adjetiva Penal. Sem descuidar que a Constituição Federal assegura o direito do investigado ou réu de permanecer em silêncio e não se autoincriminar, a temática não tem matiz diverso das confissões processuais, quando o agente, muitas vezes por legítima técnica de defesa, almeja a redução da pena.

Se é correto dizer que ninguém é obrigado a confessar, do mesmo modo é correto dizer que a confissão formal e circunstanciada integra o novo instituto, não podendo o investigado ou réu invocarem perante o Estado a benesse sem a contrapartida confissão.

Entender de outra forma seria minimizar o salutar instituto e, até mesmo, a assistência do advogado, a quem compete orientar o seu constituído a respeito da melhor estratégia de defesa. Vale anotar que a melhor técnica de defesa nem sempre passa pela negativa de autoria. No caso, a rápida solução do litígio preconizada pela reforma, em contrapartida ao superado modelo moroso e ineficaz, permeia de maneira indissociável a sistemática adotada pelo legislador.

Em síntese, a confissão formal e circunstanciada não é obrigação do réu, mas opção para evitar as agruras de uma ação penal, ou mesmo para minimizar as consequências de eventual agir ilícito. É com receio que antevejo, como muito ocorreu em relação à colaboração premiada, afirmações descontextualizadas no sentido de que os colaboradores foram forçados a firmar acordo, servindo-se o Estado Acusador de ilegítimo meio de coerção.

Traça-se esse paralelo porque o acordo de não persecução penal, segundo minha compreensão, tem feições de negócio jurídico processual e nessa perspectiva guarda sintonia com a colaboração.

Não se há falar em coerção. No estágio negocial, as partes ponderam aquilo que, sob o amparo do contraditório e da ampla defesa, lhes será mais conveniente e transigem conforme seus interesses. Mais do que isso, a confissão é feita perante o juízo de homologação que aferirá a voluntariedade do acordo, consistência das declarações com relação aos fatos e proporcionalidade dos encargos e benefícios (art. 28-A, § 5º, CPP). Do ato se extrairá a ciência do investigado - assistido por seu advogado, repita-se - a respeito das consequências do delito e do compromisso que estará assumindo pelo acordo de não persecução penal.

Para além disso, a presunção de inocência está diretamente associada ao processo, à produção de provas e ao contraditório e à ampla defesa. Não havendo processo - e essa é a essência do acordo de não persecução penal - não se estará a violar o preceito constitucional.

A decisão homologatória tem força de declaração, subsistindo sempre em favor do acordante a presunção de inocência. Tanto é assim que, segundo a disciplina dos §§ 12º e 13º, *"a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo"* e *"cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade"*.

Somente o descumprimento do acordo acarretará a sua rescisão e abrirá ao titular da ação penal espaço para o oferecimento de denúncia.

Por fim, o acordo de não persecução penal é submetido à autoridade judicial para homologação, cuja decisão adquire força de título executivo. O acordante, sempre assistido, manifestará sua voluntariedade com os termos do acordo.

Em nenhuma hipótese, portanto, se constata mácula ou agressão aos direitos fundamentais do investigado. Há, por óbvio, uma mitigação de vários princípios em prol do Direito Penal de menor intervenção, não só do investigado, mas, também, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

Não bastassem esses argumentos, na hipótese de rescisão do acordo e oferecimento da denúncia, a confissão formal e circunstanciada firmada perante o juízo, por si só, não dará espaço à futura condenação. Diz o art. 197 do Código de Processo Penal:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Assim, "a confissão não pode, desacompanhada de qualquer outro indício probatório, sustentar decreto condenatório, na forma do art. 197 do CPP". (AgRg no REsp 1368651/RS, Rel. Ministro Nélfi Cordeiro, 6a Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014), inclusive quando decorra de acordo de não persecução penal descumprido.

3.6. Modernos instrumentos de resolução de conflitos - aqui, em especial, de índole criminal - vem em benefício do próprio acusado ou condenado.

Há, por certo, um relativo distanciamento do processo penal tradicional que mantém sua essência na adversidade (confronto). A par disso, não se foge do contraditório e da assistência.

À semelhança do que ocorre no *plea bargain* norteamericano, a defesa antecipa-se no exame do que consta no processo, aferindo a existência de prova acima de dúvida razoável para uma hipotética condenação, levando em consideração elementos como, duração do processo, tipo de prova e custo do processo.

Como ensina ANA LARA CARMARGO DE CASTRO, o *plea bargain* sobrevive à margem do júri e, para a sua efetivação, são considerados:

... (a) a seriedade do delito; (b) a probabilidade de condenação beyond reasonable doubt; (c) a qualidade do acervo probatório, por exemplo, se há provas diretas ou circunstanciais, testemunhais ou periciais, etc.; (d) o custo do processo; (e) a duração de eventual julgamento; e (f) a incerteza do resultado.

Importa observar, contudo, que além dessa shadow contam no processo de plea: (a) a extensão da barganha (discount rates); (b) a efetiva atuação e capacidade de persuasão de advogados, defensores e promotores; (c) a ocorrência de prisão processual; (d) o arbitramento e os custos de fiança; e (e) os perfis das cortes (frequência de júris designados, critérios para admissão de evidence, severidade de apenação, etc.). Obviamente – e não menos importantes – são os inúmeros fatores psicossociais relativos aos acusados e aos profissionais do Direito, como falta ou excesso de confiança, preferência por atividades de risco, processos cognitivos heurísticos (diga-se, não racionais, atalhados, automáticos, inconscientes, estereotipados, afetivos, etc.). (in Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 25-6).

Embora se trate de institutos distintos, há elementos comuns do *plea bargain* com o acordo de não persecução penal. Entre eles, o de maior matiz é a natureza contratual de ambos. O beneficiado não se sujeita, na acepção da lei penal, à condenação ou à pena corporal na plena extensão da norma penal, mas sim a obrigações assumidas no pacto ou a penas pactuadas, tendo como fim maior evitar os percalços e os custos naturais - financeiro e psicológico - de uma ação penal, da qual poderá advir uma condenação com consequências mais danosas.

Nessa linha, a presença do advogado em todas as fases da negociação é fundamental para validar o negócio jurídico processual. ANA LARA complementa:

*Os acordos, conforme já se viu, saíram da atmosfera de secretismo, na qual as negociações deviam ser insistentemente negadas em juízo, inclusive por orientação do próprio advogado ou defensor para cumprir denial ritual sob pena de a revelação ameaçar o cumprimento das cláusulas clandestinamente pactuadas, conforme se vê em Blackledge v. Allison, caso julgado pela Suprema Corte em 1977. 110 E, na atualidade, para além da própria presença de advogado ou defensor no momento da celebração do acordo e da sua apresentação em juízo, a **Suprema Corte entende ser direito do acusado assistência por defensor ou advogado efetivo em todas as fases de negociação.** (op. cit., pp. 102-3).*

Não vejo, neste espaço, como se possa desviar do preceito instituído pela Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal ao estatuir que "*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Afora a necessidade inafastável de assistência técnica ao acusado, o art. 28-A, § 4º, diz que "*para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade*".

Tal audiência não pode ser mera formalidade. Ela é uma segunda etapa de proteção aos direitos do investigado. Por isso, o teste de voluntariedade pelo juiz deve ser circunstanciado, de modo a explicar ao acordante o resultado da adesão contratual. Nos dizeres de NUCCI, quanto às formalidades, é imperativa a "*realização de audiência, onde o juiz deve avaliar a voluntariedade (atitude livre de qualquer coação), ouvindo o investigado na presença de seu defensor, com o propósito de avaliar a legalidade da avença (art. 28-A, § 4º)*".

Vai além o autor: "*cabe ao juiz de garantias - ponto suspenso por decisão do STF na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, acrescido - analisar o acordo, checando se há cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Se considerar qualquer condição imprópria, devolverá o instrumento ao Ministério Público Federal para que seja reformulada, havendo*

concordância do investigado e seu defensor". (NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado. Porto Alegre:Forense, 2020, p. 63).

Nesse contexto procedimental, o crivo de legalidade é duplamente presente, seja pelo próprio advogado de defesa, seja pelo próprio juízo de homologação, pelo que não se motivam manifestações de inconstitucionalidade do instituto.

O direito à autoincriminação não é incompatível com a matiz constitucional, basta ver os casos em que investigados ou réus assumem fatos e, muitas vezes, até a responsabilidade criminal expressa. Sabe-se que a confissão, ainda que parcial (quando o réu admite fatos, mas nega conhecer a ilicitude de sua conduta, por exemplo), faz incidir a causa de redução de pena (art. 65, III, "d" do CP).

Também é válida a admissão de responsabilidade criminal no âmbito dos acordos de colaboração premiada.

Não se admite no sistema constitucional a confissão forçada e o próprio sistema cria balizas protetivas, dentre elas, a participação direta e obrigatória do defensor em todas as etapas de negociação e a necessidade de homologação por juízo competente.

3.7. Embora a questão ainda seja nova e muitos debates se avizinhem, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal aos processos com denúncia já recebida na data da publicação da Lei nº 13.964/2019 já permeou discussões aprofundadas pelo Ministério Público, seja Estadual, seja Federal.

Segundo a Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Revisão Criminal da Procuradoria Geral da República, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, "admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal".

Em caminho diverso seguiu o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, editando o enunciado 20: *"Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*. O Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul seguiu, igualmente, a interpretação mais restritiva ao benefício.

Por tudo o que até então se anotou, a posição mais consentânea com o princípio da retroatividade da lei benéfica é aquela fixada pelas Câmaras de Revisão Criminal referidas.

Para além disso, a orientação, pela pertinência aos crimes de competência da Justiça Federal, é bastante significativa para a questão em exame. Aliás, a proposta de sobrestamento das ações penais já em andamento é a melhor solução para o caso, como se verá adiante, tendo em vista que não há falar em mácula na decisão de recebimento de denúncia ou mesmo na prolação de sentença penal condenatória.

Nada obstante, cabe ao Judiciário criar mecanismo destinado a dar eficácia à lei penal mais benigna e, sem dúvida, o sobrestamento assegura tanto o direito da parte quanto a efetividade da jurisdição.

4. Transitoriedade para os processos em curso e considerações finais

4.1. A discussão que ora se impõe apenas tem lugar em razão da necessidade de se buscarem regras que assegurem aos recorrentes o acesso ao acordo de não persecução penal.

Isso não quer dizer, contudo, que todo e qualquer réu a ele terá acesso, pois cabe ao *Parquet* analisar os requisitos para a sua proposição. Quer-se com isso apenas possibilitar o debate a respeito do tema, mas a recusa motivada por parte do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal, autoriza a submissão da matéria à instância superior. Assim é expresso o § 14º, ao prever que *"no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código"*.

Como sabido, ao Tribunal apenas compete a instrução e condução de seus julgados em ação penal originária, não sendo aconselhável que a subjetividade do acordo seja apreciada em grau de recurso. Aliás, sequer o juiz da causa pode se imiscuir nos fundamentos da recusa na propositura do acordo, vez que tal tarefa está reservada ao órgão revisional do Ministério Público.

Tal circunstância, deve-se reconhecer, é bastante peculiar e o silêncio da lei para casos tais conclama os Tribunais a buscar uma medida processual adequada. Como dito antes, de nulidade processual não se está a falar, mas isso não significa que não se possa inaugurar estágio processual adequado ao debate e à constatação, ou não, dos requisitos para a concessão do benefício legal.

E, no ponto, há lacuna legislativa sobre o rumo do processo, malgrado ela não decorra da aplicação da letra fria da lei, vez que a aplicabilidade do ANPP apenas aos processos cuja denúncia ainda não foi recebida, mas da aplicação sistemática do instituto.

Assim, a integração do novo instituto no ordenamento jurídico impõe que a solução desses conflitos se dê pela via da hermenêutica. Especificamente no ponto, tem-se como solução

adequada a suspensão do processo com baixa em diligência ao primeiro grau para as providências cabíveis, com o exame do cabimento da ANPP e eventual acordo entre as partes.

4.2. É esta situação transitória que afetará os processos em curso e trará ênfase, nas palavras do Ministro Celso de Mello, à *"inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal"* (Inq-QO 1055).

Proposto e aceito o acordo de não persecução penal, a ação ficará sobrestada no estado em que se encontrar, até o cumprimento do acordo em sua integralidade. Nesse período, não haverá fluência do prazo prescricional a teor do art. 116, IV do Código Penal (Incluído pela Lei nº 13.964/2019).

Caso descumprido o acordo, a ação penal então suspensa retoma seu curso natural. No caso de recurso baixado em diligência, os autos devem retornar ao Tribunal para o processamento do recurso pendente, em particular porque a pretensão punitiva já estará deduzida, servindo o acordo de não persecução penal como uma suspensão condicional do processo extraordinária.

A par disso, como situação transitória que é, caberá ao Tribunal fazer o juízo de delibação com relação aos requisitos, assim insertos na Lei nº 13.964/2019:

(i) tratar-se de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos (no caso de processos no Tribunal, considerar-se-á a pena concretamente fixada na sentença);

(ii) não ser cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais;

(iii) não ser o réu reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, podendo-se citar o registro de antecedentes criminais;

(iv) não ter sido o réu beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

(v) não se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

4.3. Há um aspecto subjetivo que não pode passar despercebido.

Como se retira da redação do art. 28-A do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019), o acordo de não persecução penal pressupõe:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em alguma medida, há certa correspondência entre as penas concretamente aplicadas e substituídas por restritivas de direito, na forma dos arts. 43 e seguintes do Código Penal, mas não se poderia afirmar, dada a prerrogativa ministerial de ofertar as condições, que há perfeita identidade.

Em determinados casos, haverá questionamentos a respeito do interesse do réu no retorno do processo ao primeiro grau. Ora, não parece que seja adequado que tal juízo de proporcionalidade e interesse possa ser antecipado em todas as hipóteses.

Afora essa aparente coincidência, o acordo de não persecução penal importa em simplificação da persecução penal e, dos efeitos mais significativos, está a extinção da punibilidade após o seu cumprimento e a inexistência de registros criminais em desfavor do réu, exceto para os fins de obtenção de novo benefício.

Esse critério diferenciador essencial revela a melhor essência do novo instituto como ferramenta eficaz e moderna para solução de conflitos, com base na transigência mútua, elemento ausente nos casos de condenação com penas corporais substituídas por restritivas de direito.

De todo o modo, nada obsta que o investigado ou réu rejeite a proposta de acordo e opte pela busca do juízo absolutório.

4.4. De tudo o que já foi ponderado até o momento, é possível traçar algumas premissas:

(a) o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in melius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito;

(b) é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal. (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Felix Fischer, STJ - 5ª Turma);

(c) é possível a aferição da possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP;

(d) descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias;

(e) é permitido ao Tribunal examinar preliminarmente, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e o seu retorno ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal;

(f) constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar;

(g) formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo;

(h) não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários;

(i) não sendo oferecido acordo, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14º, do CPP.

Em conclusão, presentes os requisitos objetivos, não vejo óbice à abertura de fase para verificação de proposta de acordo de não persecução penal mesmo após o processo iniciado, ainda que em grau de recurso.

4.5. Para não passar in albis, não se descuida que ao apelante são imputadas condutas diversas e que foi ele condenado em concurso formal.

Nada obstante, a pena concreta total cominada aos dois delitos não ultrapassa o limite estabelecido no caput do art. 28-A (inferior a 4 anos). Ademais, a lei silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal).

Nessa perspectiva, *mutatis mutandis*, tenho por aplicável entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que segue:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO E CRIME AMBIENTAL. DELITOS CUJAS PENAS ULTRAPASSAM OS LIMITES PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ENUNCIADO 243 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Nos termos do enunciado 243 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano". 2. O mesmo entendimento é aplicável à transação penal, que não pode ser ofertada aos acusados de crimes cuja pena máxima, considerado o concurso material, ultrapasse 2 (dois) anos, limite para que se considere a infração de menor potencial ofensivo. Precedente. 3. (...). 5. Recurso desprovido. (RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 66196 2015.03.08794-0, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:27/05/2016).

Em síntese, a eventualidade do concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do ANPP, quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos).

Ante o exposto, voto por solver a questão de ordem para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, prejudicados os demais pontos do recurso.

Documento eletrônico assinado por **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001739427v21** e do código CRC **dede5507**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Data e Hora: 14/5/2020, às 14:27:44

5005673-56.2018.4.04.7000

40001739427.V21



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA, nascido em 23/03/1987, imputando-lhe as práticas das condutas previstas nos art. 334-A, § 1.º, V, do Código Penal e art. 70 da Lei 4.117/1962, c/c art. 69 do Código Penal. Assim narra a inicial acusatória:

"Consta do Auto de Prisão em Flagrante 2 que, em 23 de dezembro de 2017, por volta das 11h40, policiais rodoviários solicitaram a CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA que parasse o veículo FIAT SIENA ELX, cinza, placa CST 3925 3, para fiscalização de rotina do posto da Polícia Rodoviária Federal de São Luiz do Purunã. O denunciado, no entanto, acelerou, na tentativa de evadir-se do local, e foi seguido pelos policiais por mais ou menos 3 quilômetros, até finalmente estacionar o veículo no acostamento, ocasião em que foi abordado. Foram encontrados no banco de trás e no porta-malas do veículo, aproximadamente, 06 (seis) caixas de cigarros estrangeiros contrabandeados, o que configura a prática da conduta prevista no art. 334-A, § 1º, V, do Código Penal.

Em suas declarações à autoridade policial rodoviária federal, CRISTIANO confessou ser o responsável por buscar as mercadorias em Santa Terezinha do Itaipu/PR e levá-las até local próximo ao Largo da Ordem, em Curitiba/PR. Afirmou, ainda, já ter realizado a conduta em outras ocasiões.

Fotos das caixas de cigarros apreendidas constam no Evento 07 do Inquérito Policial.

Os cigarros, totalizados em 8.300 (oito mil e trezentos) maços, foram encaminhados ao Depósito de Mercadorias Apreendidas da Inspetoria da Receita Federal do Brasil em Curitiba/PR, onde foi confirmada a irregularidade aduaneira da mercadoria ilegal, bem como lavrado o Auto de Infração e Apreensão de Cigarros n.º 0915200-68775/2017.

Constou como valor total dos tributos evadidos, somado às multas, em Demonstrativo de Créditos Tributários Evadidos, – referente ao processo administrativo autuado pela Receita Federal n.º

15165.723809/2017-54 – o importe de R\$ 59.326,12 (cinquenta e nove mil trezentos e vinte e seis reais e doze centavos).

O Laudo de Perícia Criminal Federal Merceológica n.º 012/2018 – SETEC/SR/PF/PR, referente às mercadorias apreendidas, concluiu que os cigarros da marca Gudang Garam são procedentes da Indonésia e confirmou, novamente, que sua entrada em território nacional ocorreu ilegalmente, dada a ausência de regulamentação das mercadorias pela ANVISA e de selo controle fiscal pela Receita Federal.

Foi encontrado, ainda, em ocasião de realização de perícia criminal 9 do veículo FIAT SIENA ELX, cinza, placa CST 3925, um transceptor FM, marca Yaesu, modelo FTM 3100R, número de série 7F170768, fabricado no Japão 10, instalado no veículo de forma dissimulada e sem certificação da Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL. Consoante Laudo 107/2018 – SETEC/SR/PF/PR foi constatado que o aparelho estava funcional, com potência de transmissão de 65 W, estando apto a transmitir e receber comunicação de voz via rádio, bidirecional alternada modulada em frequência, com frequência central ajustável na faixa de 136 MHz a 174 MHz.

Desta feita, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, conclui-se que o acusado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, recebeu e ocultou, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, 8.300 (oito mil e trezentos) maços de cigarro, de origem estrangeira, da marca Gudang Garam, mercadorias proibidas ou de importação restrita pela lei brasileira, sem a regular importação e com a ilusão dos tributos respectivos.

Outrossim, presentes prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, conclui-se, ainda, que o acusado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, instalou e utilizou aparelho de telecomunicação sem a devida observância do disposto no Código Brasileiro de Telecomunicações."

A denúncia foi recebida em **27/02/2018** (evento 03).

Processado o feito, sobreveio sentença publicada em **05/10/2019**, que julgou procedente a denúncia para **condenar CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA** pela prática dos crimes previstos nos arts. 334-A, § 1.º, V, do Código Penal e 70 da Lei 4.117/1962, c/c art. 69 do Código Penal à pena privativa de liberdade de 3 anos e 6 meses, em regime inicial aberto, substituída por duas penas restritivas de direitos, nas modalidades de prestação pecuniária e de prestação de serviços à comunidade (evento 80).

A defesa interpôs apelação requerendo, em síntese: **(a)** a decalração de da sentença pelo não oferecimento ao réu, por parte do MPF, do Acordo de Não Persecução Penal, consoante Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público; **(b)** a absolvição do apelante pela incidência do princípio da insignificância; **(c)** a nulidade da perícia realizada no rádio apreendido no veículo do apelante, em decorrência do cerceamento de defesa; **(d)** a desclassificação para o delito de descaminho (evento 104).

Com contrarrazões (evento 111), subiram os autos para este Tribunal.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer opinando pelo desprovimento do recurso (evento 5).

É o relatório. Peço dia.

Documento eletrônico assinado por **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001739436v8** e do código CRC **8a480030**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Data e Hora: 14/5/2020, às 14:27:44

5005673-56.2018.4.04.7000

40001739436.V8



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5005673-56.2018.4.04.7000/PR

RELATOR: DESEMBARGADOR FEDERAL JOÃO PEDRO GEBRAN NETO

APELANTE: CRISTIANO TERTULIANO DA SILVA (RÉU)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (AUTOR)

QUESTÃO DE ORDEM

1. Delimitação da controvérsia

1.1. Antes de avançar sobre o mérito da presente apelação criminal, há ponto fundamental e prejudicial que merece ser examinado em destaque.

A defesa, em suas razões de recurso, alega a nulidade do processo porquanto não teria sido oferecido o acordo de não persecução penal pelo Ministério Público Federal. Funda sua pretensão no que dispõe a Resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Sob tal ótica, não vejo nenhuma invalidade no processo.

A resolução do Parquet nacional diz respeito a procedimentos internos e não significa vinculação do magistrado ao que usou por bem a órgão de acusação regulamentar. Como titular da ação penal, a existência de norma interna tem seu limite na consitucionalidade que impera para a norma penal, que só pode ser criada ou alterada por lei em sentido estrito.

Na Resolução nº 181/2017 - CNMP, não se encontra fundamento suficiente para invalidação do processo, como pretende a defesa. Basta ver que, na redação original, a resolução difere em boa medida do disposto no acordo de não pesecução penal, agora elevado ao status de lei.

Assim, por não se tratar de norma penal em sentido estrito, improcede a pretensão da defesa de ver anulado processo com base na referida resolução ministerial de 2017.

Todavia, não se pode afastar desse debate a novidade implementada pela Lei nº 13.964/2019.

Prossigo.

1.2. A discussão centra-se na aplicabilidade ou não do Acordo de Não Persecução Penal - ANPP aos processos com denúncia já recebida na data da vigência da Lei nº 13.964/2019, dentre os quais aqueles que se encontram em grau de recurso.

A questão é meramente jurídica e não se incursiona em temas relacionados ao preenchimento ou não dos requisitos pelo investigado ou réu para que faça jus ou não ao benefício legal.

Essa é a medida da controvérsia, até mesmo porque descaberia ao órgão recursal aferir a situação fática e a sua adequação à disciplina do art. 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei nº 13.964/2019.

Pois bem.

2. Da natureza do acordo de não persecução penal

2.1. A Lei nº 13.964/2019 acresceu ao Código de Processo Penal o art. 28-A de seguinte teor:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. (Incluído pela Lei nº

13.964, de 2019)

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

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

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

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 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. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

2.2. Não é nova a busca pela efetivação do princípio do direito penal mínimo, reservando o processo penal tradicional para os casos graves. Assim como o fez o Código de Processo Civil em vigor, parece que está chegando o tempo em que o processo penal longo e infrutífero, para questões mais singelas, está também cedendo espaço à composição. A inspiração de resolução consensual de conflitos penais vem do direito alienígena, como é o *plea bargaining* estadunidense, que chegou a alimentar muito debates que antecederam a introdução do acordo de não persecução penal no Direito nacional, inclusive constando na proposta original de anteprojeto de lei do Ministério da Justiça e Segurança Pública, que resultou no chamado "pacote anticrime".

O anteprojeto de lei do "Pacote Anticrime", a propósito, tratava a inserção do art. 28-A na linha de novas medidas de resolução de conflitos criminais (como o ANPP), fazendo expressa referência em seus motivos à necessidade de criarem-se para o Ministério Público novos meios de solução de processos criminais com o objetivo de minimizar demandas judiciais de natureza criminal e o encarceramento.

A temática foi abordada por peculiar percepção por ZAFFARONI e PIERANGELI:

Se observarmos as atuais tendências do direito penal nos países centrais, veremos que não se quer associar a sanção penal que caracteriza a lei penal a qualquer conduta que viola normas jurídicas, e sim quando aparece como inevitável que a paz social não poderá ser alcançada salvo prevendo para estas hipóteses uma forma de sanção particularmente preventiva ou particularmente reparadora, que se distinga da prevenção e reparação ordinárias, comuns a todas as sanções jurídicas.

Daí que somente se submetam à pena algumas condutas antijurídicas, o que acentua no direito penal dos países centrais o caráter fragmentário que já havia assinalado Binding. Não é um sistema

contínuo - como o direito civil, por exemplo, e sim uma sistema descontínuo, alimentado somente por aquelas condutas antijurídicas em que a segurança jurídica não parece satisfazer-se com a prevenção e reparação ordinária, posto que, em caso contrário, as condutas antijurídicas permaneceriam reservadas a cada um dos restantes âmbitos específicos do direito (civil, comercial, laboral, administrativo etc). Este processo seletivo de condutas antijurídicas, merecedoras de coerção penal é matéria de permanente revisão, sendo manifesta a tendência à redução na política criminal dos países centrais, que propugnam abertamente a "descriminalização" ou "despenalização" de inúmeras condutas.

Em síntese: sustentamos que o direito penal tem, como caráter diferenciador, o de procurar cumprir a função de prover a segurança jurídica mediante coerção penal, e esta, por sua vez, se distingue das restantes coerções jurídicas porque aspira assumir caráter especificamente preventivo ou particularmente reparador. (ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique, in Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 2. ed. rev. e atual., São Paulo:Revista dos Tribunais, 1999, p. 101).

O Direito Penal brasileiro traz exemplos de mínima intervenção, sem, porém, abandonar premissas de pacificação e de proteção social. Para citar, a suspensão condicional do processo, a transação penal e, em um estágio mais avançado da persecução penal, a própria possibilidade de substituição da sanção por restrições de direito ou multa.

Nesse espectro, a *longa manus* do Estado age, mas opta-se por nova linha de combate aos ilícitos, rescindindo com a tradicional visão punitivista da segregação de todos aqueles que cometem delitos, como mecanismo de ressocialização e de prevenção social.

O acordo de não persecução penal é possível nos casos de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos, desde que satisfeitas determinadas condições. E, neste ponto, a limitação legislativa a autorizar o benefício é fundamental.

Igualmente não fazem jus ao ANPP os já beneficiados por anterior acordo de não persecução penal, por transação penal ou por suspensão condicional do processo.

Paralelamente a esses limites, vê-se como salutar a preocupação do legislador com a vítima do delito, até a novel legislação deixada à margem do processo penal. Medidas anteriores foram inseridas na legislação ordinária, como a previsão contida no art. 91, I do Código Penal que prevê como efeito da condenação "*tornar certa a obrigação de reparar o dano causado pelo crime*", mas tornando-a apenas destinatária de direito, sem qualquer participação no processo. Também o art. 387, IV do Código de Processo Penal, que estabelece que o juiz, ao proferir sentença, "*fixará valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido*".

Reparação mínima não significa reparação integral do dano, o que poderá remeter o ofendido às esferas cíveis para satisfação integral de seu prejuízo. Parece-me, portanto, que o acordo de não persecução trouxe evolução na tutela jurídica do ofendido, não só ouvindo-o, mas, também, garantindo-lhe a reparação do dano, ao elevá-la como condição à homologação do acordo. Além disso, haverá, de comum acordo com o Ministério Público Federal, a renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime.

No estágio final do acordo, uma vez cumpridas todas as condições, o juízo declarará extinta a punibilidade e a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo (inciso IV, §§ 12º e 13º).

2.3. A inovação legal traz, para fase pré-processual, novo instrumento que busca reduzir a litigiosidade em processos criminais, permitindo solução consensual, sem olvidar a imposição de obrigações para o investigado. O novo instituto jurídico guarda sintonia com outros existentes na legislação brasileira, tais como a transação penal, a suspensão condicional do processo ou mesmo a colaboração premiada, embora possua características próprias, que o distingue dos anteriores.

À semelhança da colaboração premiada, por exemplo, há feições de negócio jurídico processual, tratado entre o Ministério Público Federal e o investigado com seu defensor, vez que em ambos os institutos cada parte, em sua esfera de disponibilidade, transige em certa medida, até chegarem ao ponto de comunhão de interesses. Em relação à suspensão condicional do processo, traz a semelhança de extinguir a punibilidade, se cumpridos determinados requisitos, não deixando registros criminais em desfavor do indivíduo. Por fim, em relação à transação penal, destaco a sua realização durante o curso da investigação criminal.

O desenho legal da ANPP situa-a na fase pré-processual, com a intervenção judicial ocorrendo para aferição dos requisitos legais (art. 28-A, §4º, do CPP), para que o pacto tenha eficácia, podendo, eventualmente, sugerir-lhe modificações (§ 5º, do referido preceito).

Prossigo.

3. Do direito intertemporal

3.1. Princípios importantes do direito intertemporal procuram solver eventuais conflitos surgidos com a sucessão de leis penais no tempo. No que importa à discussão, deve-se focar na premissa de retroatividade da lei penal mais benéfica.

Sobre o tema, explica CEZAR ROBERTO BITENCOURT:

No conflito de leis penais no tempo, é indispensável investigar qual a que se apresenta mais favorável ao indivíduo tido como infrator. A lei anterior, quando for mais favorável, terá ultratividade, e prevalecerá mesmo ao tempo de vigência da lei nova, apesar de já estar revogada. O inverso também é verdadeiro, isto é, quando a lei posterior form mais benéfica, retroagirá para alcançar fatos cometidos antes de sua vigência.

É certo que o ANPP não tem natureza despenalizante, mas, num neologismo, meramente "desprocessualizante". Trata-se de instrumento de política criminal e carcerária, com objetivo claro de criar meios de solução de conflitos de forma célere, efetiva e sem sobrecarregar as partes e o judiciário com processos penais de potencial lesivo menos grave, cujas sanções, acabarão, quando muito, fixadas em regime aberto, se não substituídas por restritivas de direito.

Todavia, há que se verificar se as regras que compõem o novo instituto jurídico são exclusivamente processuais ou se tem aspectos de direito material. Sirvo-me, novamente, da lição de BITENCOURT:

Mas o que deve ser entendido por lei mais benigna? Como se pode apurar a maior benignidade da lei?

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da ilicitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. Nesse sentido, Edilson Bonfim e Fernando Capez acrescentam com acerto: "Do mesmo modo, qualquer regra que diminua ou torne a pena mais branda ou a comute em outra de menor severidade também será mais benéfica" (in Tratado de Direito Penal, Parte Geral 1, 10 ed., São Paulo: Saraiva, 2006, pp. 206-7).

Ora, de instituto despenalizante não se trata, mas não pode passar despercebido o aspecto material existente no ANPP. Como explicou BITENCOURT, não é necessária a descriminalização da conduta para que uma lei possa ser considerada mais benéfica.

HELENO FRAGOSO indica no rol de sucessões da lei penal: "*a lei posterior, sem suprimir a incriminação do fato, beneficia o agente, que cominando pena menos rigorosa, quer de qualquer modo tornando menos grave a situação do réu*". (in Lições de Direito Penal. A nova parte geral, 11 ed., Rio de Janeiro:Forense, 1987, p. 102, respectivamente).

NELSON HUNGRIA vai na mesma toada, referindo como benigna a lei que institui benefícios (no sentido da eliminação, suspensão *ab initio* ou interrupção da execução da pena) antes inexistentes ou aquela que facilita sua obtenção. Diz o saudoso jurista:

A lei nova por criar benefícios, no sentido de permitir, em determinados caso e sob certas condições, o não pronunciamento ou condenação ou não aplicação da penal (perdão judicial), ou a suspensão total ou parcial (interrupção) da efetiva execução da pena (suspensão condicional da pena, livramento condicional), ou tornar mais extensivos os benefícios que a lei anterior já concedia, ou de mais fácil implemento as condições requeridas. Em qualquer caso, é mais favorável ao réu, mesmo quando a pena aplicável ou aplicada segundo a lei antiga seja quantitativa ou qualitativamente menos severa que a lei nova. (in Comentários ao Código Penal, tomo 1, vol. 1, 3. ed., rev. e atual., Rio de Janeiro : Revista Forense, 1955, pp. 109 e 114).

Nessa perspectiva, não há dúvida de que o acordo de não persecução penal, para além da cláusula extintiva de punibilidade (art. 28-A, §13º) após satisfeitas as condições acordadas e a par de não se tratar de *abolitio criminis*, traz benefícios não previstos na sistemática anterior, minimizando os efeitos da conduta praticada pelo agente. Complementando o raciocínio, cite-se a lição de RENÊ ARIEL DOTTI, em feliz passagem:

O advento de uma Lei nova poderá beneficiaar o agente não paenas quando desciminaliza o fato anteriormente punível, mas quando institui uma regra de Direito Penal que: a) altera a composição do tipo de ilícito; b) modifica a natureza, a qualidade, a quantidade ou a forma de execução da pena; c) estabelece uma condição de punibilidade ou processabilidade; d) de qualquer outro modo é mais favorável.

Pode-se mencionar como exemplo dessa categoria a Lei nº 9.099/95 que exige a representação do ofendido nos crimes de lesões corporais leves ou culposas para ser instaurada a ação penal (art. 88). Essa nova norma, de conteúdo penal-processual, foi aplicada aos processos em curso, independente da fase em que se encontravam. A vítima deve representar à autoridade policial ou judiciária ou ao MP (...) no caso de denúncia já recebida, deve ser consultada sobre se lhe interessa a continuidade do processo.(in Curso de direito penal : parte geral, 6. ed. rev. atual. e ampl., com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018, p. 396).

Em síntese, as conclusões do renomado professor são no sentido de que a lei posterior "que de outro modo favorece o agente", aplica-se ao fato não definitivamente julgado em qualquer medida, mesmo nos casos de benefícios outros ou amenizações das consequências da conduta delitiva.

Apesar de a natureza processual ser a mais notada, não se desapega da norma o seu conteúdo material. A não persecução, por certo, é mais benéfica que uma possível condenação criminal, mesmo quando as penas são substituídas. Dessa maneira, deve ter sua aplicação ampliada sob o prisma do art. 5º, XL, da Constituição Federal, e deve incidir igualmente aos processos em curso, cabendo ao Estado propiciar ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta pelo cumprimento dos termos convencionados.

Isso porque não se pode negar a atenuação dos efeitos da conduta do réu que o acordo de não persecução penal traz.

3.2. Há, com as devidas peculiaridades, certa semelhança genética entre a ANPP e a transação penal instituída pela Lei nº 9.099/95.

Em paradigmático julgamento acerca da transação penal, o Supremo Tribunal Federal assentou que:

LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENÉFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciais de primeira instância, importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a lex mitior uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata. (Inq-QO 1055, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, julgado em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996, Tribunal Pleno) - G.N.

O Superior Tribunal de Justiça seguiu na mesma linha de entendimento, como se extrai do julgamento do RESP nº 636.701, cuja ementa segue a seguir transcrita:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. LEI 9099/95. ARTIGO 90. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE. 1. A retroação da lei penal mais benéfica é impositiva, conforme determina o Art. 5º, XL, da Constituição Federal. O Art. 90, da Lei 9099/95 não tem incidência, portanto, sobre as normas penais inscritas na referida lei. 2. Transação penal não implica em reconhecimento de culpa. A extinção da punibilidade, como preconizado no Art. 89 e seus parágrafos, não deixa mácula de antecedentes. 3. Recurso conhecido e improvido.

(RESP - RECURSO ESPECIAL - 112995 1996.00.71011-2, EDSON VIDIGAL, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:17/12/1999 PG:00391 ..DTPB:.)

PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 10, § 1º, III, DA LEI Nº 9.437/97. AMPLIAÇÃO DO ROL DOS DELITOS DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ART. 61 DA LEI Nº 9.099/95 DERROGADO PELO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 2º DA LEI Nº 10.259/2001. TRANSAÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE DA LEI MAIS BENIGNA. I - A Lei nº 10.259/01, em seu art. 2º, parágrafo único, alterando a concepção de infração de menor potencial ofensivo, alcança o disposto no art. 61 da Lei nº 9.099/95. Assim, considerando que o delito pelo qual foi o paciente denunciado é apenado com detenção de 01 (um) a 02 (dois) anos, e multa, está ele inserido no rol dos crimes de menor potencial ofensivo, razão pela qual deve ser analisada pelo Ministério Público a possibilidade de oferecimento ao acusado de proposta de transação penal. (Precedentes). II - Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal. (Precedentes). Recurso provido. (RESP - RECURSO ESPECIAL - 636701 2004.00.34885-7, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:13/12/2004 PG:00430) G.N.

De reparar, no último caso, a possibilidade de retroação da lei penal mais benéfica, mesmo aos casos em que o processo está em grau recursal.

É necessário esclarecer que não se está a falar de nulidade processual, porque inexistia no ordenamento jurídico, ao tempo da denúncia ou da sentença, o instituto do acordo de não persecução penal e, por essa razão, do Ministério Público Federal e do juízo não se poderia exigir essa providência.

Nulidade haverá, creio, nos casos em que o Ministério Público Federal, já na vigência da Lei nº 13.964/2019, deixa de se manifestar sobre a possibilidade do ANPP aos agentes que preencherem as condições objetivas e subjetivas para tanto.

3.3. A redação do art. 3º-B, XVII da Lei Processual Penal (Lei nº 13.964/2019) pode levar à conclusão de que sua aplicação seria restrita à fase pré-processual, ao estabelecer que compete ao chamado juiz de garantias "*decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, quando formalizados durante a investigação*".

Contudo, não vejo como utilizar a normativa que fixa a competência do juiz de garantias - apenas isso - para limitar o direito daquele que é processado ou investigado. Cabe notar que o próprio inciso XVII, *in fine*, traz limitação temporal importante, registrando a competência específica para os casos de formalização de acordos de não persecução penal e de colaborações premiadas na fase investigatória, sem porém, excluir tais instrumentos das fases posteriores da persecução penal.

Igualmente não parece haver inconsistência, a partir da leitura do art. 28-A, no tocante à previsibilidade aos casos de não arquivamento. Ora, com a devida vênia, não se pode extrair da norma aquilo que o legislador "poderia" ou "deveria" ter feito, mas, apenas, aquilo que a lei estabelece.

É certo que o ANPP foi instituído pelo legislador para, nas investigações em andamento e nos casos futuros, ser realizado durante a tramitação do inquérito policial. Todavia, tratando-se de denúncia já recebida ao tempo do início da vigência do novo art. 28-A do CPP, sua aplicação deve se dar retroativamente, para permitir que o Ministério Público e o réu celebrem o acordo, quando presentes os requisitos legais, em face da retroatividade da norma mais benéfica.

3.4. Argumenta-se que não tem aplicação após impulsionada a ação penal. E, para os feitos futuros, sua aplicação, em tese, poderá se dar apenas em casos muito específicos, como desclassificação do delito ou absolvição por um dos delitos, quando imputado mais de um. Aliás, isto tem sido corriqueiro nos Tribunais em relação à suspensão condicional do processo.

Afora isso, como argumento periférico, é importante desmistificar os efeitos do arquivamento do PL nº 882, que trazia expressa previsão de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal para o acordo de "não continuidade de ação penal", portanto, para os casos em que a jurisdição já foi inaugurada.

É fato que o referido projeto foi arquivado e isso, numa perspectiva mais restritiva, poderia levar à apressada conclusão de que houve inequívoca rejeição do legislador pela proposta, e, como consequência, o benefício seria inaplicável, por extensão, aos processos já iniciados.

Não verifico, porém, tal impeditivo, vez que as contradições são apenas aparentes.

Antes de avançar, anoto que, a hermenêutica legal se faz a partir do texto, ressalvados casos pontuais em que a interpretação pode ser esclarecida a partir da exposição de motivos do processo legislativo e a aprovação do projeto de lei. Em regra geral, ultrapassado o processo legislativo, a lei ganha vida e cores próprias e a interpretação autêntica é mero meio de auxílio aos aplicadores do direito.

De todo o modo, o foco aqui está centrado no mero arquivamento do projeto de lei. E deliberadamente digo "mero arquivamento" porque não houve apreciação de mérito com relação à proposta de inclusão do art. 395-A ao Código de Processo Penal, mas, apenas, interrupção da tramitação em face da sua prejudicialidade "em face da aprovação em Plenário do Substitutivo ao Projeto de Lei 10.372" (*in* <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>, acesso em 27/03/2020).

Nessa linha, não vejo como tratar o arquivamento do PL nº 882, sobre o qual não houve deliberação de mérito e, portanto, não houve rejeição material, como se obstáculo fosse à busca da interpretação mais benéfica ao réu. Ainda que se estivesse a falar de rejeição material da proposta, a Constituição Federal, em seu art. 5º, XXXV, assegura que "*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*".

Por esse prisma, e ponderada a inexistência de efeitos do arquivamento do PL nº 882, sem que se invoque tal fato como expressa negativa do legislador, compete ao Judiciário nos casos postos dar a adequada interpretação à norma escrita, por vezes emprestando-lhe o necessário viés integrativo.

3.5. Ainda, não vejo obstáculo para a oferta de ANPP na inexistência de confissão nos processos já sentenciados. A questão não pode ser colocada, aprioristicamente, como óbice ao benefício. Isto porque não existia, até então, a regra processual que previa esse incentivo ao investigado/réu que confessasse. Com a novidade legal, é razoável que se oportunize ao réu rever sua estratégia processual, inclusive considerando a possibilidade de confessar e receber o benefício.

As pessoas agem mediante incentivos e desincentivos, sendo que o novo instituto consiste em vantagem adicional ao acusado/investigado, que passa a dispor de benefício até então inexistente. E, com base nesse novo arcabouço jurídico, pode avaliar se deve, ou não, confessar o ilícito, de modo a obter o favor legal.

Ainda, não se verifica qualquer mácula de inconstitucionalidade nos requisitos insertos no art. 28-A, I da Lei Adjetiva Penal. Sem descuidar que a Constituição Federal assegura o direito do investigado ou réu de permanecer em silêncio e não se autoincriminar, a temática não tem matiz diverso das confissões processuais, quando o agente, muitas vezes por legítima técnica de defesa, almeja a redução da pena.

Se é correto dizer que ninguém é obrigado a confessar, do mesmo modo é correto dizer que a confissão formal e circunstanciada integra o novo instituto, não podendo o investigado ou réu invocarem perante o Estado a benesse sem a contrapartida confissão.

Entender de outra forma seria minimizar o salutar instituto e, até mesmo, a assistência do advogado, a quem compete orientar o seu constituído a respeito da melhor estratégia de defesa. Vale anotar que a melhor técnica de defesa nem sempre passa pela negativa de autoria. No caso, a rápida solução do litígio preconizada pela reforma, em contrapartida ao superado modelo moroso e ineficaz, permeia de maneira indissociável a sistemática adotada pelo legislador.

Em síntese, a confissão formal e circunstanciada não é obrigação do réu, mas opção para evitar as agruras de uma ação penal, ou mesmo para minimizar as consequências de eventual agir ilícito. É com receio que antevejo, como muito ocorreu em relação à colaboração premiada, afirmações descontextualizadas no sentido de que os colaboradores foram forçados a firmar acordo, servindo-se o Estado Acusador de ilegítimo meio de coerção.

Traça-se esse paralelo porque o acordo de não persecução penal, segundo minha compreensão, tem feições de negócio jurídico processual e nessa perspectiva guarda sintonia com a colaboração.

Não se há falar em coerção. No estágio negocial, as partes ponderam aquilo que, sob o amparo do contraditório e da ampla defesa, lhes será mais conveniente e transigem conforme seus interesses. Mais do que isso, a confissão é feita perante o juízo de homologação que aferirá a voluntariedade do acordo, consistência das declarações com relação aos fatos e proporcionalidade dos encargos e benefícios (art. 28-A, § 5º, CPP). Do ato se extrairá a ciência do investigado - assistido por seu advogado, repita-se - a respeito das consequências do delito e do compromisso que estará assumindo pelo acordo de não persecução penal.

Para além disso, a presunção de inocência está diretamente associada ao processo, à produção de provas e ao contraditório e à ampla defesa. Não havendo processo - e essa é a essência do acordo de não persecução penal - não se estará a violar o preceito constitucional.

A decisão homologatória tem força de declaração, subsistindo sempre em favor do acordante a presunção de inocência. Tanto é assim que, segundo a disciplina dos §§ 12º e 13º, *"a celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo"* e *"cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade"*.

Somente o descumprimento do acordo acarretará a sua rescisão e abrirá ao titular da ação penal espaço para o oferecimento de denúncia.

Por fim, o acordo de não persecução penal é submetido à autoridade judicial para homologação, cuja decisão adquire força de título executivo. O acordante, sempre assistido, manifestará sua voluntariedade com os termos do acordo.

Em nenhuma hipótese, portanto, se constata mácula ou agressão aos direitos fundamentais do investigado. Há, por óbvio, uma mitigação de vários princípios em prol do Direito Penal de menor intervenção, não só do investigado, mas, também, dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública.

Não bastassem esses argumentos, na hipótese de rescisão do acordo e oferecimento da denúncia, a confissão formal e circunstanciada firmada perante o juízo, por si só, não dará espaço à futura condenação. Diz o art. 197 do Código de Processo Penal:

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

Assim, "a confissão não pode, desacompanhada de qualquer outro indício probatório, sustentar decreto condenatório, na forma do art. 197 do CPP". (AgRg no REsp 1368651/RS, Rel. Ministro Nélfi Cordeiro, 6a Turma, julgado em 16/10/2014, DJe 03/11/2014), inclusive quando decorra de acordo de não persecução penal descumprido.

3.6. Modernos instrumentos de resolução de conflitos - aqui, em especial, de índole criminal - vem em benefício do próprio acusado ou condenado.

Há, por certo, um relativo distanciamento do processo penal tradicional que mantém sua essência na adversidade (confronto). A par disso, não se foge do contraditório e da assistência.

À semelhança do que ocorre no *plea bargain* norteamericano, a defesa antecipa-se no exame do que consta no processo, aferindo a existência de prova acima de dúvida razoável para uma hipotética condenação, levando em consideração elementos como, duração do processo, tipo de prova e custo do processo.

Como ensina ANA LARA CARMARGO DE CASTRO, o *plea bargain* sobrevive à margem do júri e, para a sua efetivação, são considerados:

... (a) a seriedade do delito; (b) a probabilidade de condenação beyond reasonable doubt; (c) a qualidade do acervo probatório, por exemplo, se há provas diretas ou circunstanciais, testemunhais ou periciais, etc.; (d) o custo do processo; (e) a duração de eventual julgamento; e (f) a incerteza do resultado.

Importa observar, contudo, que além dessa shadow contam no processo de plea: (a) a extensão da barganha (discount rates); (b) a efetiva atuação e capacidade de persuasão de advogados, defensores e promotores; (c) a ocorrência de prisão processual; (d) o arbitramento e os custos de fiança; e (e) os perfis das cortes (frequência de júris designados, critérios para admissão de evidence, severidade de pena, etc.). Obviamente – e não menos importantes – são os inúmeros fatores psicossociais relativos aos acusados e aos profissionais do Direito, como falta ou excesso de confiança, preferência por atividades de risco, processos cognitivos heurísticos (diga-se, não racionais, atalhados, automáticos, inconscientes, estereotipados, afetivos, etc.). (in Plea Bargain: Resolução Penal Pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, pp. 25-6).

Embora se trate de institutos distintos, há elementos comuns do *plea bargain* com o acordo de não persecução penal. Entre eles, o de maior matiz é a natureza contratual de ambos. O beneficiado não se sujeita, na acepção da lei penal, à condenação ou à pena corporal na plena extensão da norma penal, mas sim a obrigações assumidas no pacto ou a penas pactuadas, tendo como fim maior evitar os percalços e os custos naturais - financeiro e psicológico - de uma ação penal, da qual poderá advir uma condenação com consequências mais danosas.

Nessa linha, a presença do advogado em todas as fases da negociação é fundamental para validar o negócio jurídico processual. ANA LARA complementa:

*Os acordos, conforme já se viu, saíram da atmosfera de secretismo, na qual as negociações deviam ser insistentemente negadas em juízo, inclusive por orientação do próprio advogado ou defensor para cumprir denial ritual sob pena de a revelação ameaçar o cumprimento das cláusulas clandestinamente pactuadas, conforme se vê em Blackledge v. Allison, caso julgado pela Suprema Corte em 1977. 110 E, na atualidade, para além da própria presença de advogado ou defensor no momento da celebração do acordo e da sua apresentação em juízo, a **Suprema Corte entende ser direito do acusado assistência por defensor ou advogado efetivo em todas as fases de negociação.** (op. cit., pp. 102-3).*

Não vejo, neste espaço, como se possa desviar do preceito instituído pela Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal ao estatuir que "*no processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu*".

Afora a necessidade inafastável de assistência técnica ao acusado, o art. 28-A, § 4º, diz que "*para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade*".

Tal audiência não pode ser mera formalidade. Ela é uma segunda etapa de proteção aos direitos do investigado. Por isso, o teste de voluntariedade pelo juiz deve ser circunstanciado, de modo a explicar ao acordante o resultado da adesão contratual. Nos dizeres de NUCCI, quanto às formalidades, é imperativa a "*realização de audiência, onde o juiz deve avaliar a voluntariedade (atitude livre de qualquer coação), ouvindo o investigado na presença de seu defensor, com o propósito de avaliar a legalidade da avença (art. 28-A, § 4º)*".

Vai além o autor: "*cabe ao juiz de garantias - ponto suspenso por decisão do STF na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6.298, acrescido - analisar o acordo, checando se há cláusulas inadequadas, insuficientes ou abusivas. Se considerar qualquer condição imprópria, devolverá o instrumento ao Ministério Público Federal para que seja reformulada, havendo*

concordância do investigado e seu defensor". (NUCCI, Guilherme de Souza. Pacote Anticrime Comentado. Porto Alegre:Forense, 2020, p. 63).

Nesse contexto procedimental, o crivo de legalidade é duplamente presente, seja pelo próprio advogado de defesa, seja pelo próprio juízo de homologação, pelo que não se motivam manifestações de inconstitucionalidade do instituto.

O direito à autoincriminação não é incompatível com a matiz constitucional, basta ver os casos em que investigados ou réus assumem fatos e, muitas vezes, até a responsabilidade criminal expressa. Sabe-se que a confissão, ainda que parcial (quando o réu admite fatos, mas nega conhecer a ilicitude de sua conduta, por exemplo), faz incidir a causa de redução de pena (art. 65, III, "d" do CP).

Também é válida a admissão de responsabilidade criminal no âmbito dos acordos de colaboração premiada.

Não se admite no sistema constitucional a confissão forçada e o próprio sistema cria balizas protetivas, dentre elas, a participação direta e obrigatória do defensor em todas as etapas de negociação e a necessidade de homologação por juízo competente.

3.7. Embora a questão ainda seja nova e muitos debates se avizinhem, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal aos processos com denúncia já recebida na data da publicação da Lei nº 13.964/2019 já permeou discussões aprofundadas pelo Ministério Público, seja Estadual, seja Federal.

Segundo a Orientação Conjunta nº 03/2018 das 2ª, 4ª e 5ª Câmaras de Revisão Criminal da Procuradoria Geral da República, revisada e ampliada a partir da edição da Lei nº 13.964/2019, "admite-se o oferecimento de acordos de não persecução penal no curso da ação penal, podendo ser dispensada, nessa hipótese, a instauração de PA, caso a negociação seja realizada nos próprios autos do processo. Nessa hipótese, deverá ser requerido ao juízo o sobrestamento da ação penal".

Em caminho diverso seguiu o Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, editando o enunciado 20: *"Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia"*. O Ministério Público do Estado do Mato Grosso do Sul seguiu, igualmente, a interpretação mais restritiva ao benefício.

Por tudo o que até então se anotou, a posição mais consentânea com o princípio da retroatividade da lei benéfica é aquela fixada pelas Câmaras de Revisão Criminal referidas.

Para além disso, a orientação, pela pertinência aos crimes de competência da Justiça Federal, é bastante significativa para a questão em exame. Aliás, a proposta de sobrestamento das ações penais já em andamento é a melhor solução para o caso, como se verá adiante, tendo em vista que não há falar em mácula na decisão de recebimento de denúncia ou mesmo na prolação de sentença penal condenatória.

Nada obstante, cabe ao Judiciário criar mecanismo destinado a dar eficácia à lei penal mais benigna e, sem dúvida, o sobrestamento assegura tanto o direito da parte quanto a efetividade da jurisdição.

4. Transitoriedade para os processos em curso e considerações finais

4.1. A discussão que ora se impõe apenas tem lugar em razão da necessidade de se buscarem regras que assegurem aos recorrentes o acesso ao acordo de não persecução penal.

Isso não quer dizer, contudo, que todo e qualquer réu a ele terá acesso, pois cabe ao *Parquet* analisar os requisitos para a sua proposição. Quer-se com isso apenas possibilitar o debate a respeito do tema, mas a recusa motivada por parte do Ministério Público no oferecimento do acordo de não persecução penal, autoriza a submissão da matéria à instância superior. Assim é expresso o § 14º, ao prever que *"no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código"*.

Como sabido, ao Tribunal apenas compete a instrução e condução de seus julgados em ação penal originária, não sendo aconselhável que a subjetividade do acordo seja apreciada em grau de recurso. Aliás, sequer o juiz da causa pode se imiscuir nos fundamentos da recusa na propositura do acordo, vez que tal tarefa está reservada ao órgão revisional do Ministério Público.

Tal circunstância, deve-se reconhecer, é bastante peculiar e o silêncio da lei para casos tais conclama os Tribunais a buscar uma medida processual adequada. Como dito antes, de nulidade processual não se está a falar, mas isso não significa que não se possa inaugurar estágio processual adequado ao debate e à constatação, ou não, dos requisitos para a concessão do benefício legal.

E, no ponto, há lacuna legislativa sobre o rumo do processo, malgrado ela não decorra da aplicação da letra fria da lei, vez que a aplicabilidade do ANPP apenas aos processos cuja denúncia ainda não foi recebida, mas da aplicação sistemática do instituto.

Assim, a integração do novo instituto no ordenamento jurídico impõe que a solução desses conflitos se dê pela via da hermenêutica. Especificamente no ponto, tem-se como solução

adequada a suspensão do processo com baixa em diligência ao primeiro grau para as providências cabíveis, com o exame do cabimento da ANPP e eventual acordo entre as partes.

4.2. É esta situação transitória que afetará os processos em curso e trará ênfase, nas palavras do Ministro Celso de Mello, à *"inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controvérsias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal"* (Inq-QO 1055).

Proposto e aceito o acordo de não persecução penal, a ação ficará sobrestada no estado em que se encontrar, até o cumprimento do acordo em sua integralidade. Nesse período, não haverá fluência do prazo prescricional a teor do art. 116, IV do Código Penal (Incluído pela Lei nº 13.964/2019).

Caso descumprido o acordo, a ação penal então suspensa retoma seu curso natural. No caso de recurso baixado em diligência, os autos devem retornar ao Tribunal para o processamento do recurso pendente, em particular porque a pretensão punitiva já estará deduzida, servindo o acordo de não persecução penal como uma suspensão condicional do processo extraordinária.

A par disso, como situação transitória que é, caberá ao Tribunal fazer o juízo de delibação com relação aos requisitos, assim insertos na Lei nº 13.964/2019:

(i) tratar-se de infração penal praticada sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos (no caso de processos no Tribunal, considerar-se-á a pena concretamente fixada na sentença);

(ii) não ser cabível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais;

(iii) não ser o réu reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, podendo-se citar o registro de antecedentes criminais;

(iv) não ter sido o réu beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

(v) não se tratar de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

4.3. Há um aspecto subjetivo que não pode passar despercebido.

Como se retira da redação do art. 28-A do Código de Processo Penal (incluído pela Lei nº 13.964/2019), o acordo de não persecução penal pressupõe:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

Em alguma medida, há certa correspondência entre as penas concretamente aplicadas e substituídas por restritivas de direito, na forma dos arts. 43 e seguintes do Código Penal, mas não se poderia afirmar, dada a prerrogativa ministerial de ofertar as condições, que há perfeita identidade.

Em determinados casos, haverá questionamentos a respeito do interesse do réu no retorno do processo ao primeiro grau. Ora, não parece que seja adequado que tal juízo de proporcionalidade e interesse possa ser antecipado em todas as hipóteses.

Afora essa aparente coincidência, o acordo de não persecução penal importa em simplificação da persecução penal e, dos efeitos mais significativos, está a extinção da punibilidade após o seu cumprimento e a inexistência de registros criminais em desfavor do réu, exceto para os fins de obtenção de novo benefício.

Esse critério diferenciador essencial revela a melhor essência do novo instituto como ferramenta eficaz e moderna para solução de conflitos, com base na transigência mútua, elemento ausente nos casos de condenação com penas corporais substituídas por restritivas de direito.

De todo o modo, nada obsta que o investigado ou réu rejeite a proposta de acordo e opte pela busca do juízo absolutório.

4.4. De tudo o que já foi ponderado até o momento, é possível traçar algumas premissas:

(a) o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in melius*, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito;

(b) é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal. (REsp. nº 2004.00.34885-7, Min. Felix Fischer, STJ - 5ª Turma);

(c) é possível a aferição da possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo graus), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP;

(d) descabe ao Tribunal examinar e homologar diretamente em grau recursal eventual acordo de não persecução penal, só se admitindo tal hipótese nos inquéritos e ações penais originárias;

(e) é permitido ao Tribunal examinar preliminarmente, desde logo, a existência dos requisitos objetivos para eventual permissivo à formalização de acordo de não persecução penal, determinando, se for o caso, a suspensão da ação penal e da prescrição e o seu retorno ao primeiro grau para verificação da possibilidade do benefício legal;

(f) constatada pela Corte Recursal a ausência dos requisitos objetivos para oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, admite-se o prosseguimento, desde logo, do processo no estado em que se encontrar;

(g) formalizado o acordo de não persecução penal em primeiro grau, a ação penal permanecerá suspensa, sem fluência da prescrição, até o encerramento do prazo convencionado, ou rescisão do acordo;

(h) não oferecido ou descumprido e rescindido o acordo, a ação penal retomará seu curso natural com nova remessa ao Tribunal para julgamento dos recursos voluntários;

(i) não sendo oferecido acordo, cabível recurso do réu ao órgão superior do Ministério Público, na forma do art. 28-A, § 14º, do CPP.

Em conclusão, presentes os requisitos objetivos, não vejo óbice à abertura de fase para verificação de proposta de acordo de não persecução penal mesmo após o processo iniciado, ainda que em grau de recurso.

4.5. Para não passar in albis, não se descuida que ao apelante são imputadas condutas diversas e que foi ele condenado em concurso formal.

Nada obstante, a pena concreta total cominada aos dois delitos não ultrapassa o limite estabelecido no caput do art. 28-A (inferior a 4 anos). Ademais, a lei silencia quanto a eventual restrição de aplicabilidade do acordo de não persecução penal aos crimes praticados em concurso (seja material ou formal).

Nessa perspectiva, *mutatis mutandis*, tenho por aplicável entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça que segue:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO DA UNIÃO E CRIME AMBIENTAL. DELITOS CUJAS PENAS ULTRAPASSAM OS LIMITES PREVISTOS NA LEI 9.099/1995. IMPOSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DE TRANSAÇÃO PENAL OU DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. ENUNCIADO 243 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO OPORTUNA NO CURSO DA AÇÃO PENAL. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. DESPROVIMENTO DO RECLAMO. 1. Nos termos do enunciado 243 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, "o benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano". 2. O mesmo entendimento é aplicável à transação penal, que não pode ser ofertada aos acusados de crimes cuja pena máxima, considerado o concurso material, ultrapasse 2 (dois) anos, limite para que se considere a infração de menor potencial ofensivo. Precedente. 3. (...). 5. Recurso desprovido. (RHC - RECURSO ORDINARIO EM HABEAS CORPUS - 66196 2015.03.08794-0, JORGE MUSSI, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:27/05/2016).

Em síntese, a eventualidade do concurso de crimes apenas se mostra relevante e intransponível para o oferecimento do ANPP, quando o somatório das penas mínimas ou a pena concreta - no caso de sentença condenatória já proferida - for igual ou superior a 4 (quatro anos).

Ante o exposto, voto por solver a questão de ordem para determinar a suspensão do feito e da prescrição, para que seja remetido ao juízo de origem para verificação de eventual possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do Código Penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019, prejudicados os demais pontos do recurso.

Documento eletrônico assinado por **JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001739427v21** e do código CRC **dede5507**.

Informações adicionais da assinatura:
Signatário (a): JOÃO PEDRO GEBRAN NETO
Data e Hora: 14/5/2020, às 14:27:44

5005673-56.2018.4.04.7000

40001739427.V21