

X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

A532

Anais do X Congresso da Fepodi [Recurso eletrônico on-line] organização X Congresso da Fepodi: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul – Campo Grande;

Coordenadores: Abner da Silva Jaques, João Fernando Pieri de Oliveira e Lívia Gaigher Bósio Campello – Campo Grande: Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, 2023.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-798-4

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desenvolvimento, responsabilidade e justiça: a função da ciência jurídica no aperfeiçoamento da sociedade.

1. Desenvolvimento. 2. Responsabilidade. 3. Justiça. I. X Congresso da Fepodi (1:2023 : Campo Grande, MS).

CDU: 34



X CONGRESSO DA FEPODI

DIREITOS FUNDAMENTAIS E JUSTIÇA

Apresentação

A Federação Nacional de Pós-Graduandos em Direito (FEPODI) realizou, nos dias 07, 08 e 09 de agosto de 2023, o X Congresso Nacional da FEPODI, em formato híbrido, adotando o seguinte eixo temático: “Desenvolvimento, Responsabilidade e Justiça: A função da Ciência Jurídica no aperfeiçoamento da Sociedade”, justamente para corroborar o compromisso institucional em promover a integração ensino-pesquisa-extensão entre os corpos discente e docente da Graduação e Pós-Graduação.

Para a realização do evento, contamos com o essencial apoio do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI), do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS), do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável da UFMS e do Centro Universitário UNIGRAN Capital.

Mais uma vez a abrangência de nosso trabalho alcançou as cinco regiões brasileiras, recebendo participantes vinculados a Instituições de Ensino Superior de 13 estados, dentre eles graduandos, graduados, especializandos, especialistas, mestrandos, mestres, doutorandos e doutores, todos empenhados na missão de contribuir com o rumo da pesquisa no direito. O interesse de nossos alunos mostra à comunidade acadêmica que a pesquisa é capaz de criar espaços comuns para o diálogo, para a reflexão e para o intercâmbio de experiências.

Fruto de um trabalho coletivo, na décima edição do evento, após o processo de submissão dos trabalhos e suas respectivas duplas avaliações às cegas, foram aprovados 273 resumos expandidos para apresentação, distribuídos em 11 Grupos de Trabalhos, sendo 9 deles presenciais e 2 on-lines, que buscaram contemplar as mais variadas áreas do direito, além de mais de 700 acadêmicos inscritos como ouvintes para o evento.

Sempre acreditamos que o formato utilizado para a apresentação dos trabalhos (resumos expandidos) auxilia consideravelmente o desenvolvimento acadêmico, ao passo que permite ao pesquisador apresentar as ideias iniciais sobre um determinado tema e melhor desenvolvê-las a partir das contribuições que são concedidas, nos Grupos de Trabalho, por docentes ligados a renomadas Instituições de Ensino Superior do país, os quais indicam sempre bons caminhos para o aperfeiçoamento da pesquisa.

Os Anais que ora apresentamos já podem ser considerados essenciais no rol de publicações dos eventos científicos, pois além de registrar conhecimentos que passarão a nortear novos estudos em âmbito nacional e internacional, revelam avanços significativos em muitos dos temas centrais que são objeto de estudos na área jurídica e afins.

Assim, com esse grande propósito, apresentamos uma parcela do que representa a grandiosidade do evento científico, como se fosse um retrato de um momento histórico, com a capacidade de transmitir uma parcela de conhecimento, com objetivo de propiciar a consulta e auxiliar no desenvolvimento de novos trabalhos, tudo com vistas a ampliar o acesso ao conhecimento e a democratizar a pesquisa no Brasil.

Esperamos que todos possam aproveitar a leitura.

Abner da Silva Jaques

Presidente da Federação Nacional dos Pós-Graduandos em Direito - FEPODI

João Fernando Pieri de Oliveira

Vice-presidente da Comissão de Acadêmicos e Estagiários da OAB/MS

Lívia Gaigher Bósio Campello

Coordenadora do Observatório de Direitos Humanos, Acesso à Justiça e Desenvolvimento Sustentável

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA APLICABILIDADE À LUZ DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT AND ITS APPLICABILITY IN LIGHT OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Eduardo Eugênio Siravegna Junior ¹
Vinicius Pedrosa Santos ²

Resumo

Esta pesquisa tem como objetivo analisar o acordo de não persecução penal após sua sedimentação em nosso ordenamento, ocorrida com o advento da Lei nº 13.964/2019, imprimindo especial enfoque na sua aplicabilidade aos casos concretos. Nesse sentido, o tema, para além de novo, ainda suscita controvérsia na doutrina e jurisprudência. Neste caminho, busca uma abordagem do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica (art. 5º, XL, CF) e sua ponderação com outros princípios e normas para, ao final, à luz dos direitos fundamentais, concluir pela possibilidade de aplicação da benesse a todos aqueles que se enquadram à hipótese da norma de regência, mesmo que já inaugurada a relação processual com o recebimento da denúncia pelo juízo competente. A metodologia será documental e exploratória, utilizando-se do método dedutivo, com caráter bibliográfico.

Palavras-chave: Persecução penal, Acordo, Direitos humanos

Abstract/Resumen/Résumé

This research aims to analyze the criminal non-prosecution agreement after its sedimentation in our legal system, which occurred with the advent of Law nº 13.964/2019, giving special emphasis on its applicability to concrete cases. In this sense, the theme, in addition to being new, still raises controversy in doctrine and jurisprudence. In this path, it seeks an approach to the principle of retroactivity of the most beneficial criminal law (art. 5, XL, CF) and its weighting with other principles and norms to, in the end, in the light of fundamental rights, conclude for the possibility of applying the benefit to all those who fit the hypothesis of the regency norm, even if the procedural relationship has already been inaugurated with the receipt of the complaint by the competent court. The methodology will be documental and exploratory, using the deductive method, with a bibliographic character.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Criminal prosecution, Agreement, Human rights

¹ Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Juiz titular da Segunda Vara Criminal de Campo Grande (MS).

² Mestrando no Programa de Mestrado em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul (UFMS). Juiz titular da Segunda Vara Criminal de Três Lagoas (MS).

INTRODUÇÃO

O novel instituto jurídico do acordo de não persecução penal, introduzido no Código de Processo Penal pela Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”), apresenta-se como medida de política criminal que visa não apenas despenalizar condutas típicas para o Direito Penal, mas também reduzir a quantidade de demandas judiciais na seara criminal.

Nesta senda, não se trata de um benefício destinado apenas à pessoa acusada da prática de crime, sendo também lenitivo ao próprio Estado, notadamente no exercício da prestação jurisdicional, porquanto ajuda a desafogar as unidades judiciais responsáveis pelo julgamento de delitos, conferindo, assim, maior efetividade aos princípios da celeridade e economia processual (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal é definido como um negócio jurídico pré-processual celebrado entre o Ministério Público e o investigado, assistido por seu defensor (LAI, 2020), não obstante haja entendimento doutrinário acerca do seu cabimento após a instauração da relação processual com o recebimento da denúncia (NUCCI, 2021).

Sua aplicabilidade demanda o preenchimento de requisitos previstos na própria norma instituidora (confissão formal e circunstanciada; crime cometido sem violência ou grave ameaça; pena mínima inferior a 4 anos), “*desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*”.

Em que pese a relativa subjetividade contida na expressão acima destacada, os requisitos do instituto são eminentemente objetivos, os quais, aliados à inexistência das situações impeditivas previstas no § 2º, do artigo 28-A, seriam de fácil constatação e consequente aplicação nos casos concretos. Contudo, interpretações equivocadas, distanciadas da melhor exegese da teoria dos direitos fundamentais, tem obstaculizado o benefício a um número expressivo de pessoas, gerado situações de manifesta desigualdade.

Desta forma, o cabimento do benefício aos crimes praticados antes da vigência do “Pacote Anticrime” ou mesmo às ações penais já em trâmite, leia-se, após o recebimento da denúncia, têm gerado controvérsia sobre o tema, e esta, longe de ser meramente teórica, invariavelmente acaba desaguando nos julgamentos dos casos diariamente levados ao Judiciário.

Assim, esta pesquisa tem por escopo analisar os fundamentos dos entendimentos acerca da aplicabilidade do acordo de não persecução penal, confrontando-os à luz dos direitos fundamentais. Para tanto, a metodologia utilizada para a pesquisa terá caráter documental e exploratória, utilizando-se do método dedutivo.

DESENVOLVIMENTO

O acordo de não persecução penal, embora consolidado a partir da Lei nº 13.964/2019, passou a existir em nosso ordenamento jurídico com o advento da Resolução nº 181¹, de 17 de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, claramente influenciado pelo *plea bargaining* desenvolvido nos Estados Unidos da América (BIZZOTTO; DA SILVA, 2020).

Na sequência, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG, por meio do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, editou alguns enunciados interpretativos do “Pacote Anticrime”, constando, dentre eles, o Enunciado nº 20, o qual dispõe que “*cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*”.

Neste caminho, no âmbito do *Parquet* consolidou-se o entendimento de que a norma regulamentadora do acordo de não persecução penal (art. 28-A) possui caráter híbrido, ou seja, tem natureza penal e processual. Logo, o benefício tem aplicabilidade aos crimes cometidos antes da vigência da lei. Referido entendimento, vale dizer, foi referendado, na sequência, pelo Superior Tribunal de Justiça² em julgados proferidos pela Quinta e a Sexta Turmas.

Cabe destacar, ainda, que por meio do julgamento do RHC nº 161.251 – PR, a Quinta Turma do STJ entendeu que a proposta de acordo de não persecução penal é de competência

1 “Art. 18. Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: (...)” Fonte: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf> (acesso em: 11/06/2023).

2 AgRg no HABEAS CORPUS Nº 628.647 – SC: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUCIDO PELA LEI N. 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. (...)” Fonte: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018416&num_registro=202003060514&data=20210607&peticao_numero=202000977091&formato=PDF (acesso em: 11/06/2023).

exclusiva do Ministério Público, cabendo ao seu representante analisar o preenchimento dos requisitos objetivos, bem como aferir se a benesse legal é necessária e suficiente para prevenção e reprovação do crime. Logo, não cabe ao Poder Judiciário determinar a sua aplicação nos casos concretos, cabendo ao magistrado apenas a verificação da legalidade e espontaneidade do aceite pelo beneficiário.

Ainda sobre a aplicabilidade do benefício, o Superior Tribunal de Justiça, por meio de alguns julgados³, decidiu que o acordo de não persecução penal somente pode ser aplicado na fase pré-processual, é dizer, nos casos em que a denúncia ainda não tenha sido recebida, haja vista que, *“por mais que se trate de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao Réu – o que não se discute –, o deslinde da controvérsia deve passar pela ponderação dos princípios ‘tempus regit actum’ e da retroatividade da lei penal benéfica, sem perder de vista a essência da inovação legislativa em questão e o momento processual adequado para sua incidência”*⁴

Ao seu turno, o Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do HC n. 191.464 AgR, Rel. Ministro Roberto Barroso, DJe 26/11/2020, entendeu que *“o recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”*.

Desta forma, logo após o advento do acordo de não persecução penal, salvo isoladas exceções⁵, a interpretação dada ao instituto acerca da sua aplicabilidade, seja pelos órgãos de persecução penal, conforme diretriz traçada pelo Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, seja pela jurisprudência, foi a de que a deflagração da relação processual inaugurada pelo recebimento da denúncia é impeditivo da aplicação da benesse em relação àqueles que já estejam sendo processados criminalmente.

3 AREsp 1.668.089 – SP; HC 607.003 – SC; HC 628.647 – SC.

4 Excerto extraído do voto da Ministra Laurita Vaz no HC 628.647 – SC.

5 Cabe aqui destacar que alguns membros do Ministério Público, ainda que isoladamente e contrariando o Enunciado nº 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, desde o advento do acordo de não persecução penal adotaram o entendimento doutrinário defendido por Guilherme de Souza Nucci e Auri Lopes Junior acerca da sua aplicabilidade a todos os acusados da prática de crime que preenchessem os requisitos da norma, mesmo após o recebimento da denúncia pelo juízo competente. Neste particular, destaca-se a atuação das 12ª e 13ª Promotorias de Justiça da comarca de Campo Grande-MS, cujos titulares, sob os olhares de reprovação da maioria de seus pares, ofereciam o benefício a todos aqueles que preenchem os requisitos contidos no art. 28-A, do CPP.

Pois bem. Analisando os fundamentos lançados na jurisprudência acerca do tema, percebe-se que, a partir de uma ponderação de princípios, o entendimento jurisprudencial majoritário entende que o *tempus regit actum* se sobrepõe à retroatividade da lei penal mais benéfica. Dito em outras palavras, por se tratar de norma híbrida (penal-processual) o caráter penal retroage para beneficiar o agente, porquanto norma penal mais benéfica que, ao fim e ao cabo, leva à extinção da punibilidade do agente sem lhe impor qualquer condenação, contudo, se a denúncia já tiver sido recebida pelo juiz, o agente não poderá ser beneficiado porque, neste caso, deve prevalecer a natureza processual da norma. Não obstante, defendemos que esta interpretação do instituto não se amolda à sua melhor exegese, notadamente se analisado à luz dos direitos fundamentais.

Não nos parece acertado o entendimento de que o aspecto processual da norma se sobreponha à natureza penal que reveste o instituto. Seria demasiado apego ao formalismo processual entender que, após instaurada a relação processual por meio do recebimento da denúncia, deverá o acusado ser processado até a sentença (ou acórdão), com significativa probabilidade de vir a ser condenado a uma pena privativa de liberdade que, muito provavelmente, será substituída por restritiva de direitos e/ou multa previstas na legislação (artigo 43, do Código Penal).

Não se olvide, ainda, que nestes casos a pessoa condenada, mesmo não sendo levada ao cárcere, deixaria de registrar bons antecedentes, bem como perderia sua primariedade e, ao final, cumpriria uma reprimenda (provavelmente de prestação de serviços à comunidade e/ou prestação pecuniária) que desde já pode ser imposta àquele que celebra o acordo de não persecução penal com o Ministério Público.

Ressalte-se, ademais, o benefício ao próprio Estado, com a diminuição da demanda de ações penais. Neste estudo, contudo, interessa-nos demonstrar o prejuízo ao cidadão e principalmente a violação a direitos fundamentais que a negativa do benefício enseja àqueles que estejam sendo processados.

Com efeito, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, XL, prevê que “*a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu*”. A *contrario sensu*, assegura a todo o indivíduo a retroatividade da lei penal mais benéfica. Já o princípio do *tempus regit actum* está previsto no Código de Processo Penal em seu artigo 2º, ao dispor que “*a lei processual aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.*”

No caso de colisão entre estes dois princípios, qual deve preponderar na ponderação de valores? Parece-nos que o entendimento exarado pelo CNPG no Enunciado nº 20, bem assim a jurisprudência do STF e STJ, alhures destacados, claramente optou pelo princípio que

garante estabilidade à relação processual em detrimento daquele que afeta diretamente o *status libertatis* do indivíduo.

No campo do Direito, a colisão de princípios e direitos é comum. Nestas situações, deve o intérprete socorrer-se da melhor técnica na ponderação dos valores em jogo.

A propósito, adverte Robert Alexy:

“O olhar sobre o fenômeno da colisão de direitos fundamentais deu à luz constelações altamente diferentes que, porém, têm algo em comum: todas as colisões podem somente então ser solucionadas se ou de um lado ou de ambos, de alguma maneira, limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos. A questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre a estrutura fundamental da dogmática dos direitos fundamentais.”

De outro giro, recentemente, em acórdão publicado em 17/02/2023, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 220.249 - SP, sedimentou o entendimento de que o acordo de não persecução penal, por se tratar de norma despenalizadora que atinge diretamente a pretensão punitiva estatal e, em última análise, assegura a liberdade do indivíduo e sua primariedade, deve ser aplicado retroativamente para beneficiar todas as pessoas, mesmo as que já estavam sendo processadas antes do início da vigência da Lei nº 13.964/2019.

Cabe, por oportuno, destacar parte da fundamentação do Min. Edson Fachin, relator da *habeas corpus* em comento:

“Com efeito, o recebimento da denúncia ou mesmo a prolação da sentença não esvaziam a finalidade do ANPP, pois a sua celebração evita prisão cautelar, condenação criminal e seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência, maus antecedentes, etc) e o próprio processo (com todas as fases recursais). Tais marcos processuais não excepcionam a garantia constitucional de retroatividade da lei mais benéfica, mesmo sob o argumento da utilidade do instituto para o órgão de acusação. Ora, o critério da utilidade deve ser visto sob a óptica de todo o sistema de justiça criminal e dos atores envolvidos, incluindo aqui a vítima e o acusado.”

Percebe-se, aqui, uma guinada na jurisprudência, com o nítido objetivo de assegurar a prevalência do princípio *pro persona* no exercício de ponderação de valores que a apreciação da temática demanda. Claramente os argumentos expendidos no acórdão lançam as luzes dos

direitos fundamentais sobre o instituto para garantir que o princípio constitucional contido no inciso LX, do art. 5º, da Constituição Federal prevaleça.

Resta-nos aguardar como a Primeira Turma do STF, bem assim o Superior Tribunal de Justiça, por meio de suas Quinta e Sexta Turmas, doravante vão se posicionar sobre o tema a partir do entendimento inaugurado a partir do julgamento acima destacado.

CONCLUSÃO

A inovação legislativa trazida pelo “Pacote Anticrime” que, dentre outros aspectos, consolidou o acordo de não persecução penal em nosso ordenamento jurídico, apresenta-nos mais uma modalidade de solução consensual de conflitos na seara criminal, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo trazidas pela lei dos Juizados Especiais.

Seguindo uma tendência mundial, o instituto é fruto de uma política criminal despenalizadora aplicável aos crimes de médio potencial ofensivo ocorridos sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que suficiente e necessário à reprovabilidade da conduta delitiva.

Vigente no ordenamento jurídico há pouco mais de três anos, a aplicação do benefício legal ainda suscita divergências doutrinárias e jurisprudenciais que perpassam, necessariamente, por uma análise do instituto à luz dos direitos fundamentais, notadamente porque afeta diretamente o *status libertatis* do indivíduo, porquanto pode ensejar condenação, cumprimento de pena, reincidência e maus antecedentes, entre outras consequências que afetam diretamente sua condição sociojurídica.

É curial, pois, que no caso de colisões entre princípios a ponderação dos valores envolvidos tome por primazia o princípio *pro personae* para assegurar a aplicabilidade deste benefício legal a todas aqueles que se enquadrem na hipótese legal, como forma de assegurar a plenitude dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no Estado de Direito Democrático**. Palestra proferida na sede da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), em 7 de dezembro de 1998. Disponível em: <<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47414/45316>>. Acesso em: 10/06/2023.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal**. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/artigos/constitucionalidade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/498143964>>. Acesso em: 10/06/2023.

CUNHA, et al. **O acordo de não persecução penal**. JusPodivm, 2018.

BIZZOTTO, Alexandre; DA SILVA, Denival Francisco. **Acordo de não persecução penal**. Editora Dialética, 2020.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em: 10/06/2023

BRASIL. **Constituição Federal**. Disponível em <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm >. Acesso em: 12/06/2023

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução nº 181, de 17 de agosto de 2017**. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>>. Acesso em: 11/06/2023

LAI, Sauveí. **Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, n. 75, p. 179-186, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 2021

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Grupo GEN, 2022