

*A retroatividade do acordo de
não persecução penal e sua aplicação
nos processos em curso*



ANA CAROLINA DE ARAÚJO SILVA

Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Pós-graduada em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Assessora de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí.

E-mail: ana.carolina@mppi.mp.br

RESUMO:

O presente trabalho busca trazer o apanhado dos debates e discussões acerca do Acordo de Não Persecução Penal, bem como demonstrar as nuances da Justiça Negociada e suas vantagens para o Direito Criminal Brasileiro. Vê-se em grandes debates acadêmicos, doutrinários e jurisprudenciais o protagonismo da chamada Justiça Negociada, tema atual e recheado de discussões. Recentemente, com o advento da Lei Lei 13.964/2019, houve maiores desdobramentos no que se refere ao modelo de Justiça Negociada aplicável no ordenamento jurídico brasileiro, principalmente com a regulamentação do Acordo de Não Persecução Penal. Ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo, o Acordo de Não Persecução Penal torna-se meio adequado para a concretização desse modelo de justiça consensual. O Acordo de não persecução penal que já tinha previsão na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público ganhou maior envergadura com a regulamentação no Pacote Anticrime, vindo a ser inserido no Código de Processo Penal. Diante de tais modificações e inserções, surgiram discussões acerca da aplicabilidade temporal do referido benefício aos processos que já se encontram em andamento, permeando pelo debate acerca da natureza do instituto. Como já se era esperado variadas foram as decisões no que se refere à possibilidade de retroatividade para aplicabilidade do benefício, ficando a cargo dos Tribunais Superiores os precedentes. O método utilizado foi a pesquisa doutrinária, bem como análise da jurisprudência atinente ao assunto.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de Não Persecução Penal. Justiça Penal Negociada. Retroatividade. Precedentes.

1. INTRODUÇÃO

Como se sabe, o sistema penal brasileiro passa por crise historicamente conhecida. Continuadamente vê-se o Judiciário abarrotado de processos, ações penais que não chegam a um julgamento, vários desses acometidos pela prescrição, etc, em virtude de uma sobrecarga dos órgãos de persecução penal.

Ademais, há que se falar da superlotação carcerária nas penitenciárias Brasil afora, caracterizada por falta de estrutura, com condições subumanas e insalubres, o que faz-se questionar se o papel primordial da pena privativa de liberdade, qual seja, o ressocializador, está, de fato, está sendo cumprido.

O estudo mais recente (2017) realizado pelo levantamento nacional de Informações Penitenciárias do Ministério da Justiça (Infopen) registrou que o Brasil alcançou a terceira posição no ranking mundial de maior população carcerária.

Tais dados adicionados às constatações da crise do sistema penitenciário brasileiro resultam em um colapso no sistema jurídico-penal. Nesse sentido, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, reconheceu a existência de um Estado de Coisas Inconstitucional, com uma violação generalizada de direitos fundamentais dos presos, visto que as penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios resultam em penas cruéis e desumanas.

É forçoso reconhecer, ainda, que em alguns casos, os presos encontram-se segregados preventivamente, ou quando condenados, por crimes de médio potencial ofensivo.

Diante deste cenário, a Lei 13.964/2019, em suas alterações no Código Penal e no Código de Processo Penal, tratou de regulamentar o chamado Acordo de Não Persecução Penal, instituto que já vinha sendo aplicado no Direito Brasileiro conforme os ditames da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

Como uma nova vertente de Política Criminal tem-se a Justiça Negocial ou Consensual, caracterizada predominantemente pelo modelo de reação social restaurador ou integrador, em que o enfrentamento do fenômeno criminal foca na reparação dos danos e deve se pautar no direito penal mínimo, com a priorização de medidas alternativas à pena privativa de liberdade para resolução de conflitos (OLIVEIRA, 2020).

Em paralelo com a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução penal trata-se de instrumento da justiça penal consensual que tem como objetivos, dentre outros, proporcionar efetividade, elidir a capacidade de burocratização processu-

al, proporcionar despenalização, celeridade na resposta estatal e satisfação da vítima pela reparação dos danos causados pelo acordante ou acusado.

O acordo de não persecução penal pode ser conceituado como o ajuste passível de ser celebrado antes do início da ação penal (ou seja, da persecução penal em juízo), no âmbito da investigação criminal, entre o Ministério Público e o investigado, que, uma vez homologado judicialmente e cumprido, enseja a extinção da punibilidade (ALVES, 2020).

O presente trabalho busca analisar o debate a respeito da possibilidade de retroatividade ou não do referido instituto. Para fins de instigar a discussão, objetiva-se averiguar a natureza do acordo de não persecução penal, bem como quais são os requisitos objetivos e subjetivos para ser beneficiado, assim como as condições para a adoção do instituto, o respectivo procedimento para a efetivação do acordo, e sua aplicabilidade nos processos penais em curso.

Ademais, verificar-se-á a legislação pátria, bem como o posicionamento dos Tribunais Superiores diante da recente novidade legislativa, com as devidas averiguações acerca das deliberações favoráveis e contra a retroatividade do benefício, especialmente no que se refere à ce-leuma sobre natureza material ou processual do referido instituto.

2. JUSTIÇA CONSENSUAL, NEGOCIADA E RESTAURATIVA

O cenário atual instiga o debate acerca da hegemonia da prisão como sanção penal, questiona-se se o papel ressocializador está sendo devidamente cumprido, e a pena fazendo valer sua função de prevenção geral e individual, positiva e negativa, pois as sanções penais convencionais que produzem danos irreparáveis estão em crise, devido às suas drásticas consequências e patente ineficácia.

A par disso, há uma tendência mundial na busca do processo de resultados, que tem por objetivo solução ágil e eficaz de litígios, a desburocratização da Justiça Penal, buscando mais do que a mera solução de controvérsias submetidas à apreciação do judiciário, a verdadeira resolução do conflito, o fato gerador da controvérsia.

Diante da prática de um ilícito, a doutrina apresenta alguns modelos de resposta estatal, quais sejam, o dissuasório, o ressocializador e o restaurador (GOMES, 2007):

(a) modelo dissuasório clássico, fundado na implacabilidade da resposta punitiva estatal, que seria suficiente para a reprovação e prevenção de futuros delitos. A pena contaria, portanto, com finalidade puramente retributiva. Neste Direito penal punitivista-retributivista não haveria espaço para nenhuma outra finalidade à pena (ressocialização, reparação dos danos etc.). Ao mal do crime o mal da pena. Nenhum delito pode escapar da inderrogabilidade da sanção e do castigo. Razões de justiça exigem um Direito penal infle-

- xível, duro, inafastável, porque somente ele seria capaz de deter a criminalidade, por meio do contra-estímulo da pena;
- (b) modelo ressocializador, que atribui à pena a finalidade (utilitária ou relativa) de ressocialização do infrator (prevenção especial positiva). Acreditou-se que o Direito penal poderia (eficazmente) intervir na pessoa do delinquentes, sobretudo quando ele estivesse preso, para melhorá-lo e reintegrá-lo à sociedade;
- (c) modelo consensuado (ou consensual) de Justiça penal, fundado no acordo, no consenso, na transação, na conciliação, na mediação ou na negociação (plea bargaining).

A doutrina subdivide a Justiça Consensual em alguns subtipos, pode-se por assim dizer: modelo reparador, pacificador ou restaurativo e modelo de justiça negociada:

- a) modelo reparador, tem o objetivo de reparar os danos e pode ser observado na conciliação;
- b) modelo pacificador ou restaurativo/justiça restaurativa, que visa à pacificação interpessoal e social do conflito, reparação dos danos às vítimas e satisfação da expectativa de paz social da comunidade;
- c) modelo da justiça criminal negociada, que tem por base a confissão do delito, assunção de culpabilidade, acordo sobre a quantidade da pena, inclusive a prisional, perda de bens, reparação dos danos, formas de execução da pena, etc, ou seja, o plea bargaining;
- d) modelo de justiça colaborativa, cujo o alvo é obter a colaboração do acusado, materializado pela colaboração premiada.

Assim, a Justiça Penal Consensual vem cada vez mais tomado espaço no mundo jurídico, e assim também o é no Direito Brasileiro, frente a crise do sistema de justiça criminal do Brasil. Com o objetivo de tornar o Direito Penal e Processual Penal mais célere, eficiente e eficaz, surgiram diversas inovações no ordenamento jurídico, podendo ser citadas a Lei nº 9.099 (suspensão condicional do processo e transação penal), na Lei nº 12.850 (colaboração premiada).

Além desses, pode ser citado também o acordo de não persecução penal, de modo que, assim como um instituto da Justiça Restaurativa que dá maior importância aos interesses da vítima, não tem como principal objetivo a punição do infrator e flexibiliza a obrigatoriedade da ação penal, de modo que, por meio de mecanismos alternativos, possa haver a restauração do estado de paz entre as pessoas, sem necessidade do instrumento penal coercitivo e unilateralmente adotado pelo Poder Público.

Com efeito, a Justiça Restaurativa aparece como uma solução alternativa de conflitos frente ao cometimento de ilícitos, em virtude dos debates acerca da crise do sistema jurídico-penal, com ênfase na flexibilização de normas, buscando maior aplicabilidade e efetividade jurídica.

A doutrina aponta diversas vantagens com a aplicação deste modelo de Justiça Conciliativa, dentre eles: ocorrerá a rápida resolução da maioria dos conflitos no âmbito penal;

obsta-se os prejuízos advindos da demora de um processo; eleva-se o caráter educativo e pedagógico da pena, viabilizando a reabilitação do agente infrator; nota-se a eficiência no julgamento dos feitos penais, vez que há economia de recursos humanos e materiais.

Na literatura jurídica brasileira, tal modelo de reação social foi inaugurada com a Lei nº 9.099/95, a qual trouxe alguns institutos caracterizadores de Justiça Conciliativa, como a transação penal, a suspensão condicional do processo, a composição civil de danos, nos quais busca-se uma justiça mais célere e eficaz, com notável protagonismo dado à vítima.

A Lei nº 12.850/13, que dispõe sobre organização criminosa, também traz instituto da Justiça Consensual, vê-se na colaboração premiada, onde o agente dispõe de benefícios legais caso colabore com os órgãos judiciais na persecução penal.

Ao lado desses institutos, apareceu o acordo de não persecução penal, regulamentado pela resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, que tem como objetivo tornar efetiva a justiça negociativa e trouxe elencados requisitos, condições, e o procedimento para fins de aplicação do acordo.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Tal instituto é objeto do presente trabalho, face à importância e inovação trazida, bem como pela celeuma que fora causada sobre sua regulamentação, e após sobre sua aplicação.

Como já mencionado, dentre vários institutos da vertente de Justiça Restaurativa da Política Criminal no direito brasileiro, tem-se o acordo de não persecução penal. Este, por sua vez, foi criado e regulamentado, inicialmente, pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público de 2017.

A Resolução n. 181/2017, alterada pela Resolução 183/2018, ambas do CNMP, dispõe sobre “a instauração e tramitação do procedimento investigatório a cargo do Ministério Público”, bem como, no artigo 18, apresenta a figura do acordo de não-persecução penal.

Conforme explicitado na Resolução 181/17, a justiça negociada, recentemente, tem ganhado força no Brasil e não poderia ser diferente na justiça criminal, em virtude da grande sobrecarga de trabalho nos tribunais e dos órgãos de persecução penal, em especial do Ministério Público, e da “imprescindível agilização da investigação e promoção de sua efetividade” (CNMP, 2017).

O acordo de não persecução penal aparece como um negócio jurídico, um acordo de vontades, em que o investigado além de confessar o crime, aceita todo o avençado, sob pena de iniciar um processo criminal. Esse acordo deve ser celebrado entre o Ministério Público e o investigado, acompanhado por seu advogado. E que, uma vez cumprido, ocorrerá o arquivamento da investigação.

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 circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente. (CNMP, 2017)

Dessa forma, vê-se que o referido instituto tem como escopo a redução do número exacerbado de processos criminais envolvendo delitos de médio potencial ofensivo, dando ênfase no tratamento à vítima, além de ser um benefício ao autor do crime.

Ocorre que tal regulamentação foi objeto de deliberação acerca da constitucionalidade ou não do acordo de não persecução penal. Não havia lei em sentido estrito normatizando o instituto jurídico. Por tal razão, foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal as Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade de nº 5.790 e 5.793, respectivamente pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A celeuma acerca da inconstitucionalidade do acordo foi resolvida com o advento da Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), o qual inseriu o instituto no Código de Processo Penal no art. 28-A e incisos. Tais normas tratam da aplicação do acordo, dos requisitos e condições, bem como dos impeditivos ao seu cabimento.

Importante salientar que os dispositivos do CPP não revogam por completo o disposto na Resolução nº 181 do CNMP, visto que ocorrendo conflito entre estes diplomas, naturalmente prevalecerá o CPP, porém se houver qualquer ponto omissivo no CPP é possível ainda invocar o teor da Resolução se nela houver previsão de determinada matéria.

De acordo com artigo 28-A do Código de Processo Penal, não sendo o 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 quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

O texto legal veda a aplicação do instituto do ANPP nas hipóteses em que: I – for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais; 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; III – ter sido o agente beneficiado nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e 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 (art. 28-A, parágrafo 2º, incisos I a IV do Código de Processo Penal).

Nos termos dos incisos I a V do art. 28-A, caput do Código de Processo Penal, são as seguintes condições que podem ser pactuadas no âmbito do ANPP: 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 indicado pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes ao 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.

Importante ressaltar que uma vez descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (art. 28-A, parágrafo 10, CPP). Além disso, o descumprimento do ajuste pelo investigado também poderá ser utilizado como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público (art. 28-A, parágrafo 11, CPP).

Por outro lado, se devidamente cumpridas as condições estipuladas, o juízo competente declarará a extinção da punibilidade do agente, formando-se coisa julgada material. Outrossim, não ocorrerá prescrição enquanto não cumprido ou não rescindido o acordo de não persecução penal.

4. DA (IR) RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Apesar de o acordo de não persecução penal ter sido inserido recentemente na legislação pátria, muito já se discute sobre suas características, polêmicas, etc. O debate avançado no presente trabalho discorre sobre o debate nos Tribunais Superiores acerca da possibilidade

de aplicabilidade do acordo de não persecução penal nos processos em curso, e qual seria o limite temporal no curso processual para sua aplicação.

Uma corrente argumenta que o acordo somente pode ser celebrado até o recebimento da denúncia, pois se o acordo é denominado de “de não persecução” ele somente poderia ser celebrado até o início da persecução, cujo marco seria o recebimento da denúncia.

Outra parcela defende que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado até o início da instrução penal. Uma terceira corrente sustenta que o acordo de não persecução penal deve ser celebrado até a sentença. Por fim, existe uma quarta posição que entende que o ANPP pode ser celebrado a qualquer momento antes do trânsito em julgado.

O debate é caloroso e os diversos entendimentos já renderam muitas discussões nos Tribunais Superiores brasileiros, o que levou o Supremo Tribunal Federal a afetar o tema a julgamento pelo Plenário HC 185.913/DF.

O referido caso deliberado trata-se do Habeas Corpus nº 185.913/DF, em favor de paciente preso em flagrante delito transportando 26g de maconha, em 13.7.2018, sendo-lhe imputada a prática do delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06). Condenado à pena de 1 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Após recursos nas instâncias superiores e no Superior Tribunal de Justiça, o paciente sustentou no Supremo Tribunal Federal que, no caso, teria aplicabilidade o instituto do acordo de não persecução penal (ANPP), introduzido pela lei nº 13.964/19 (pacote anticrime), considerando a admissibilidade da retroatividade da norma penal benéfica.

Ao apreciar o caso, o Ministro Gilmar Mendes constatou que o ANPP tem sido objeto de intenso debate doutrinário e jurisprudencial no que diz respeito à sua natureza e consequente retroatividade mais benéfica. Diante disso, delimitou as seguintes questões-problemas:

a) O ANPP – acordo de não persecução penal pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?

b) É potencialmente cabível o oferecimento do acordo de não persecução penal mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo?

O debate pertine na possibilidade de aplicação do ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do

trânsito em julgado. O referido Habeas Corpus será objeto de análise no plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ainda que não tenha havido o julgamento do caso, existem decisões monocráticas no Supremo Tribunal Federal tratando sobre o tema, o caso mais recente é o Habeas Corpus 191464/SC.

Nos referidos autos, o paciente foi condenado, em primeira instância, pela prática dos crimes previstos no art. 1º, I e II, c/c o art. 12, I, da Lei 8.137/90, à pena de 4 anos, 5 meses e 10 dias de reclusão. A sentença condenatória foi confirmada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Na instância extraordinária, o recurso especial interposto não foi admitido na origem, sucedendo série de recursos perante o Superior Tribunal de Justiça visando ao seu conhecimento e provimento, sem êxito.

A parte agravante aduz que a decisão impugnada não está alinhada com o entendimento mais recente do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Nesse sentido, alega que a Sexta Turma do STJ entende que “a norma em discussão é de natureza mista e mais benéfica ao réu e deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado”. Sustenta que o HC 191.464, Rel. Min. Gilmar Mendes, que trata da mesma matéria, foi remetido para deliberação do Plenário, o que torna “justo que o processamento da ação penal na origem seja suspenso”.

Com efeito, como visto alhures, após a entrada em vigor da Lei 13.964/19 surgiram questionamentos a respeito da natureza jurídica do acordo de não persecução penal, a fim de saber se se trata de natureza material ou processual.

Consoante o debate doutrinário e jurisprudencial, a Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o ANPP, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida, visto que tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal, e tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal).

É cediço que para leis materiais aplica-se a retroatividade penal benéfica nos seguintes termos: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, XL). Por outro lado, no que se refere à lei processual, adota-se o princípio do *tempus regit actum*, ou seja, a regra é a aplicação imediata, ressalvando-se a validade de atos anteriores.

No que se refere às leis híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo

(inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior.

No que se refere à retroatividade da norma despenalizadora, a doutrina a jurisprudência tem convergido acerca de sua possibilidade, reconhecendo seu legítimo caráter misto, entretanto, existe divergência acerca do limite da retroatividade.

Por força da sua natureza mista ou híbrida, a potencialidade material (penal) da norma processual determina sua retroatividade (*lex mitior*), de acordo com o comando constitucional contido no art. 5º, XL da Constituição Federal. Contudo, entendemos que a retroatividade seria limitada aos casos em que não tenha sido proferida sentença condenatória (encerramento da fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição). (JUNQUEIRA, 2020).

Diante desse quadro, surgiram entendimentos jurisprudenciais e doutrinários diversos, vejamos.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no HC 190855/PE relatado pela Ministra Rosa Weber entendeu pela retroatividade do ANPP por ser norma penal híbrida benéfica, causando efeitos na esfera processual, obstando o oferecimento da denúncia, mas também na seara material, porquanto gera extinção da punibilidade, o que reclama a referida retroatividade.

Debate-se ainda a possibilidade de ser oferecida após a sentença, mas quem entende pela retroatividade, normalmente costuma limitá-la até a prolação da sentença.

Nesse sentido, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, ao editar o Enunciado 98, deixou claro que é cabível oferecimento de acordo para ações em curso, limitado, todavia, até a sentença penal condenatória:

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 (Aprovado na 182ª Sessão Virtual de Coordenação, de 25/05/2020).

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 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).

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça assentou que a aplicação do acordo em processos em curso torna-se possível até o recebimento da denúncia.

“da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, 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”. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Ao passo que a Sexta Turma do referido Tribunal asseverou o cabimento do acordo para os processos em curso até o trânsito em julgado da condenação.

“o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)”. (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Deste modo, verifica-se uma divergência entre as turmas do STJ, visto que a quinta turma aplica o ANPP em processos em curso somente até o recebimento da denúncia, já a sexta turma aceita o emprego desse instituto em processos em andamento até o trânsito em julgado da condenação.

Portanto, independentemente do momento que ocorrerá a aplicação do ANPP, ambas as turmas citadas acima já deliberaram sobre a possibilidade dele retroagir, ao passo que, apesar dos dissentimentos existentes no ordenamento jurídico brasileiro, vê-se que é aceitável a retroação desse instituto.

Em Tribunais de segundo grau é essencial citar adoção de tal posição também no Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“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, 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”. (TRF 4, Correição Parcial 5009312-

O referido Tribunal debruçou-se na análise da natureza do acordo de não persecução penal e nos seus efeitos no direito intertemporal, assentando que o acordo traz causa extintiva de punibilidade, após satisfeitas as condições acordadas e, em que pese não se tratar de *abolitio criminis*, traz benefícios ao autor do delito, minimizando os efeitos da sua conduta praticada.

Dessa forma, presentes os requisitos objetivos, o Tribunal entendeu que não há 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.

Considerando a possível ocorrência de tal debate em número expressivo de processos, e a divergência jurisprudencial sobre questão de tal importância, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento do Habeas Corpus 185.913 DF, menciona que “a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal é questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados”.

Diante de seus fundamentos, encaminhou a matéria para debate em plenário do Supremo Tribunal Federal, de modo a assegurar-se a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais.

Tratando-se a questão afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados, caberá ao Supremo Tribunal Federal debater e decidir sobre a celeuma, para fins de que fosse criado um precedente representativo sobre o tema, com eventual fixação de tese a ser replicada em outros casos e juízos.

Ocorre que tal debate ainda não foi a julgamento em plenário, restando oportuno registrar a decisão monocrática mais recente do Supremo Tribunal Federal, qual seja:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução

penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

A hipótese cuida da possibilidade de se instaurar a discussão sobre o ANPP no curso do processo. Argumenta-se, com base na retroatividade penal benéfica, que o acordo deve ser viabilizado mesmo depois de recebida a denúncia, proferida sentença, em fase recursal e até mesmo depois do trânsito em julgado.

O ministro Luís Roberto Barroso aduz que a leitura do art. 28-A do CPP evidencia que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia. Não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual), mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10).

Dessa forma, o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade. Com efeito, a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia.

O Ministro Luís Roberto Barroso acrescentou que uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes.

4. CONCLUSÃO

O presente trabalho possibilitou uma análise acerca do acordo de não persecução penal, vislumbrando-se seus requisitos, condições e demais características do referido instituto. Ademais, averiguou-se a discussão a respeito da retroatividade ou não do benefício para fins de ser aplicado em processos em curso.

A discussão atual é profunda e necessária diante da crise no sistema criminal brasileiro, vez que a Justiça Penal Negocial vem tomando espaço cada vez maior como paradigma de um Direito Penal Mínimo. Com isso muitos debates ainda serão proliferados face à necessidade de aprimorar nosso sistema penal.

Consoante explanado neste trabalho, a Justiça conciliativa se expressa no direito brasileiro por meio da Lei nº. 9.099/95, assim como pela Lei nº 12.850, e agora com o acordo de não persecução penal capitulado no art. 28-A do Código de Processo Penal.

Como pode ser observado, o Acordo de não persecução penal trata-se de um instrumento de política criminal, vertente da Justiça Penal Negocial, que tem como principal objetivo a resolução de conflitos, priorizando a liberdade do investigado ao seu encarceramento, ao passo que, busca-se com o acordo devolver às vítimas e à sociedade aquilo que foi tomado pelo ato delitivo, de forma mais célere que a tramitação de um processo penal tradicional.

Conforme esmiuçado, o debate nos Tribunais Superiores percorrem por diferentes perspectivas: uma corrente sustenta que o acordo somente pode ser celebrado até o recebimento da denúncia; outra parcela defende que o acordo de não persecução penal poderia ser celebrado até o início da instrução penal; a terceira corrente delimita que o acordo de não persecução penal deve ser celebrado até a sentença; e por último, uma quarta posição que entende que o ANPP pode ser celebrado a qualquer momento antes do trânsito em julgado.

Diante desse quadro, tem-se que a posição que parece ser mais acertada é a favorável a da retroatividade da Lei nº 13.954/19, vez que, no que diz respeito ao acordo de não persecução penal, reveste-se de caráter penal, trazendo benefícios àquele que cumpre os requisitos para o cabimento do instituto.

Vislumbra-se evidentemente que o referido instituto representa uma boa opção político-criminal, vez que são garantidos os princípios constitucionais da celeridade e eficiência, e diante da benignidade da lei, deverá retroagir. Dessa forma, para os processos em curso, aplicar-se-á o benefício, desde que não transitado em julgado, vez que consiste em *novatio legis in melius*.

Nesse sentido, o acordo de não persecução penal manifesta-se como instrumento de política criminal, com o escopo de aperfeiçoar o sistema criminal pátrio, diminuindo os custos materiais e pessoais realizados na persecução de crimes de média gravidade, além de trazer mais resolutividade prática e eficiente face ao rotineiro processo lento e custoso que leva anos para ter julgamento, cujas sanções, quando muito, acabarão fixadas em regime aberto, se não

substituídas por restritivas de direitos, ou piormente vindo por muitas vezes o delito ser acometido pela prescrição.

Tal instituto vem como hasteador de uma justiça célere, eficaz e eficiente, preocupada com os interesses e impactos da vítima, do imputado e da sociedade, visto que abarca crimes de média gravidade, praticados sem violência ou grave ameaça, por pessoas que não ostentam antecedentes criminais, revelando-se instituto capaz de desobstruir o congestionado sistema de justiça criminal de modo a permitir que seja dada a necessária prioridade aos casos revestidos de maior gravidade.

REFERÊNCIAS

ALVES, Leonardo Barreto Moreira. **Processo Penal: parte geral**. 10^a ed. Salvador: Ed. Jus Podivm, 2020.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução nº 181 de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <<https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>> . Acesso em: 10 nov 2020.

BRASIL. Decreto n. 3.689 de 3 de outubro de 1.941. **Código de Processo Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm> . Acesso em 07 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm> . Acesso: 10 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.850 de 2 de agosto de 2013**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm> . Acesso em 10 nov 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm> . Acesso em 10 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5790**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prcID=52>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5793**. Relator Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. STF. **Habeas Corpus n. 185.913/DF**. Min. Gilmar Mendes, decisão de 22.9.2020. Disponível em: <<https://images.jota.info/wp-content/uploads/2020/09/hc-185913-retroativ-anpp-hc-como-precedente-afetado-mgm.pdf?x65737>> . Acesso em: 20 dez 2020.

BRASIL. STF. *Habeas Corpus* n. 191.464/SC. Min. Roberto Barroso, decisão de 11.11.2020. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>> . Acesso em 20 dez 2020.

BRASIL. TRF 4ª REGIÃO. **Correição Parcial nº 5009312-62.2020.0000/RS**. Relator: Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto. Diário da Justiça: 13 de maio de 2020. JusBrasil. 2020. Disponível em:<<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/845969655/correicao-parcial-turma-cor-50093126220204040000-5009312-6220204040000/inteiro-teor-845969660?ref=juris-tabs>>. Acesso em 05 jan 2021.

GOMES, Luiz Flávio. **Justiça Penal Restaurativa: conciliação, mediação e negociação**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 12, n. 1451, 22 jun. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/10051/justica-penal-restaurativa>> . Acesso em: 05 jan 2021.

JUNQUEIRA, Gustavo et al. **Lei Anticrime Comentada: artigo por artigo**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MPF – 2ª CÂMARA – CRIMINAL. **Acordos de não Persecução penal “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas”**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes>>. Acesso em: 7 jan 2021.