MPPI Ministério Público do Estado do Piauí

CEAF ampliando os horizontes do conhecimento

Grupo de Estudos e Pesquisas
Ciências Criminais em Debate

Acordo de Não Persecução Penal: fronteiras da retroatividade de norma híbrida

Luana Azerêdo Alves[1]
Huggo Gomes Rocha[2]

RESUMO

Artigo elaborado com base nas discussões realizadas pelo Grupo de Estudos e Pesquisa "Ciências Criminais em Debate", do Ministério Público do Estado do Piauí, a presente análise detém o escopo de verificar o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no sistema processual penal brasileiro através do art. 28-A do CPP, por ocasião da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime). Nessa percepção, um dos pontos fulcrais da novel modalidade de justiça penal negociada é a sua natureza híbrida (material e processual). Gozando de propriedade de direito material e em se tratando de *lex mellior*, pelo princípio constitucional da retroatividade da lei benéfica, a norma haveria de alcançar fatos anteriores a entrada em vigor da lei. Todavia, a flutuação temporal desse instituto tem suscitado acalorado debate quanto à retroatividade ou não da norma, bem assim o momento limítrofe dessa retroação, uma vez que legislador entalhou o ANPP em um cenário prévio à ação penal e, além disso, afeto à toda sistemática processual, que atende, *prima facie*, ao comando da *lex tempus regit actum*. A celeuma criada na doutrina se estendeu aos Ministérios Públicos, chegando à jurisprudência, ao passo que, como de praxe, outorgou-se ao Poder Judiciário a interpretação quanto ao sentido da norma e o alcance anelado pelo legislador, importando, assim, em uma degradé de decisões, as quais se buscou sistematizar para, em sede de conclusão, fixar as fronteiras do ANPP.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Retroatividade de Norma Híbrida. Conciliação de princípios constitucionais e processuais. Julgados nacionais.

1 **Membro do Ministério Publico do Estado do Pia**uí. Pós-graduada em Direito Processual Civil pelo Centro Universitário de João Pessoa - UNIPÊ.
2 **Analista Processual do Ministério Público do Estado do Piauí.** Pós-graduado em Direito Público *lato sensu* pela Universidade Anhanguera-Uniderp/LFG.

1. Introdução

O acordo de não persecução penal (ANPP) foi positivado no Código de Processo Penal pela lei nº 13.964/19, que inseriu o art. 28-A, trazendo mais uma possibilidade de exercício de justiça consensual, seguindo a esteira dos instrumentos da transação penal e da suspensão condicional do processo, previstos na lei nº 9.099/95, e da colaboração premiada, na lei nº 12.850/13.

Consoante Alves (2020. pp. 236-237):

> A justiça consensual ou consensuada é o modelo de justiça caracterizado, basicamente, pela concordância dos envolvidos quanto ao desfecho do conflito final. (...) Desse modo, pode-se divisar, no âmbito da Justiça criminal, o "espaço de consenso" do "espaço de conflito". Aquele resolve o conflito penal por meio da conciliação, transação, acordo, mediação ou negociação. Este não admite qualquer forma de acordo, exigindo o clássico devido processo penal (denúncia, processo, provas, ampla defesa, contraditório, sentença, duplo grau de jurisdição etc).

O ANPP, portanto, representa uma espécie de justiça consensual, que pressupõe uma negociação com o autor do fato delituoso, daí ser denominado de instrumento de justiça negociada.

Todavia, é necessário reconhecer que o instrumento ANPP não é inédito no ordenamento jurídico brasileiro.

A bem da verdade, a Resolução CNMP nº 181/2017[3] previu o instrumento a ser utilizado pelo Ministério Público como verdadeiro protagonista da titularidade da ação penal, em consolidação ao sistema acusatório. Em seguida, a Resolução CNMP nº 183/2018 conferiu uma nova roupagem ao ANPP, mantendo a sua essência de instrumento hábil a racionalizar e tornar eficiente e resolutiva a atuação do Ministério Público brasileiro em delitos considerados de menor repercussão social, priorizando-se a reparação à vítima.

O acordo de não persecução penal revela-se como um instrumento de resolutividade de demandas criminais consideradas de médio potencial ofensivo, sem a presença dos elementos violência e grave ameaça, com foco na reparação do prejuízo experimentado pela vítima.

Dessa forma, inicialmente, as Resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e, em seguida, a lei, atribuíram ao Ministério Público o poder-dever de efetivar a justiça negociada com o autor de crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa e com a vítima, otimizando a atuação do ***Parquet*** em persecuções penais de maior impacto social e propiciando o ressarcimento à vítima.

As Resoluções expedidas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e a lei nº 13.964/19 disponibilizaram ao Ministério Público brasileiro um instrumento apto à adoção de uma política criminal que associa, ao mesmo tempo, a concretização de uma persecução penal célere, eficiente e, portanto, justa, e os interesses de uma vítima lesada de forma menos gravosa. Assim, alcança-se a justiça para todas as partes envolvidas, protegendo-se a vítima, merecedora desse olhar atencioso do Ministério Público.

3 Disponível em: https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf

A respeito da necessidade de o Ministério Público eleger diretrizes de política criminal para otimizar a própria atuação, Cabral (2020, pp. 36-37) discorreu:

> Em maio de 1970, em uma conferência dada em Berlim e posteriormente publicada em sua antológica obra Política Criminal e Sistema Jurídico Penal, Claus ROXIN abriu uma nova etapa no pensamento da ciência jurídico-penal alemã, ao sustentar a necessidade da existência de uma vinculação indissociável entre Direito Penal e Política Criminal.
> Para ROXIN, o Direito Penal é uma das formas de concretização das finalidades jurídico-penais, sendo impossível fazer-se uma desvinculação entre a construção dogmática e uma política criminal adequada.
> De tal maneira, para sermos coerentes com essa viragem funcionalista do Direito Penal, cuja tese fundamental ainda é válida, é imprescindível que efetivamente mergulhemos a atuação criminal nos ideais políticos criminais de nosso sistema, seja na fase legislativa, seja na fase de aplicação da lei penal.
> No que diz respeito a esse segundo momento, aparece aí o Ministério Público como o grande protagonista da persecução penal. Isso porque, os membros do Ministério Público, na qualidade de agentes políticos, têm a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades político-criminais na concretização da persecução penal.

Ainda nesse sentido, Aras ***apud*** Brasileiro (2020, p. 279) salienta a condição do Ministério Público no cenário político do Brasil, acusando que:

> [...] o Ministério Público brasileiro é, assim, um promotor de política criminal do Estado. Não é um mero expectador, não é autômato da lei penal. Na condição de agente político do Estado, tem o dever de discernir a presença, ou não, do interesse público na persecução criminal em juízo, ou se, diante da franquia do art. 129, I, da Constituição, combinado com o art. 28 do CPP, deixará de proceder à ação penal, para encaminhar a causa penal a soluções alternativas, não judicializando a pretensão punitiva. Entre essas soluções estão a opção pela Justiça Restaurativa ou pelos acordos penais.

Em tempo, a lei nº 13.964/19 entrou em vigência no dia 23 de janeiro de 2020, após cumprir 30 (trinta) dias de ***vacatio legis***. Apesar de alguns dispositivos legais terem tido a vigência suspensa por decisões dos Ministros Dias Toffoli e Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal, nos autos das Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) 6298, 6299, 6300 e 6305, o art. 28-A do Código de Processo Penal encontra-se em plena vigência, haja vista a não concessão da cautelar para o sobrestamento de alguns de seus incisos e parágrafos.

A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, por meio da ADI nº 6.305, impugnou o art. 28-A, incisos III e IV[4], e §§ 5º, 7º e 8º, requerendo o reconhecimento de sua inconstitucionalidade.

A inconstitucionalidade a permear os incisos III e IV do art. 28-A do CPP refere-

4 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)

se à previsão legal de ao juiz da execução incumbir a destinação dos valores oriundos de prestação pecuniária e a escolha dos estabelecimentos onde serão prestados os serviços à comunidade. Com a devida vênia, trata-se de uma afronta à prerrogativa constitucional do Ministério Público, que decorre da sua titularidade exclusiva da ação penal pública, além da própria concepção do sistema acusatório e da imparcialidade objetiva do Magistrado.

Já no que atine aos parágrafos 5º, 7º e 8º[5] do art. 28-A do CPP, há previsão legal de um controle inadequado e inconstitucional do ANPP pelo Poder Judiciário, consistente na homologação judicial de ANPP e, em caso de discordância, na devolução dos autos de ANPP para adequação da proposta, complementação de diligências ou oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, em afronta à autonomia ministerial e ao sistema acusatório.

Frise-se que a figura do ANPP não foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade, encontrando-se incólume e em vigor desde o dia 23 de janeiro de 2020.

2. Art. 28-A do Código de Processo Penal – norma de natureza material e processual

O acordo de não persecução penal, tal como previsto no art. 28-A, ***caput***, do Código de Processo Penal, encontra-se assim disposto:

> 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)

Esse texto é uma reprodução quase exata do art. 18, ***caput***, da Resolução CNMP nº 181/2017, alterada pela Resolução CNMP nº 183/2018:

> 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: (Redação dada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018)

Dito assim, o acordo de não persecução penal foi originariamente concebido como

---

5 § 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)

instrumento pré-processual consensual, a ser firmado com o investigado quando o fato não ensejasse arquivamento da investigação, como uma alternativa ao oferecimento de ação penal, ao passo que a Lei nº 13.964/19 foi bastante clara nesse sentido.

Segundo o Professor Renato Brasileiro (2020, p. 275):

> Como espécie de exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o acordo de não-persecução penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que deve ser compreendido como um critério de seleção orientado pelo princípio da intervenção mínima, o que, em tese, permite ao Ministério Público estipule regras de seleção conforme a política criminal adotada pela instituição. Enfim, representa uma alternativa promissora para tornar o nosso sistema de justiça criminal um pouco mais eficiente, com uma escolha mais inteligente das prioridades, levando-se a julgamento tão somente aqueles casos mais graves.

Notadamente, essa alternativa deve ser lida à luz do art. 28-A, ***caput***, do CPP, que estabelece como consequência da não propositura ou da rescisão do acordo de não persecução penal o oferecimento da denúncia, consoante § 10 do art. 28-A, suspendendo-se o curso do prazo prescricional enquanto não cumprido ou não rescindido o ANPP, conforme se extrai do art. 116[6] do CPP: ***"§ 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."***

De outra banda, o projeto de lei nº 882/19, prejudicado pelo Pacote Anticrime previa a figura do ***plea bargain*** ao acrescer o art. 395-A ao Código de Processo Penal, dispondo:***"Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas".***

Atente-se que havia previsão expressa para a realização de acordo penal, com imposição de pena imediata, após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução processual, com requisitos diversos daqueles constantes no art. 28-A, do CPP[7]:

Tal divergência entre os requisitos e pressupostos revela o óbvio: são instrumentos de justiça negocial, a serem utilizados em momentos procedimentais e processuais e com finalidades diferentes.

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A, e o acordo penal, constante no art. 395-A do Código de Processo Penal se assemelhariam tão somente por se tratarem de negócio jurídico consensual.

Ocorre que o art. 395-A não passou pelo crivo do Congresso Nacional. Logo, a hipótese de acordo penal após o recebimento da denúncia ou da queixa não tem

6 Art. 116 - Antes de passar em julgado a sentença final, a prescrição não corre: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

IV - enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

7 § 1º São requisitos do acordo de que trata o caput:

I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II - o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III - a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

previsão legal em nosso ordenamento jurídico. Essa postura do Congresso Nacional revelou claramente a opção do legislador em não admitir o acordo penal após instaurado o processo penal, com o recebimento da denúncia.

Afora isso, importa destacar que se encontra em trâmite o projeto de lei nº 8.045/10, que versa sobre o novo Código de Processo Penal, projeto este que recebeu sugestão de acréscimo do inciso XVII ao art. 91, que prevê a possibilidade de vítima e ofensor acordarem sobre a reparação do dano sofrido, em audiência de conciliação designada pelo Juízo, após a instauração do processo: "***XVII - participar, no início do processo, de audiência de conciliação, com seu ofensor, acordando, se for o caso, o valor da reparação por danos morais e materiais a ser homologado pelo juiz do processo criminal.***"

Verifica-se, então, que a pretensão dessa novel codificação é, além de priorizar a vítima, viabilizar o acordo penal após o recebimento da denúncia, mediante previsão expressa no art. 91, XVII.

Mais uma vez, trata-se de opção deliberada de política criminal do legislador, tal como demonstrada no projeto de lei que se transmudou no Pacote Anticrime.

Não obstante, alguns doutrinadores e intérpretes do Direito estão defendendo a tese de que o art. 28-A do Código de Processo Penal é norma de natureza híbrida, com aspectos de natureza processual e também de natureza material, razão pela qual deve retroagir em benefício do autor do fato, em observância ao princípio constitucional da retroatividade da norma penal mais benéfica, estatuído no art. 5º, XL[8], da Constituição Federal, e esmiuçado no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal:***"art. 2º, parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado."***

Faz-se pertinente grifar que, tratando-se de legislação escrita, o campo da hermenêutica aponta para a necessidade da segregação entre texto e norma, dedicando-se à incansável busca pelo sentido da norma e o seu real alcance, mesmo quando se está diante de claridade normativa, como assevera Ascenção apud Gangliano & Pamplona Filho (2020, p. 45):

> Há uma certa tendência para confundir "interpretação" e "interpretação complexa" e supor que se a fonte é clara não ocorre fazer interpretação. Há mesmo um brocardo que traduz essa orientação: ***in claris non fit interpretation***. Perante um texto categórico da lei, por exemplo, o interprete limitar-se-ia a tomar conhecimento.

A despeito disso, parece mais acertada a posição que assenta não caber ao intérprete do Direito, em nome de um princípio constitucional, cuja densidade normativa é baixa, à revelia do propósito legislativo, pretender sobrepor-se à vontade do legislador, alcançando conclusão além da pretendida.

Acontece que, exatamente em razão de a norma ser híbrida não é possível ser tratada como exclusivamente de direito material, com a aplicação incontinenti do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica. Possuindo também a característica de direito

8 Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;

processual, aplica-se o princípio *tempus regit actum*[9], pelo qual a lei processual penal aplicar-se-á imediatamente, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

Destarte, apresenta-se à discussão as diversas correntes doutrinárias a respeito do momento procedimental/processual adequado para a propositura do acordo de não persecução, sem olvidar a natureza híbrida marcante do art. 28-A do CPP.

2.1. Retroatividade da lei penal mais benéfica x *Tempus Regit Actum*

Reconhecida a origem mista do acordo de não persecução penal, alguns intérpretes defendem a retroatividade da Lei nº 13.964/19, conciliando os princípios da retroatividade da lei penal mais benéfica e do tempo rege o ato.

A divisão jurisprudencial e doutrinária, porém, não se restringe à irretroatividade ou retroatividade da legislação, pois, dentro da sistemática retroativa, há que se estabelecer o marco temporal (processual) até o qual se admitiu o alcance do ANPP. Desta feita, enquanto o legislador parece ter optado pelo recebimento da denúncia como termo final ao oferecimento do instituto em voga, há posições que o aceitam até a prolação de sentença condenatória, em grau recursal e, até mesmo, após o trânsito em julgado.

Nesse prisma, a corrente que adota a sentença como marco final para oferecimento do ANPP, encontra expoentes como Lopes Júnior & Josita (2020), os quais ressaltam que:

> Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu 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. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

Já a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal parecia caminhar para alargar o entendimento, alcançando, assim, a fase recursal[10], ou seja, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória. Mas, em 31.08.2020, deu nova roupagem ao Enunciado 98, passando a dispor que:

> Enunciado 98, 2º CCR – É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão

9 Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

10 Antiga redação do Enunciado 98 da 2ª CCR – É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19,quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei13964/2019, conforme precedentes.

> proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020.

Essa posição abrange a possibilidade de oferecimento do ANPP em processos em curso, todavia, afasta o seu cabimento quando se tratar de processo com sentença ou acórdão publicados antes da entrada em vigor da lei em referência, aproximando-se da corrente anterior.

De Bem & Martinelli (2020) vão além, chegando a afirmar que os argumentos para o não cabimento do ANPP após a sentença condenatória são insustentáveis, embandeirando que:

> O último argumento, que se prende ao fato de que a sentença condenatória compromete a finalidade precípua para a qual o instituto (adaptado) do acordo de não persecução penal foi concebido, isto é, o de afastar a imposição da pena criminal, não pode representar obstáculo à retroatividade, visto que, reforça-se, a mesma restrição não consta do texto constitucional. Toda lei que contenha uma norma mais benéfica deverá retroagir e, neste caso, processualmente é correto dizer que a persecução em juízo não deverá continuar.

A última corrente tem sido levantada com arrimo na retroatividade incondicionada da lei híbrida, bem assim em vista do direito comparado, capaz de alcançar processos transitados em julgado, com bem concluem Faraco Neto e Lopes (2020):

> Pois bem, para concluir a presente pesquisa far-se-á o seguinte raciocínio: o acordo de não persecução penal possui inspirações internacionais, em mecanismos de consenso como, por exemplo, o alemão (§257c, StPO), o italiano (patteggiamento) e outros ordenamentos europeus de matrizes mais consolidadas que a brasileira. E no âmbito do direito comparado, demonstrou-se que, nesses países, assim como na Espanha e em Portugal, a retroatividade da lei penal benéfica é extremamente pacificada.
> Tem-se, portanto, que em consonância com o ordenamento jurídico brasileiro, bem como com os ordenamentos jurídicos europeus, o princípio da retroatividade da lei penal benéfica deve ser aplicado ao acordo de não persecução penal, que, como se demonstrou, muito embora se encontre esculpido em legislação processual, trata expressamente de preceitos materiais, configurando assim, norma processual mista/penal, devendo incidir nos processos em andamento iniciados anteriormente à vigência do art. 28-A do Código de Processo Penal.

Porém, ousamos sustentar que o ANPP deve ser tratado tal como é, como norma de direito material e processual, não sendo possível a sua interpretação levar em consideração apenas princípio de natureza penal ou de natureza processual, sendo medida razoável que se apliquem os princípios correlacionados de maneira a compatibilizá-los com o teor da lei.

Assim, não merece prosperar a tese no sentido de aplicar o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica como se a lei, também de natureza processual, não tivesse previsto um marco temporal para a propositura do ANPP.

A compatibilização, além de atender a critério de hermenêutica jurídica, atende ao mandamento da lei, que instituiu o acordo de não persecução penal, o qual, como o próprio nome revela, trata-se de instrumento pré-processual, a ser celebrado antes da instauração do processo penal.

Demais disso, o caput do art. 28-A é inaugurado com a frase: *"não sendo caso de arquivamento"*, reforçando a tese acerca da sua aplicabilidade apenas em sede de investigação preliminar, ou seja, antes do recebimento da inicial acusatória.

Logo, a conclusão a que se chega é: propõe-se o ANPP aos crimes cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/19, aplicando-se o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas desde que não tenha havido recebimento de denúncia, marco temporal imposto pela lei, aplicando-se o princípio da imediatidade de vigência da lei processual penal.

Esse é o entendimento do Procurador Regional da República Douglas Fischer (2020):

> Contrariando frontalmente a opção do legislador (de verdadeira política criminal), a "escolha" de outros marcos de incidência do ANPP como até o início da instrução, até a sentença, até a condenação em segundo grau, até o trânsito em julgado ou qualquer outro momento decorreria de mero decisionismo sem qualquer racionalidade à luz do ordenamento jurídico vigente". Retroatividade penal é sobre o fato penal! Assim, resta induvidosa a (induvidosa) retroatividade do ANPP sobre fatos ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019 (o art. 5º, XL, da CF é claro: a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; art. 2º, parágrafo único, Código Penal, idem: lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado). Não se pode esquecer que a legislação processual penal prevê (também) o princípio do ***tempus regit actum*** (a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior), que precisa a devida contextualização e compatibilização com as regras eventualmente penais previstas em mesmo dispositivo eventualmente existente (híbrido), como é o caso do ANPP: o art. 28-A do CPP é, de forma indiscutível, de caráter híbrido. A situação do ANPP definitivamente não é de regra exclusivamente processual, que faria com que, em caso de colisão com regra de cunho penal mais benéfica, preponderasse a primeira premissa.

Nesse norte, de que a denúncia é o ato jurídico perfeito e acabado limitador do ANPP, o Enunciado 20, elaborado pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal - GNCCRIM, referendado pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – CNPG: *" **ENUNCIADO 20 (ART. 28-A) Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia**"*.

Afora isso, mais recentemente, julgados da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, citando o Enunciado 20, do CNPG, reconheceram a impossibilidade de propositura de ANPP após o recebimento da denúncia, a exemplo do que segue abaixo:

> EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PACOTE ANTICRIME. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO**

> **CPP. IRRETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL MAIS BENÉFICA. PRECLUSÃO DA FASE INSTRUTÓRIA.** RÉU JÁ CONDENADO. PENA DA CONDENAÇÃO SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. ILEGALIDADE AFASTADA IN CASU. RECURSO DESPROVIDO. I - No caso concreto, o recorrente busca a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal do novo "Pacote Anticrime", após a sua condenação. II - Ocorre que, *in casu*, se encontra preclusa a fase processual instrutória, visto que, "Nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio *'tempus regit actum'* segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo" (AI n. 853.545 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 11/03/2013). **III - A Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23.01.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Não obstante, já assente nesta eg. Corte que, em geral, a Lei que "[...] compreende normas de cunho processual [...] a sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2º do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal ou *tempus regit actum*)"** (AgRg no HC n. 562.733/SP, Quinta Turma, de minha relatoria, DJe de 04/05/2020). IV – De qualquer forma, o recorrente (após condenado) sequer preencheria o requisito objetivo da pena mínima inferior a quatro anos, tendo em vista que foi efetivamente condenado à pena corporal de 5 anos, 8 meses e 1 dia de reclusão. Assim, por conseguinte, não preenche o requisito objetivo, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal: "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 [...]". Recurso ordinário conhecido e desprovido. RECURSO EM HABEAS CORPUS Nº 130175 - SP (2020/0168255-0) – Ministro Félix Fischer - Publicado: 03/09/2020. **Grifo nosso**

No julgamento do Recurso Especial nº 1886717 - PR (2020/0190008-5)[11], em 09/09/2020, o Ministro Félix Fischer pontuou:

> [...] Inicialmente, importa ressaltar que a Lei nº 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23.01.2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata, embora sem qualquer tom de retroatividade. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do tempus regit actum - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior. " (...) Outrossim, da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o recorrente, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal (fl. 154), pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. Nesta linha, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais,

11 Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/dj/documento/&sequencial=114976231&num registro=202001900085&data=20200914&formato=PDF&componente=MON

> manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou em o enunciado n. 20, que dispõe, in verbis: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

Ainda de acordo com Douglas Fischer (2020):

> Admitir a aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em andamento, sob o (fácil) escudo geral de que consistiria providência "mais benéfica ao infrator", configura uma criação com base isolada em um princípio apenas (da retroatividade), em desacordo também com a interpretação que entendemos correta e, segundo vemos, já conferida pelo STF em situações análogas, como foi em face de debates travados com a entrada em vigor da Lei nº 9.099/95. Mais que isso: se a questão se limitasse a sustentar que a regra seria (só) penalmente mais benéfica, implicaria, necessariamente, que se abrisse a possibilidade de acordo aos casos com sentença já transitada em julgado, pois traria em seu bojo a possibilidade de ajuste de uma pena mais favorável à que prevista em abstrato ou então aplicada pelo juízo criminal. Não esqueçamos que toda regra penal mais benéfica deve retroagir inclusive sobre casos já transitados em julgado. Assim, nessa linha de argumentação, ou ela retroage para todos os casos (absolutamente todos), ou ela é limitada por algum fator objetivo, que, no caso, tem natureza processual penal, que é o recebimento da denúncia.

Portanto, a interpretação que conclui pela possibilidade de celebração do ANPP após o recebimento da denúncia, com base na retroatividade da lei mais benéfica, não merece prosperar: a uma, por que o instituto do ANPP é uma norma de caráter híbrido, material e processual, e não exclusivamente material; a duas, a lei previu como consequência da não propositura, aceitação ou rescisão do ANPP, o oferecimento de denúncia, razão pela qual se trata de instrumento pré-processual; a três, o caráter híbrido da norma permite a retroatividade da lei penal mais benéfica, mas com o limitador temporal e legal do recebimento da denúncia, especialmente quando sopesado tratar-se de instituto cabível quando não for o caso de arquivamento, ou seja, analisável quando do recebimento da exordial acusatória, findando a fase preliminar.

3. Conclusão

Portanto, o pensamento de que é possível o ANPP após o recebimento da denúncia, independentemente de limitador temporal ou não, desnatura a vontade expressa do legislador e, por isso, não se constitui em interpretação aceitável da norma, revelando-se como uma verdadeira inovação da lei por quem não detém legitimidade para tanto.

O sentido e o alcance da norma foram claros e restaram delimitados pelo legislador, o que leva à conclusão de que qualquer exegese do operador deve cingir-se ao propósito legal.

Desta feita, sustentamos o entendimento de que o acordo de não persecução penal é instrumento de justiça negociada, de natureza pré-processual e de natureza híbrida. Por conter característica de direito material, retroage aos casos anteriores à vigência da lei nº 13.964/19; mas por também conter característica de direito processual,

a retroatividade se limita aos casos anteriores à vigência da lei nº 13.964/19 até o recebimento da denúncia.

Em tempo, segue como Anexo ao presente trabalho o resultado de pesquisa realizada pelo Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais – CAOCRIM, que aponta o entendimento de alguns Tribunais de Justiça brasileiros a respeito do momento legal para a propositura do acordo de não persecução penal.

Referências

ALVES, Jamil Chaim. Justiça Consensual e Plea Bargaining. **Acordo de não persecução penal.** 3 ed., Salvador, BA: Jus Podivm, 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art. 18 da Resolução n. 181/17, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP – versão ampliada e revisada. **Acordo de Não Persecução Penal**, 3 ed., Salvador, BA: Jus Podivm, 2020.

DE BEM, Leonardo Schmitt; MARTINELLI, João Paulo. **Quais os caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?** Disponível em: https://canalcienciascriminais.com.br/quais-caminhos-o-stj-pode-seguir-na-aplicacao-retroativa-do-anpp/ Acesso em: 28 set. 2020.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius Basso. **Acordo de não persecução penal – a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual.** Disponível em: https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/448. Acesso em: 28 set. 2020.

FISCHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso.** Disponível em: https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/. Acesso em:30. Set. 2020.

GANGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Manual de Direito Civil**. vol. único. 4 ed. São Paulo, SP: Saraiva Educação, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal.** vol. Único, 8. ed. Salvador, BA: Juspodivm, 2020.

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal#_ftn1. Acesso em: 28 set. 2020.

Missão do Ministério Público do Estado do Piauí

Defender a ordem jurídica, o regime democrático e os direitos sociais e individuais indisponíveis, a fim de garantir a cidadania plena e o desenvolvimento sustentável.

Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF

ceaf@mppi.mp.br (86) 3221-1670