



RETROATIVIDADE DA LEI PENAL COM RELAÇÃO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – INOVAÇÃO DO PACOTE ANTICRIME

CRIMINAL LAW RETROACTIVITY IN RELATION TO THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT - INNOVATION OF THE ANTICRIME PACKAGE

Cristina Matoso¹

RESUMO: A Lei nº 13.964/2019, também conhecida como Lei Anticrime, trouxe inovações no campo do Direito Penal e do Direito Processual Brasileiro, umas das inovações foi o acordo de não persecução criminal, que veio junto com a transação penal e a suspensão condicional do processo para ser um mecanismo negociável na justiça penal. Tal acordo, desde que preenchidos os requisitos, isentará o agente de pena restritiva de liberdade, sendo aplicado no caso concreto medidas que se assemelham às penas restritivas de direito, mas como o acordo é realizado para que não haja necessidade de processo, não se pode falar em pena mas sim em compromissos a serem cumpridos pelo investigado. Como é uma inovação benéfica, através do estudo da lei penal do tempo e a retroatividade da lei penal, buscou-se demonstrar que a inovação

¹ Pós-graduanda em Direito de Família e Sucessões, bem como Direito e Processo Previdenciário. Advogada atuante nas mais diversas áreas do Direito, incluindo Direito Penal. E-mail: chrystynamatozo@live.com.

pode ser aplicada a processos já em andamento, além de apresentar algumas críticas a medida.

Palavras-chave: Lei Anticrime; acordo de não persecução penal; retroatividade.

ABSTRACT: Law nº 13.964 / 2019, also known as Anticrime Law, brought innovations in the field of Criminal Law and Brazilian Procedural Law, one of the innovations was the non-criminal prosecution agreement, which came together with the criminal transaction and the conditional suspension of the process to be a negotiable mechanism in criminal justice. Such an agreement, provided that the requirements are met, will exempt the agent from a penalty restrictive of liberty, being applied in the specific case measures that resemble the restrictive penalties of law, but as the agreement is made so that there is no need for a process, one cannot talk about pity but about commitments to be fulfilled by the investigated. As it is a beneficial innovation, through the study of the penal law of time and the retroactivity of criminal law, we sought to demonstrate that the innovation can be applied to processes already underway, in addition to presenting some criticisms to measure.

Keywords: Anticrime Law; non-criminal prosecution agreement; retroactivity.

INTRODUÇÃO

De acordo com os ditames da lei penal no tempo, nenhuma lei nova poderá atingir fato passado, ou seja, para que determinado fato seja punível necessariamente precisa existir uma lei que expressamente preveja isso antes do fato acontecer.

Mas existe uma exceção a tal irretroatividade, trata-se da chamada retroatividade benéfica, que ocorrerá quando uma nova lei vier a extinguir um crime, dar tratamento mais benéfico a ele, como é o caso de diminuir a pena ou até mesmo conceder algum benefício.

Analisando nesta seara, o pacote de lei anticrime trouxe em seu bojo o acordo de não persecução penal, que se trata de um acordo onde o agente confessa a prática de crime que não ocorreu com violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e com tal ato cumprirá penas restritivas de direito que o Ministério Público entender conveniente para o caráter punitivo e educativo da sanção penal.

O presente estudo se desenvolveu no sentido de analisar a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal a processos já em andamento quando da entrada em vigor da nova legislação, aplicando a exceção da retroatividade benéfica.

1. DA IRRETROATIVIDADE DA LEI PENAL (*LEX PRAEVIA*)

Via de regra, toda lei irá reger para o futuro os fatos nela previstos desde sua entrada em vigor, assim uma lei prévia é um obstáculo para a retroatividade penal, não permitindo que seus efeitos atinjam fatos já praticados anteriormente (BUSATO, 2015).

Tal proibição decorre do princípio da legalidade, que determina o critério geral para validade de uma lei penal no tempo, sendo que este possui quatro dimensões definidas por Santos (2014, p. 48):

a. Lex praevia (proibição de retroatividade da lei penal), *b. lex scripta* (proibição do costume como fundamento de crimes ou de penas), *c. lex stricta* (proibição da analogia como método de criminalização ou de penalização das ações humanas), e *d. lex certa* (proibição de indefinições nos tipos legais e nas sanções penais).

A única exceção a irretroatividade da lei penal está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XL: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

Essa exceção faz com a nova lei possa voltar no tempo para favorecer o agente, mesmo que já haja no processo sentença condenatória transitada em julgado, conforme prevê o artigo 2º, parágrafo único do Código Penal.

Quando ocorre a retroatividade se está diante do fenômeno chamado extratividade da lei penal do tempo, essa retroatividade pode se dar das seguintes formas: quando a nova lei diz que tal fato não é mais considerado como crime,

ocorrendo a chamada *abolitio criminis* ou quando a nova lei é mais benéfica que a anterior.

Na ocorrência da primeira hipótese, o Código Penal, prevê em seu artigo 107, inciso III que ocorrera a extinção da punibilidade do agente, independente da fase em que o processo se encontre.

Já quando se está diante da segunda hipótese, nota-se que a nova lei não extingue um tipo penal, mas realiza alterações, podendo conforme Nucci (2016), descrever a conduta de forma diversa, excluir formas de execução, modificar a sanção penal aplicável, tornando-a mais branda ou dando benefícios penais que eram inexistentes.

De acordo com Santos (2014, p. 50), quando se trata de lei penal mais favorável, esta irá incidir sobre: “leis penais em branco, leis penais temporárias ou excepcionais, leis processuais penais, lei de execução penal e jurisprudência”. Ou seja, todo diploma legal que contenha conteúdo penal será atingido por lei posterior que venha a ser mais benéfica.

O Direito Penal brasileiro é um direito penal do fato, sendo que os tipos penais previstos nas normas penais em geral visam demonstrar que determinada conduta não é aceita pela sociedade em determinado momento histórico ou político da mesma. Dessa forma, não há como se possibilitar que se caracterize uma conduta como crime sem que a sociedade reconheça seu desvalor, Stratenwerth apud Busato (2015, p. 46) expõe que “ninguém pode reger-se por uma norma que ainda não existe”.

É o que prevê o inciso XXXIX do artigo 5º da Constituição Federal de 1988: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Redação igualmente dada ao artigo 1º do Código Penal.

Desta feita, nota-se a relação entre o princípio da legalidade e sua ramificação no princípio da irretroatividade, sendo que o primeiro só será afastado no caso de nova lei ser mais favorável ao agente.

2. DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O projeto de Lei Anticrime, foi apresentado pelo Ministro da Justiça Sérgio Moro, onde propõe catorze alterações legislativas, entre o Código Penal, o Código de Processo Penal e na Lei dos Crimes Hediondos.

Em 24 de dezembro de 2019 o projeto passou a ser a Lei nº 13.964, que entrou em vigor trinta dias após a data de sua publicação oficial, conforme previsão de seu artigo 20.

Uma das mudanças se trata do acordo de não persecução penal, que está previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Dezem (2019) explica que esse acordo não é novidade, pois antes de ser previsto na Lei, já existia uma Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, nº 181/2017), o qual é objeto de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI 5.790 e ADI 5.793).

Esse acordo está ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, na busca de uma justiça mais negociada no processo penal (LOPES JUNIOR e HIGYNA, 2020). Mazloun e Mazloun (2020, p. 01) explicam que tal acordo “trata-se de medida despenalizadora, pois no plano do direito positivo, permite afastar a incidência de sanção penal, esta submetida à reserva da jurisdição”.

Vasconcellos (2019, p. 05) assim define: “um mecanismo consensual, em que o imputado se conforma com a imposição de sanção (não privativa de liberdade) em troca de eventual benefício, como redução da pena e não configuração de maus antecedentes”.

Assim prevê o artigo:

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:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;

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);

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

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Nesta seara, os requisitos para o oferecimento do acordo são: não ser caso de arquivamento do inquérito policial, a confissão do acusado da prática de infração penal que não tenha ocorrido com violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos.

A legitimidade para propor o acordo é do Ministério Público, conforme previsão do §3º do artigo citado, caso entenda que seja suficiente para que cumpra o caráter punitivo e educativo da medida. As sanções previstas nos incisos são penas restritivas de direito e também algumas possuem cunho pecuniário. Mas o Ministério Público pode se recusar a oferecer o acordo, nesse caso o investigado pode requerer a remessa dos autos a órgão superior com base no §14º.

Com relação a pena mínima, o §1º do referido artigo expõe que para sua aferição devem ser levadas em conta causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto.

Mas tal acordo não se aplicará nos casos em que seja cabível a transação penal prevista pela Lei 9.099/95; se o investigado for reincidente no mesmo crime; ou se o agente tiver sido beneficiado por outro acordo nos últimos cinco anos (artigo 28-A, §2º do Código Penal).

A homologação de tal acordo será efetuada em audiência, onde o investigado será ouvido na presença de seu defensor para que o Magistrado consiga verificar a sua voluntariedade e legalidade, previsão está contida no §4º. Caso o Magistrado considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições do acordo, devolver-se-ão os autos ao Ministério Público para que este reformule a proposta, com a concordância do investigado e seu defensor com base no §5º.

Com a homologação, o §6º prevê desde logo a devolução dos autos ao Ministério Público para que inicie a execução do mesmo.

Caso o Magistrado entenda que o acordo não atende aos requisitos legais, este pode se recusar a homologá-lo, conforme autoriza o §7º. Em havendo recusa, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que este analise se há necessidade de complementar as investigações ou oferecer a denúncia de acordo com o §8º. No caso de não homologação a decisão pode ser objeto de Recurso em Sentido Estrito, conforme artigo 581, XXV do Código de Processo Penal

De acordo com o §9º a vítima será intimada com relação a homologação do acordo e também em caso de descumprimento. Havendo descumprimento do acordo, o Ministério Público comunicará o juízo, para que o mesmo seja rescindido e posteriormente seja oferecida a denúncia, o descumprimento pode ser justificativa para não oferecimento de suspensão condicional do processo conforme §10º e 11º.

Nem a celebração e nem o cumprimento do acordo irão constar na certidão de antecedentes criminais do investigado, somente para cumprir os fins do inciso III do §2º, que trata de proposta de novo acordo após transcorridos cinco anos do anterior, conforme §12º.

Havendo o cumprimento integral do acordo, conforme §13º do juiz competente, que é o juiz da execução, decretará extinta a punibilidade.

Analisado ponto a ponto do artigo assim como consta na lei, passa-se a algumas análises críticas sobre o acordo de persecução penal.

Figueiredo e Veloso (2020, p. 22) ao tratarem sobre a questão prevista no §5º, que expõe que se o juiz entender que as condições previstas no acordo são inadequadas, insuficientes ou abusivas devolverá os autos ao Ministério Público para reformular a proposta, mencionam que “há permissão para que o juiz amplie a sanção penal em momento incipiente da persecução penal, violando-se o sistema acusatório que impõe a divisão das funções de acusar e julgar”.

É uma função do juiz analisar de a medida contém cláusulas abusivas, mas deveria caber a este dizer se a sanção imposta é insuficiente ou que demanda sanção mais grave, nesse caso, só poderia o juiz verificar a legalidade do acordo e não como o artigo admite.

Dezem (2019, p. 04) explica que muito embora a intenção seja boa, deveria haver alguma instância para controle e revisão da proposta no sentido de “arquivamento do inquérito policial sem que haja perda do direito ao acordo”, o autor explica que:

A não aceitação do acordo gera perda do direito a ele, de forma que o investigado se vê em situação delicada: ou aceita o acordo de não persecução penal que lhe parece não haver provas ou o recusa e corre todos os riscos inerentes a um sistema penal e processual incertos.

Isso porque, o momento processual em que será oferecida a proposta de acordo de não persecução penal será quando for finalizado o inquérito e verificar-se que não é caso de arquivamento, mas como se sabe para que um inquérito seja arquivado faz-se necessárias provas robustas, então poucos inquéritos não prosperam. O que acaba tornando a decisão do investigado difícil no sentido de confessar a prática de um delito do qual pode vir a ser absolvido.

Quanto a essa confissão, Mazloun e Mazloun (2020, p. 02) explicam que caso haja o descumprimento do acordo ela não será válida como prova, isso em razão de ainda não haver processo criminal, levando em conta o previsto no artigo 155 do Código de Processo Penal que aduz:

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

Na mesma linha, Sanches *apud* Lopes Junior e Higyna (2020, p. 03) aduz que:

Apesar de pressupor sua confissão, não há reconhecimento expresso de culpa pelo investigado. Há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal.

Com relação a retroatividade da lei penal estudada em tópico anterior, nota-se que caberá acordo de não persecução penal em processo em curso na data da entrada em vigor da lei nº 13.964/19, mesmo que já haja denúncia recebida, mas sem sentença prolatada. Lopes Junior e Higyna (2020, p. 02) explica que ao se criar uma causa extintiva de punibilidade, o acordo “adquiriu a natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF), já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal”.

Mazloun e Mazloun (2020, p. 02) compartilham do referido entendimento citando que:

Entendemos incidir também aos processos criminais em curso, apanhados pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal. Cabe ao Estado, agora, abrir ao réu a oportunidade de ter sua punibilidade extinta mediante a proposição de acordo pelo Ministério Público e consequentemente cumprimento das condições mencionadas.

Na prática é isso que vem ocorrendo, os juízes após a entrada em vigor passaram a remeter os autos ao Ministério Público para que este verifique se é o caso de oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal.

Lopes Junior e Higyna (2020) expõe que é cabível a proposta de acordo em processos de ação privada, pois não há vedação legal nesse sentido.

Com relação ao §1º do artigo 28-A que cita que para aferição da pena mínima devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, o mesmo deixa dúvida quando as causas forem variáveis, não explicando se deverá ser aplicada a maior ou menor fração.

Nesse sentido, Lopes Junior e Higyna (2020, p. 03) explica que “deve-se levar em conta, na causa de aumento, a fração que menos aumentar a pena mínima e na causa de diminuição, a fração que mais diminuir”.

A doutrina ainda diverge sobre a questão, mas por analogia entende-se que se aplicará o entendimento da Súmula 723 do Supremo Tribunal Federal. Assim, para saber se o investigado terá direito ou não quando as causas de aumento e diminuição forem variáveis, levará em conta o que o autor citou acima, nas causas de aumento a que menos aumentar, e nas de diminuição a que mais diminuir.

Assim prevê o Enunciado 29 da GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal):

Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

Desta feita, até que seja sumulado entendimento sobre o acordo de não persecução penal, aplicar-se-á por analogia no que tange as causas de aumento e diminuição variáveis o entendimento exposto acima.

Assim, esmiuçado alguns pormenores do novo acordo de não persecução penal, nota-se que o mesmo visa beneficiar o investigado, e muitas vezes um acordo é muito mais vantajoso do que uma condenação criminal, principalmente no que tange ao registro de antecedentes.

Como é instituto que veio para benefício, entende-se que aplica-se aqui a retroatividade da lei penal para beneficiar o réu, em qualquer fase do processo antes da sentença, desde que preenchidos os requisitos aqui mencionados.

CONCLUSÃO

Diante do abordado, nota-se que muito embora pareça simples o acordo de não persecução penal, tem inúmeras regras aplicáveis, lembrando que o mesmo em nenhum momento irá substituir outros benefícios que possam ser oferecidos ao agente.

Tanto é que há previsão legal para que não se aplique o acordo, se puder ser aplicada a proposta de transação penal.

O acordo de persecução é um benefício oferecido ao investigado que pode ou não o aceitar, sendo a todo momento acompanhado por seu defensor. O Ministério Público pode ou não o oferecer, se assim considerar que não será suficiente, bem como o juiz pode ou não o homologar.

Caso o Ministério Público não ofereça o acordo, o investigado pode requerer o envio dos autos à autoridade superior para que analise se não há possibilidade realmente. No caso de o juiz não homologar o acordo, a decisão é cabível de recurso em sentido estrito.

Quanto a retroatividade da lei penal mais benéfica, entende-se que como é um benefício, deve se aplicar tanto aos processos novos quanto aos processos já em vigor, bem como as ações penais que sejam privadas. Mas como citado o oferecimento da proposta não obriga o agente a aceitá-la.

REFERÊNCIAS

- BRASIL, Constituição (1988). **Constituição**: República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em 18 março 2020.
- BUSATO, Paulo César. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689Compilado.htm>. Acesso em 18 março 2020.
- CÓDIGO PENAL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De12848compilado.htm>. acesso em 18 março 2020.
- DEZEM, Guilherme Madeira. **Breves considerações sobre o projeto de lei anticrime**. 2019. Disponível em: < https://www.thomsonreuters.com.br/content/dam/openweb/documents/pdf/Brazil/white-paper/legal_white_paper_pacote_antocrime.pdf>. Acesso em 16 março 2020.
- FIGUEIREDO; VELLOSO. **Relatório – Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019 (“Pacote Anticrime”)**. 2020. Disponível em: < https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/1/1533F750ECA4DC_estudo.pdf>. Acesso em 19 março 2020.
- GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). **Comissão especial**: enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei 13.964/2019). 2020. Disponível em: < http://www.mpgp.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_antocrime_GNCCRIM_CNPG.pdf>. Acesso em 20 março 2020.
- LEI ANTICRIME. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm>. Acesso em: 20 março 2020.
- LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyana. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>>. Acesso em 18 março 2020.
- MAZLOUM, Ali; MAZLOUM, Amir. **Acordo de não persecução penal é aplicável a processo em curso**. 2020. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-nao-persecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>>. Acesso em 20 março 2020.
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 6. ed. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Comentários sobre as alterações processuais aprovadas pelo Congresso Nacional no Pacote Anticrime modificado (PL 6.341/2019)**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/modificacoes-processuais-projeto.pdf>>. Acesso em 17 março 2020.