

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO**  
**CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS**  
**FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: Análise jurídica acerca da possibilidade  
de seu cabimento em processos em curso.**

**RODRIGO DE LEMOS CARDIA**

**Rio de Janeiro – RJ**  
**2020 / 1º Semestre**

**RODRIGO DE LEMOS CARDIA**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: Análise jurídica acerca da possibilidade de seu cabimento em processos em curso.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Nilo Pompílio da Hora**.

**Rio de Janeiro – RJ**

**2020 / 1º Semestre**

### CIP - Catalogação na Publicação

C  
C267a Cardia, Rodrigo de Lemos  
ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: Análise jurídica  
acerca de seu cabimento em processos em curso /  
Rodrigo de Lemos Cardia. -- Rio de Janeiro, 2020.  
63 f.

Orientador: Nilo Pompilio da Hora.  
Trabalho de conclusão de curso (graduação) -  
Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade  
Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2020.

1. Direito. 2. Acordo de Não Persecução Penal. I.  
Pompilio da Hora, Nilo, orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos  
pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

**RODRIGO DE LEMOS CARDIA**

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: Análise jurídica acerca da possibilidade de seu cabimento em processos em curso.**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do **Prof. Nilo Pompílio da Hora**.

Data da aprovação: \_\_\_/\_\_\_/\_\_\_\_\_

Banca examinadora:

\_\_\_\_\_

Orientador

\_\_\_\_\_

Membro da banca

\_\_\_\_\_

Membro da banca

**Rio de Janeiro – RJ**

**2020 / 1º Semestre**

## RESUMO

Este estudo objetivou analisar a aplicabilidade do acordo de Não Persecução Penal, inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal pela lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”. A proposta central da pesquisa é localizar a natureza do instituto e a *ratio* da norma, a fim de compreender se a nova regra do diploma processual é dotada de eficácia retroativa, de modo que poderia incidir em ações penais em curso.

A dúvida e a divergência em doutrina e jurisprudência surgem porque, se analisado isoladamente, com atenção à sua literalidade, o acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal, no art. 28-A, poderia, facilmente, ser compreendido como norma de aplicação restrita à etapa pré-processual. Ocorre todavia, que, sobretudo por se tratar de uma norma pertencente a um ramo do Direito que tutela bens tão caros ao ser humano, faz-se imperiosa a hermenêutica sistemática. Para alcançar as respostas a esse questionamento, o presente trabalho buscou analisar a constitucionalidade do Acordo de Não Persecução Penal, a comparação entre esse instituto e formas de consensualidade já consagradas na justiça penal brasileira, o panorama da justiça restaurativa, a influência do plea bargaining, e a perspectiva do direito penal intertemporal. Além disso, serão consideradas também as decisões dos tribunais superiores acerca da temática. Por meio de todos esses elementos, objetiva-se analisar a eficácia da norma contida no nov art. 28-A do Código de Processo Penal

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal; eficácia; aplicabilidade; Pacote Anticrime.

## ABSTRACT

This study aimed to analyze the applicability of the Non-Criminal Prosecution agreement, inserted in article 28-A of the Criminal Procedure Code by law 13,964 of December 24, 2019, known as “Pacote Anticrime”. The central proposal of the research is to locate the nature of the institute and the *ratio* of the norm, in order to understand if the new rule of the procedural diploma is endowed with retroactive efficacy, so that it could affect ongoing criminal proceedings.

Doubt and divergence in doctrine and jurisprudence arise because, if analyzed in isolation, with attention to its literality, the non-criminal prosecution agreement, inserted in the Penal Procedure Code, in art. 28-A, could easily be understood as an application rule restricted to the pre-procedural stage. However, it happens that, mainly because it is a norm belonging to a branch of Law that protects goods so dear to human beings, systematic hermeneutics is imperative. In order to achieve the answers to this question, the present work sought to analyze the constitutionality of the Penal Non-Persecution Agreement, the comparison between this institute and the forms of consensus already enshrined in Brazilian criminal justice, the panorama of restorative justice, the influence of plea bargaining, and the perspective of intertemporal criminal law. In addition, the decisions of the higher courts on the subject are also considered. Through all these elements, the objective is to analyze the effectiveness of the rule contained in the new art. 28-A of the Criminal Procedure Code.

Keywords: Penal Non-Persecution Agreement; efficacy; applicability; Pacote Anticrime.

## SUMÁRIO

|                                                                                                                              |    |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| INTRODUÇÃO _____                                                                                                             | 8  |
| CAPÍTULO I – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: VISÃO CRÍTICA DO NOVO INSTITUTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO _____               | 10 |
| PARTE I – CONCEITO, ORIGEM E CONSTITUCIONALIDADE _____                                                                       | 10 |
| PARTE II – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: POSSUI TEOR GARANTISTA? GUARDA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA? _____        | 18 |
| CAPÍTULO II – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OUTROS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL _____                     | 24 |
| PARTE I – ANPP E JUSTIÇA NEGOCIAL: VISÃO CRÍTICA SOBRE A MECÂNICA DA CONSENSUALIDADE _____                                   | 24 |
| PARTE II – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL VERSUS OUTRAS FORMAS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL _____                             | 28 |
| PARTE III – A IMPORTÂNCIA DO ANPP E A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA _____                                                   | 36 |
| CAPÍTULO III – A APLICABILIDADE RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL _____                                           | 40 |
| PARTE I – ANPP EM AÇÕES PENAIS EM CURSO: O ANPP É NORMA MAIS BENÉFICA? CONSIDERAÇÕES INICIAIS _____                          | 40 |
| PARTE II – ANPP EM AÇÕES EM CURSO: ANÁLISE PELO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL INTERTEMPORAL _____                         | 43 |
| CAPÍTULO III – ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA INTERNA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PERSPECTIVAS SOBRE O FUTURO DA QUESTÃO _____ | 49 |
| PARTE I – BREVES CONSIDERAÇÕES _____                                                                                         | 49 |
| PARTE II – O ENTENDIMENTO SOBRE A APLICABILIDADE DO ANPP PELA 5ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA _____                 | 51 |
| PARTE III – O ENTENDIMENTO SOBRE A APLICABILIDADE DO ANPP PELA 6ª TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA _____                | 54 |
| CONCLUSÃO _____                                                                                                              | 56 |

## INTRODUÇÃO

A lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, publicada na mesma data de sua promulgação, em edição extra do Diário Oficial da União, traz em seu preâmbulo a pretensão de aperfeiçoar a legislação penal e processual penal. Cuida-se de um diploma que carrega, de fato, substanciais alterações legislativas, que refletem intensamente na prática dos operadores desses ramos do Direito. Uma das principais críticas foi o seu período de *vacatio legis*, que correspondeu apenas a 30 (trinta) dias. Trata-se de um período muito curto para se adaptar a todas as alterações legislativas veiculadas. Enquanto a doutrina ainda ensaiava no estudo sobre as principais inovações, os operadores já se viam forçados a aplicar os novos dispositivos.

Naturalmente, instaurou-se um cenário de insegurança jurídica, o que é perigosíssimo de se observar em ramos como o direito penal e o direito processual penal. Nesse cenário, urge ressaltar que um dos institutos mais discutidos, que adentrou ao ordenamento jurídico por meio do Pacote Anticrime, foi o Acordo de Não Persecução Penal. Trata-se de forma de justiça consensual que nasceu no seio do Ministério Público, a partir de resolução do CNMP (Conselho Nacional do Ministério Público), e que foi inserida no art. 28-A do Código de Processo Penal, pela referida lei 13.964 de 2019. É um instituto cuja aplicação continua a gerar muitas dúvidas, tanto na doutrina, como em meio aos magistrados, advogados, defensores e, surpreendentemente, até mesmo no bojo do próprio Ministério Público.

As divergências rodeiam a constitucionalidade do instituto, que exige a confissão do delito para que se passe à celebração do acordo. Não se pode negar que é uma questão muito impactante, de modo que a adaptação (ou não adaptação) do ordenamento jurídico a essa mecânica demandaria reflexões mais aprofundadas, que, apesar dos esforços dos maiores doutrinadores da área, podem não caber no intervalo de apenas 30 dias. Além disso, como se já não fosse grande o bastante, a polêmica que paira o Acordo de Não Persecução Penal não se restringe a um de seus requisitos; como será abordado sob o aspecto central deste trabalho, a discussão se estende à sua aplicabilidade. É possível que a disposição do art. 28-A do Código de Processo Penal produza sua eficácia de reforma retroativa, isto é, no bojo de ações penais já em curso? A resposta para essa pergunta demanda estudos mais analíticos acerca do direito penal e processual penal no tempo, da natureza do próprio instituto e, vale dizer, de



institutos semelhantes, de modo a tecer uma análise comparativa para se chegar a *ratio* da norma.

A possibilidade de atividade retroativa é urgente de ser compreendida. Se doutrina e jurisprudência entendem que é possível, a consequência direta é a possibilidade de acusados se valerem de nova lei mais benéfica para “interromper” a ação penal já deflagrada, abrindo-se a possibilidade de celebrar um acordo com o Ministério Público, em que o parquet deixará a persecução penal, diante do compromisso de reparação do dano pelo acusado, em uma lógica que flerta com a mecânica do plea bargaining, mas ao mesmo tempo, vale dizer, caminha sob na sombra dos ideais de Justiça Restaurativa.

Nesse diapasão, o acordo de não persecução penal apresenta-se como um instituto complexo e multifacetado, e, considerando seus requisitos, é também deveras abrangente. Justamente por todas essas razões, é imperioso que sua aplicabilidade seja desvendada, em entendimento unificado, sob pena de ferir muito gravemente a segurança jurídica e, principalmente, a isonomia no tratamento ao indivíduo em conflito com a lei (entendendo-se necessário pensar no investigado, no acusado e no condenado), que tem em jogo, sob as regras da justiça, a sua liberdade, que é um dos direitos fundamentais mais caros ao ser humano.

## CAPÍTULO I – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: VISÃO CRÍTICA DO NOVO INSTITUTO NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

### PARTE I – CONCEITO, ORIGEM E CONSTITUCIONALIDADE

O Acordo de Não Persecução Penal foi inserido no artigo 28-A do Código de Processo Penal pela lei 13.964 de 24 de Dezembro de 2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, que se apresentou com o escopo de aperfeiçoar a legislação penal. É bem verdade que o implemento legislativo trouxe diversas alterações aos diplomas penais no que se refere a matérias previamente existentes e bastante conhecidas, nos mais variados graus, a exemplo da simples especificação mais detalhada de uma hipótese de legítima defesa de terceira (previamente reconhecida pela doutrina), ou do substancial aumento da pena máxima do artigo 75 do Código Penal ou mesmo das novas regras para mudança de regime na esfera da execução penal. Como toda mudança legislativa, o Pacote Anticrime, sobretudo por afetar o ordenamento penal como um todo, tem sido objeto de muitas considerações: algumas de suas inovações desafiam os doutrinadores e operadores do direito, que buscam analisar sua validade, sua constitucionalidade e seu alcance ou aplicabilidade. Por se tratar de um ramo do Direito que tutela bens caríssimos à sociedade, é urgente que as novas disposições sejam compreendidas, a fim de preservar a segurança jurídica e evitar injustiças irreparáveis.

O Acordo de Não Persecução Penal, ora objeto de análise, pode ser proposto pelo Ministério Público, a princípio, antes da instauração da ação penal, de modo que é uma faculdade do imputado. Desde já, fica claro que só incide o Acordo de Não Persecução Penal uma vez consignada a vontade do imputado. Nesse diapasão, a fim de orientar toda a perspectiva desse ponto em diante, considerando que, ao longo do trabalho, se fará remessa às disposições da lei, é pertinente a leitura da letra do instituto cuja natureza se pretende identificar. Só assim é possível pré-visualizar seus requisitos e as possibilidades que traz ao imputado. Então, é imperioso conhecê-lo de extremo a extremo.

Dispõe o artigo 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, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

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

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

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

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

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

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

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 5 (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.

§ 3º O Acordo de Não Persecução Penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do Acordo de Não Persecução Penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no Acordo de Não Persecução Penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 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.

§ 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.

§ 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.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do Acordo de Não Persecução Penal e de seu descumprimento.

§ 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.

§ 11. O descumprimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o Acordo de Não Persecução Penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o Acordo de Não Persecução Penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código<sup>1</sup>.

O instituto consiste em forma de negócio jurídico, com natureza extrajudicial, proposto pelo membro do Ministério público e, uma vez aceito, deverá ser homologado pelo juiz competente (em regra, pelo juiz das garantias – instituto cuja eficácia, ao tempo desse trabalho, encontra-se suspensa pela liminar do ministro Luiz Fux, nas ações diretas de inconstitucionalidade nº 6298,6299, 6300 e 6305. É celebrado com o indivíduo a quem se imputa o fato delituoso, sob a orientação de seu defensor, ante a confissão formal e circunstancial do delito, de modo que assume o compromisso de cumprir as condições estabelecidas, ao passo que o Ministério Público não oferece denúncia e não concretiza persecução penal pela respectiva ação que seria viável (LIMA, 2020)<sup>2</sup>. Então, o Acordo de Não Persecução Penal é aplicável diante da clara possibilidade de oferecimento da denúncia, sobretudo pelo fato, de todo modo, de trazer a obrigatoriedade da confissão, constatando-se, a princípio, que o crime ocorreu e foi de autoria do imputado, mas sem maiores implicações legais para fins de culpabilidade.

---

<sup>1</sup>BRASIL.1941. Art. 28-A

<sup>2</sup>LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**.8 ed. Salvador:2020, Editora Juspodivm

A constitucionalidade da exigência de confissão como requisito para celebração do acordo foi objeto de questionamento, sendo um dos elementos mais controversos do instituto. Todavia, antes de adentrar a essa questão, não se pode deixar de analisar atentamente os demais requisitos e condições para se familiarizar com um instituto tão complexo, que possui nada menos do que 14 parágrafos e diversos incisos.

Segundo Aury Lopes Junior<sup>3</sup>:

I) Requisitos cumulativos:

- a) Não deve ser caso de arquivamento, devendo estar presentes as condições de admissibilidade da acusação (viabilidade acusatória);
- b) O imputado deve confessar formal e circunstancialmente a prática de crime, podendo essa confissão ser feita na investigação ou mesmo quando da realização do acordo;
- c) O crime praticado deve ter pena mínima inferior a 4 anos e ter sido praticado sem violência ou grave ameaça. Para aferição dessa pena, deve-se levar em consideração as causas de aumento (como o concurso de crimes, por exemplo) e de redução (como a tentativa), devendo incidir no máximo nas causas de diminuição e no mínimo em relação as causas de aumento, pois o que se busca é a pena mínima cominada;
- d) O acordo e suas condições devem ser suficientes para a reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade (proporcionalidade)

II) São causas impeditivas do acordo, de natureza alternativa (basta portanto a existência de uma delas para não ter cabimento):

- a) Não poderá ser proposto o acordo quando for cabível transação penal (cuja proposta antecede e prevalece, pois mais benéfica para o imputado);
- b) Quando as circunstâncias pessoais do imputado não recomendarem, por ser ele reincidente ou existirem elementos probatórios suficientes de que se trata de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto quando as infrações penais anteriores forem insignificantes. Esse é um critério vago e impreciso, que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do MP;
- c) O imputado não pode ter-se beneficiado, nos últimos 5 anos anteriores ao crime, de acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo;
- d) Ainda que a pena mínima seja inferior a 4 anos, não caberá o acordo quando se tratar de crime de violência doméstica ou familiar (Lei. n. 11340/2006) ou praticado constituir violência de gênero (praticado contra mulher em razão da condição de sexo feminino).

---

<sup>3</sup>Lopes Júnior, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: 2020, Saraiva Educação

Como minudenciado, trata-se de um dispositivo deveras complexo, de modo que a inteireza de suas regras e de sua aplicabilidade, mesmo diante dos ensinamentos da doutrina, ainda resta controversa. Antes mesmo da pergunta central dessa pesquisa, acerca da aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal em ações penais já deflagradas, foi suscitada a constitucionalidade desse dispositivo, que, em um primeiro momento, foi discutida sob o aspecto formal, e, agora, também sob o aspecto material.

Nesse ponto, cabe abrir parênteses para remeter à origem do acordo, que surgiu na resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Tratava-se de ato normativo infralegal, que trazia disposições quase idênticas àquelas previstas hoje no art. 28-A do Código de Processo Penal. Publicado em 8 de setembro de 2017, a resolução conferia ao Ministério Público a possibilidade de celebrar acordo com o investigado, de modo que, na hipótese de aceite, o *parquet* poderia deixar de oferecer a denúncia, o que, inclusive, mitigaria o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Assim, gritava aos olhos, antes de tudo, que um ato normativo de natureza infralegal flexibilizava um princípio constitucional e, como se não bastasse, trazia disposições de matéria processual, cuja competência é privativa da União, conforme dispõe o artigo 22, I, CRFB, senão vejamos: “Compete privativamente à união legislar sobre: I- direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial, e do trabalho;” (Brasil, 1988)<sup>4</sup>. Para aqueles que, mesmo diante desses argumentos, defendiam a sua viabilidade, o Acordo de Não Persecução Penal seria a celebração de um ajuste, que não implicaria violação à ordem vigente, considerando que são admitidas outras formais negociais que incidem no quantum da pena privativa de liberdade<sup>5</sup>.

Independente disso, fato é que parcela da doutrina era adepta da tese de que se tratava de um instrumento processual que entrou pela porta dos fundos, falando, ainda, em usurpação. De todo modo, antes que fosse prolongada a discussão, em dezembro de 2019, o Acordo de Não Persecução Penal entra pela porta da frente no ordenamento jurídico Brasileiro, com respeito ao devido processo legislativo, encerrando a discussão acerca da

---

<sup>4</sup> BRASIL. **Constituição** (1988).

<sup>5</sup> Garcia, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Direito em Debate*. **CONAMP**. 9 de Setembro de 2017

sua inconstitucionalidade formal. Todavia, ainda resta em aberto concluir sobre a sua constitucionalidade sob o prisma material

Um dos aspectos mais controversos do Acordo de Não Persecução Penal, ao lado da questão da aplicabilidade, é a exigência de confissão como requisito de celebração, de modo que sua constitucionalidade é atualmente discutida. Conforme prevê o art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, o investigado deverá confessar formal e circunstancialmente a prática da infração, como condição para celebração do acordo. O professor Guilherme de Souza Nucci, em entrevista ao sítio eletrônico do Portal Migalhas, afirma que se trata de exigência inconstitucional, que viola a presunção de inocência, do art. 5, XLIV da Constituição Federal <sup>6</sup>. Na mesma linha de raciocínio, a Abacrim – Associação Brasileira dos Criminalistas ajuizou a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6304, em que, além de apontar severas críticas à confissão como, por si só, violação à presunção de inocência, manifesta que a ausência do poder judiciário (considerando, sobretudo, a suspensão da eficácia do juiz das garantias) constitui cenário perfeito para que a acusação “subjugué”, de maneira potencialmente abusiva, o investigado.

Assim, conforme ADI nº 6304/2020 <sup>7</sup>:

51- Ou seja, o juiz não participa da deliberação e celebração do acordo e tampouco da sua execução e negociação, se é que houve negociação e, in caso, e, em que condições foi realizada! Exige-se, porém (*caput* do art. 28-A), que o investigado “confesse” a prática de crime para a propositura do referido acordo (*conditio sine qua non*), violando, inegavelmente, o princípio da presunção de inocência (inciso LVII do art. 5º da CF), e mais que isso, sem o crivo da presença ou participação do Poder Judiciário na celebração do acordo. Essa exigência de “confissão” da prática do crime pelo investigado (que pode, inclusive, nem conseguir celebrar o acordo, mesmo tendo confessado), pela não satisfação de outros requisitos ou condições - que é condição legal indispensável para a admissão do “Acordo de Não Persecução Penal”.

52- Enfim, essa exigência legal (art. 28-A), a nosso juízo, absolutamente inconstitucional, repetindo, por violar o princípio da presunção de inocência! Ou seja, ou confessa a prática de crime ou não há acordo, assegurando, ademais, uma extraordinária “moeda de troca” para o Parquet, que pode usá-la de toda forma para pressionar (inclusive abusivamente, por que não?!) o investigado indefeso e desprotegido pela norma legal (art. 28-A). Referida previsão legal, enfim, afronta diretamente a presunção de inocência! (art. 5º, LVII, CF) e, possibilita, que o Ministério Público proponha, abusivamente, “Acordo de Não Persecução Penal” inclusive sobre fatos que não constituem crimes, pois o Judiciário não participa e

<sup>6</sup> MICHELOTTO, Mariana N. Oliveira, Marlus H. Arns. Acordo de não persecução penal. **Migalhas**, Rio de Janeiro, 23 jan. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 26 set. 2020.

<sup>7</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Garantias. Do Juiz. Investigação Penal ADI nº 6304. Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2020. p. 25-26, mar. 1998.

nem fiscaliza a “negociação” do Ministério Público. Não se pode ignorar que o Ministério Público é uma Instituição que precisa de freios externos para evitar excessos e só quem pode contê-lo, processualmente falando, é um Juiz de Direito ou um Juiz Federal.

53- Alternativamente, a única forma de salvar esse texto legal – sem declará-lo integralmente inconstitucional - é considerar que a aceitação do referido acordo não implica em confissão da autoria de crime (ou seja, interpretação conforme ou constitucionalidade com redução ou supressão de texto), além de restringir-se sua aplicação a infrações penais de médio potencial ofensivo, ou seja, a crimes cuja pena máxima cominada seja inferior a quatro anos de prisão (aqui constitucionalidade com supressão de texto), ao contrário da atual previsão expressa no referido art. 28-A do CPP.

Além da crítica ao requisito da confissão, na mesma ADI, a Abacrim faz impugnações a outros aspectos do Acordo de Não Persecução Penal, merece destaque a exigência de confissão, sobretudo porque, pela linha argumentativa explicitada, é um requisito que contamina todo o dispositivo. Em outras palavras, a Abacrim propõe a retirada desse requisito, de modo que, na hipótese de que assim não ocorra, não há outra forma de salvar o instituto da inconstitucionalidade que o rodeia.

Ora, embora não tenha sido analisada ainda a questão dos objetivos do Acordo de Não Persecução Penal, é razoavelmente possível adiantar, no mínimo, que se trata de um instrumento negocial, mas que traz garantias aos investigados e, embora tenha surgido em 2017, no âmbito do Ministério Público, já se mostra importantíssima ferramenta na atuação dos advogados criminalistas de defesa e dos defensores públicos. Não é aceitável pensar que um instrumento de cunho garantista, que se entende supostamente por norma penal mais benéfica (o Acordo de Não Persecução Penal diante do direito intertemporal será analisado em capítulo futuro) tenha um preço não apenas muito alto, mas, como entende a Abacrim, comprometedor. Trata-se de uma troca em que o investigado entregará tudo, e ficará totalmente nas mãos da acusação e, como vale reforçar, longe das vistas do poder judiciário. Assim, a ADI propõe, como única alternativa, a retirada dessa imposição desproporcional, equivocada e desastrosa, sob pena de insanável inconstitucionalidade.

Por outro lado e de maneira um pouco mais breve, aqueles que se posicionam de forma favorável à exigência da confissão formal e circunstancial da prática da infração como requisito para celebração do acordo alegam que não há qualquer vício de constitucionalidade, sob o fundamento, um pouco mais simplista, de que é um instrumento negocial. O investigado não seria obrigado a aceitar os termos. Deve haver consensualidade. Sobre isso, a Abacrim, em sede de sua ADI, parece já ter se posicionado, clamando pela injustiça, pela



desproporcionalidade e pela inquisitorialidade na lógica de que ou há confissão, ou simplesmente não há acordo algum.

## PARTE II – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: POSSUI TEOR GARANTISTA? GUARDA RELAÇÃO COM A JUSTIÇA RESTAURATIVA?

A ADI 6304 ainda se encontra em trâmite no Supremo Tribunal Federal, e não haveria qualquer surpresa se a discussão fosse estendida por anos, até que finalmente tenhamos uma solução sob a constitucionalidade material ou não da exigência de confissão no Acordo de Não Persecução Penal. Colocando, por ora, em segundo plano essa questão, é preciso retomar a busca pela identificação da natureza do instituto e, por conseguinte, de sua aplicabilidade. Como será abordado em capítulos mais adiante, uma maneira de se compreender a norma é pensar em seus objetivos. Então, nesse primeiro momento, urge analisar se o Acordo veio, de fato, para servir como uma garantia ao investigado.

Parte da doutrina e dos operadores do direito se dividem, de modo que alguns consideram que o o Pacote Anticrime, de maneira geral, tem caráter inquisitorial e supressor de garantias. Vale destacar que o art. 3-A do Código de Processo Penal, inserido com o advento do Pacote, reafirma que o ordenamento processual penal é regido pelo sistema acusatório, senão vejamos: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de atuação” (Brasil, 2019)<sup>8</sup>. O ponto é: O pacote reafirma a regência do Sistema Acusatório porque parece ser necessário reafirmar. Por um lado, a novidade legislativa, de fato, traz importantes implementos de garantias e de consolidação de um processo penal mais democrático, com maior assentamento sob a lógica de um Estado Democrático de Direito. Isso se manifesta por meio de figuras como o juiz das garantias (que, todavia, está suspenso), como a vedação de atuação probatória do juiz em sede de investigação e, por que não logo adiantar, o Acordo de Não Persecução Penal (com as devidas ressalvas no que se refere à exigência de confissão e, também adiantando, no que se refere ao recrudescimento sobre os agentes, também em prejuízo da presunção de inocência).

Por outro lado, o Pacote dispõe de forma mais gravosa sobre importantíssimas matérias, a exemplo do aumento do tempo máximo de pena, anteriormente previsto no art. 75 do Código Penal em 30 anos, que escalou para 40 anos; o agravamento para se alcançar o livramento condicional, as novas majorantes no crime de roubo, previsto no art. 157 da parte especial do diploma penal; as novas disposições para progressão no âmbito da execução penal

---

<sup>8</sup> BRASIL. DECRETO LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941

e, merecendo destaque para fins desse trabalho, por fim, o próprio Acordo de Não Persecução Penal, em se tratando da exigência de confissão.

É verdade que, em um primeiro momento, o Acordo de Não Persecução Penal foi colocado no rol de alterações e inovações que favorecem o investigado, sendo inclusive, no mais das vezes, pensado como nova norma penal mais benéfica, mas, a fim de promover maior aprofundamento no estudo do instituto, é de grande pertinência analisar duas questões, sob a luz dessa dicotomia dentro do Pacote, entre o que há de novo e melhor para fins de um processo penal mais humano e democrático *versus* o que há de novo e mais “grave”:

O primeiro e já analisado aspecto diz respeito à exigência da confissão formal e circunstancial da prática do delito; o segundo é o recrudescimento no tratamento sobre os supostos agentes, também em prejuízo da presunção de inocência, que “veio junto” com o Acordo de Não Persecução Penal. De fato, esses dois aspectos parecem deslocados dentro da lógica desse dispositivo. De todo modo, resta ainda analisar o prejuízo que o acordo traz à presunção de inocência, agora, então, em seu parágrafo segundo. Na forma do art. 28-A, § 2º, II, CPP: “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”. Assim, segundo Antonio Macruz de Sá e Marianna Haug<sup>9</sup>, basta mero indício para justificar uma tratativa mais severa sobre o agente. A reflexão proposta é: por que tratar como culpado diante de meros indícios?

Para ANTONIO MARACRUZ DE SÁ e MARIANNA HAUG<sup>9</sup>:

Essa problemática se revela ainda mais preocupante ao considerarmos que o supracitado artigo 28-A é referente a momentos anteriores à condenação. Em resumo, o simples sinal de criminalidade habitual, reiterada ou profissional, geraria um tratamento mais duro para com o suposto agente, mesmo que ele não tenha sido condenado, em nenhuma instância judicial, por qualquer crime. Como o referido artigo também faz menção aos recidivos, destaca-se que seriam compreendidos como reincidentes indivíduos que sequer tiveram sua segunda condenação. Ainda, a indeterminação do que seria “*conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*”, que infringe o princípio da legalidade, permite que a desconsideração da presunção de inocência ocorra de maneira arbitrária. Um problema similar se verifica com a proposição do parágrafo segundo do artigo 310 do Código de Processo Penal. Ao afirmar que os condenados reincidentes devam ter sua liberdade provisória negada após prisão em flagrante, se considera esses presumidos agentes como culpados do

---

9 SÁ, Antonio Maracruz de. Haug, Marianna. **O “PACOTE ANTICRIME” E O RECRUDESCIMENTO PUNITIVO PARA OS JÁ PENALIZADOS: UMA ANÁLISE SOBRE A REINCIDÊNCIA E A HABITUALIDADE CRIMINOSA**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 12-14, junho.2020.

novo fato criminoso, sem uma devida condenação. Assim, para esses agentes deve ser decretada a prisão preventiva mesmo que seus fundamentos, constantes no artigo 312 do Código de Processo Penal, não estejam presentes, o que abre margem para que as pessoas sejam presas sem qualquer amparo legal.

A perspectiva, então, é de que o pacote anticrime trouxe disposições que de um lado agradaram e de outro feriram o senso de justiça e de legalidade de muitos doutrinadores e operadores do Direito. Trouxe disposições bastante interessantes sob viés garantista e democrático, mas também parece não guardar muita proporcionalidade na tratativa de outras matérias. De todo modo, retornando ao objeto central de análise: Como fica o ANPP diante disso? Assumindo que o Pacote Anticrime possa ter carga inquisitorial, o Acordo de Não Persecução Penal, apesar das já consignadas ressalvas, é um importante instituto que a maioria da doutrina entende ter vindo para o bem (em capítulos mais a frente, serão abordados os reflexos do acordo para além do investigado e do processo, adiantando o destaque da questão o prisma da problemática da superlotação prisional). Dessa maneira, é possível relacionar o Acordo de Não Persecução Penal com os ideais de justiça restaurativa.

Conforme dispõem Guilherme Augusto Souza Godoy, Amanda Castro Machado e Fabio Machado de Almeida Delmanto<sup>10</sup>, o “Pacote Anticrime” possui caráter notadamente inquisitorial e punitivista, que, de forma geral, definitivamente não se coaduna com ideais de Justiça Restaurativa, basicamente em razão das mesmas críticas expostas no tocante ao recrudescimento no tratamento do investigado, do acusado ou do condenado, mas ressalta que o Acordo de Não Persecução Penal segue linha diametralmente oposta. Vislumbra-se então um “quê” ou uma essência de Justiça Restaurativa, quase que deslocada, se pensado o “pacote” dentro do qual foi veiculado para inserção no ordenamento jurídico. Antes de adentrar aos reflexos da justiça restaurativa, urge destacar, justamente para se atingir esse entendimento, as condições a serem acordadas entre o Ministério Público e o investigado.

Assim, reservadamente a esse ponto, na lição de Aury Lopes Junior (2020):

III) Condições a serem acordadas (que são alternativas, mas podem ser cumuladas):

a) Reparação do dano ou restituição do objeto à vítima, salvo impossibilidade;

---

<sup>10</sup> GODOY, Guilherme Augusto Souza. MACHADO, Amanda Castro. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 330, p. 4-7, maio.2020.

- b) Renúncia (para perdimento) de bens e direitos que sejam instrumentos, produto direto ou adquiridos com os proventos da infração, a serem indicados pelo Ministério Público;
- c) Prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, pelo tempo correspondente ao da pena mínima cominada ao delito, que será reduzida de um a dois terços, conforme negociação entre MP e imputado;
- d) Pagamento de prestação pecuniária, que reverterá, preferencialmente, a entidade pública ou de interesse social que tenha como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos atingidos pelo delito
- e) Cumprir, por prazo a ser negociado e determinado, outra condição indicada pelo MP, desde que proporcional e compatível com o crime imputado.

O que se pode aferir, de imediato, é que se trata de uma série de obrigações que o investigado deverá assumir, mas desprovidas de carga inquisitorial ou punitivistas. Ao contrário, o dispositivo parece, de forma muito louvável, bastante preocupado com a reparação do dano à vítima e com a possibilidade de promover contribuições para com a comunidade, de forma geral. Na mesma linha de observação, Godoy, Machado e Delmanto assentam as principais diferenças entre a justiça restaurativa (refletida no Acordo de Não Persecução Penal) e a justiça punitivista ou retribucionista (refletida na mecânica geral do Pacote Anticrime). Desse modo, em linhas gerais, a justiça punitivista ou retribucionista tem como escopo principal a busca, a todo custo, da punição do infrator, sem qualquer participação da vítima ou sem qualquer preocupação com suas necessidades. Muito diferente seria a justiça restaurativa, que tem a finalidade de reparação dos danos causados à vítima pela prática do delito, de modo que há maior protagonismo da própria vítima e são utilizadas ferramentas de busca por um diálogo e pela consensualidade, em um procedimento não obrigatório, mas sim voluntário.

O Acordo de Não Persecução Penal já se relaciona com o ideal de Justiça Restaurativa quando estabelece a possibilidade de reparação do dano. Nesse cenário, busca responsabilização do autor, que não se assemelha à busca incessante pela punição, e busca a restauração do prejuízo sofrido pela vítima, dando a esse indivíduo maior protagonismo, embora a celebração seja feita entre o autor e o Ministério Público. De todo modo, é louvável que a vítima não sirva apenas como mais um meio de se constituir provas para incriminar e encarcerar o ofensor. Além disso, também vale destaque para a prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena cominada, sobre o qual será aplicada diminuição de um a dois terços, conforme os rumos da negociação. Apesar de quaisquer controvérsias acerca da solução por prestação de serviços à comunidade, é mais uma disposição do

Acordo de Não Persecução Penal que busca evitar o encarceramento, optando pela efetiva responsabilização do autor e a possibilidade de alguma contribuição perante a sociedade. Outra possibilidade que merece destaque é a possibilidade de pagamento de prestação pecuniária, que não se deve confundir com a sanção de multa. A prestação pecuniária que pode ser termo do acordo não tem fim sancionatório, mas sim a pretensão de também promover a responsabilização, considerando que será revertida a entidade pública que tenha função de proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes ao bem atingido pelo delito. É nítida, mais uma vez o fim de proteção e preservação do bem jurídico, deixando em segundo, e porque não dizer terceiro plano, a busca pela simples punição pela punição.

Por fim, existe uma última possibilidade, ainda mais ampla: O legislador não exauriu os meios de reparação no rol de condições a serem acordadas no art. 28-A, do CPP. Justamente a última possibilidade permite ao Ministério Público indicar outra forma de reparação, bem como negociar o prazo durante o qual a atividade será cumprida.

Nesse diapasão, cabe observar as palavras de Godoy, Machado e Delmanto:

O inciso V do art. 28-A, por sua vez, traz outra importante janela para a aplicação da JR no ANPP. O referido dispositivo prevê que, dentre as condições ajustadas no acordo, o investigado deverá cumprir, por prazo determinado, “outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal”. Ora, acreditamos que, para a realização do ANPP, o Ministério Público e o Juiz poderão convidar o investigado, a vítima e demais envolvidos no crime a participarem de práticas restaurativas existentes na Comarca, com o fim de se chegar, quem sabe, a um bom acordo restaurativo. É verdade que a participação é sempre voluntária, não podendo nunca ser obrigatória. Por outro lado, diante da forte recomendação do CNJ em prol da aplicação da JR no Brasil, entendemos que esta é uma oportunidade muito interessante para o emprego da JR no processo penal brasileiro, e o convite pode e deve ser feito nesse sentido, cabendo aos interessados a aceitação ou não. Caso não haja aceitação, o ANPP pode seguir normalmente, sendo, daí, realizado apenas entre o Ministério Público e o investigado, seguindo-se para o juiz apenas para homologação, sendo somente aí a vítima intimada.

Nesse ponto, ante as considerações feitas, o Acordo de Não Persecução penal se revela como uma importante forma de negociação, com aplicabilidade, a princípio, em etapa extraprocessual. De todo modo, pretende-se localizar a natureza do instituto, já tendo sido possível constatar que a norma, apesar de não ser isenta de críticas, é um importante avanço na implementação da justiça restaurativa no ordenamento Brasileiro. Além disso, consagra-se como nova norma mais benéfica, de modo que tem o condão de afastar da figura do investigado o tratamento recrudescido de uma ação penal. É, sem dúvidas, de grande valia

para a defesa do investigado e do acusado. Identificar esse aspecto de norma mais benéfica, bem como seus objetivos é fundamental para verificar sua aplicabilidade.

Por ser um instituto tão recente, e como será visto, nem mesmo o Superior Tribunal de Justiça chegou a um entendimento sobre a possibilidade de aplicação em ações penais já em curso. Sem dúvidas, é um instituto, de fato, muito complexo, mas compreender seus fins e o contexto em que se inserem suas propostas auxiliará significativamente na busca da sua melhor aplicabilidade.

## CAPÍTULO II – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OUTROS INSTRUMENTOS DE JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL

### PARTE I – ANPP E JUSTIÇA NEGOCIAL: VISÃO CRÍTICA SOBRE A MECÂNICA DA CONSENSUALIDADE

A possibilidade de negociação entre o Ministério Público e o indivíduo em conflito com a lei não é nenhuma novidade instaurada pelo “Pacote Anticrime”. É bem verdade que o Acordo de Não Persecução Penal é, como já explicitado, forma de negociação, mas a prática é antiga e corriqueira no Brasil. Antes do ANPP, já havia, por exemplo, o instituto da transação penal, prevista no artigo 76 da lei nº 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais) ou da colaboração premiada, prevista, em sua origem ainda mais distante, na lei nº 8.072/90, ganhando maior relevância prática (sem adentar, a qualquer juízo de valor acerca do instituto) com o advento da lei nº 12.850/2013 e, inclusive, sofrendo alterações com o próprio Pacote Anticrime. Então, o Acordo de Não Persecução Penal é, em verdade, a mais nova forma de negociação. Assim, espera-se que haja aspectos comuns, se pensado em relação as demais formas, tanto em se tratando de seus objetivos, quanto em se tratando, portanto, de sua aplicabilidade. Desse modo, não se pretende exaurir todas as formas negociais do ordenamento jurídico, mas sim traçar linhas gerais entre o art. 28-A do CPP com aos principais meios de celebração de acordo entre MP e indivíduo em conflito com a lei.

Antes de adentrar a análise dos institutos, é pertinente, contudo, traçar uma crítica genérica aos meios negociais penais em geral no ordenamento jurídico Brasileiro: Em regra, por mais que os acordos possam demandar a formalidade de homologação judicial, destaca-se que esse ato é, de fato, na prática, mera formalidade. Isso porque, conforme já criticado sobre o Acordo de Não Persecução Penal, a celebração ocorre longe das vistas do judiciário, em uma relação desigual entre Estado, que dita as regras, e indivíduo, que, de forma drástica, pode ter sua presunção de inocência relativizada ou comprometida.

Aury Lopes Junior(2020) entende:

Havendo desigualdade entre os negociantes, a liberdade de negociação escraviza, sendo a lei, com sua natural imposição de limites e sua função de defesa de direitos, quem realmente garante a liberdade e, por consequência, a justiça da negociação. Entre desiguais (forte/fraco) a igualdade é uma ilusão, um engodo, que mais se presta a "escravizar" o fraco do que libertá-lo. Nesse tipo de relação, é a lei, enquanto limite de poder, quem efetivamente liberta e garante que não haverá abuso



de poder. Isso, no terreno do processo penal, é crucial, na medida em que sempre há uma relação entre desiguais (Estado-indivíduo).

Nesse prisma, haveria uma ilusão de negociação. É verdade que as respostas consensuais e voluntárias tem sido cada vez mais adotadas no processo penal Brasileiro, trazendo consigo alternativas à justiça retributiva/punitiva, ao cárcere e ao abandono das necessidades da vítima, com o benefício da introdução de aspectos de justiça restaurativa (o que, sem dúvidas, é louvável), mas a constitucionalidade desses meios, sob certos aspectos, ainda é (e merece ser) criticada. Sem dúvidas, pode ser considerado um grande avanço toda vez que há adoção da consensualidade e da responsabilização, mas é urgente e imperioso refletir sobre até que ponto existe proporcionalidade e razoabilidade na tratativa dos termos do ajuste.

Pensando nesses princípios, como fica a presunção de inocência diante, por exemplo, da exigência de confissão no Acordo de Não Persecução Penal? Além disso, nas formas negociais em geral que são celebradas antes do trânsito em julgado da sentença penal, o indivíduo é presumidamente inocente. Aceitar um acordo, ainda que não para fins da ação penal, é maneira de forçar a assunção de culpa diante da sociedade? E diante do próprio juízo? Em face desses questionamentos, a doutrina menciona o *plea bargaining*, que tem origem nos países que adotam o sistema de *commom law*, e é muito presente na prática forense norte-americana. Consiste em uma forma de justiça consensual, mas é marcado por ser forma de acordo celebrado entre acusação e réu, de modo que o réu deverá se declarar culpado pelas acusações que lhe são imputadas. É possível que o réu assuma a culpa por uma ou mais de uma imputação.

Mesmo nos países de *commom law*, sobretudo nos Estados Unidos, em que o *plea bargaining* é consagrado, tem se dado um movimento de críticas, que levantam questões aqui já suscitadas, a exemplo da disparidade na relação entre acusação e réu, entre Estado e indivíduo. Ora, é razoável pensar que um indivíduo pode aceitar um acordo com o único escopo de não ter que enfrentar um processo penal, ainda que, de fato, seja inocente. O processo penal, por tutelar a liberdade, caríssima ao cidadão, deveria apresentar todas as garantias e seguranças *lato sensu*. Aceitar a propositura de um acordo em que o indivíduo deve se declarar, direta ou indiretamente, implícita ou explicitamente, perante à sociedade ou perante ao juízo ou à acusação, culpado, sem que de fato seja, revela, no mínimo: I - A disparidade entre as partes na celebração do acordo; II – A supressão de direitos e garantias fundamentais; III - a discriminação e a criminalização ou marginalização da pobreza; IV –

a busca pela punição, disfarçada pela ilusão da negociação e dos ideais de reparação e responsabilização; V – A falha de um sistema que se propõe a estar alinhado com a proteção do indivíduo, com a proteção dos direitos fundamentais, com o zelo à legalidade e à presunção de inocência, e com os ideais de um Estado Democrático de Direito; e – possivelmente a endêmica – VI – Descrença no sistema processual penal, quiçá na justiça como um todo.

A roupagem das considerações das linhas acima, embora direcionadas ao *plea bargaining* da *common law*, vestem perfeitamente no Acordo de Não Persecução Penal. Antes mesmo de pensar em outras formas negociais, o art. 28-A, com sua exigência de confissão para celebrar acordo e com sua lógica de “sem confissão, sem acordo” evidenciam a forte influência do *plea bargaining* no pacote anticrime.

Nesse diapasão, critica Aury Lopes Junior<sup>11</sup>:

*O plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. É verdade que o projeto tenta dar maior protagonismo para o juiz, inclusive permitindo que não homologue o acordo quando “as provas existentes no processo forem insuficientes para uma condenação criminal”. Mas isso é simbólico e meramente sedante, pois não resolve o problema e serve como mero paliativo a uma (apenas uma) das críticas ao modelo de ampla negociação que pretende implantar.

A ideia trazida pelo autor é que o acordo pode criar ao investigado um direcionamento e rumo, em termos jurídicos, totalmente anômalos. Isso porque um investigado inocente pode assumir a culpa e receber uma punição ou assumir um compromisso indevido com o Estado. O outro lado da moeda permite que um investigado, de fato culpado, não seja submetido à justiça estatal. De antemão e como já exposto, não se vislumbra efetividade no punitivismo, mas o problema é a postura de não querer levar um processo a frente por questões ilegítimas de conveniência do magistrado e do julgador, e não exatamente por querer dar vez à justiça restaurativa.

---

<sup>11</sup> LOPES JUNIOR, AURY. Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno? **Revista Consultor Jurídico**, 22 fev., 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em 26 set. 2020.

Assim, o sistema da *civil law*, adotado no Brasil, mostra dificuldades de compatibilidade com alguns instrumentos da *commom law*, que, sobretudo nos EUA, ainda é muito criticado sob o aspecto da consensualidade/negociação/*plea bargaining*. Vale mencionar, contudo, que, ao menos na justiça norte-americana, os promotores de justiça que exercem função de acusação, tal como o Ministério Público o faz no Brasil, são eleitos pela população. São agentes políticos quase que na excelência do uso da expressão, submetidos ao controle da população sobre seus atos e sobre sua política criminal. No Brasil, em contraste, os promotores de justiça são agentes públicos concursados, que ingressam na carreira envoltos de garantias. De maneira nenhuma, insta ressaltar, se pretende criticar as garantias e prerrogativas dos agentes públicos de maneira geral ou dos promotores de justiça especificamente; ao contrário, são essenciais para o desempenho de suas missões institucionais, livre de pressão, perseguição, submissão, apadrinhamentos e afins. Ocorre, todavia, que são sistemas diferentes e realidades diferentes. Pode ser muito proveitoso buscar inspiração em doutrina e jurisprudência estrangeira para resolução de litígios, para criação de políticas públicas e até mesmo para edição de atos normativos, mas é preciso ressaltar as incongruências nos sistemas, que podem refletir em incompatibilidade de alguns mecanismos entre os sistemas. A adoção forçosa gera resultados maléficos.

Como assevera MURILO MEDEIROS MARQUES<sup>12</sup>:

Outrossim, difícil imaginarmos nosso Ministério Público como formulador e executor de políticas criminais, com toda a independência funcional prevista em nosso País. Com a inserção da *plea bargain* em nosso ordenamento correríamos o risco de criarmos um “super órgão” sem controle político e amplos poderes nos futuros da justiça criminal. A população ficaria à mercê das vontades e ideais dos promotores.

---

<sup>12</sup>MARQUES, Murilo Medeiros. Os perigos da *plea bargain* no Brasil. **Canal Ciências Criminais**, 31 out. 2016. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargain/>. Acesso em 26 set. 2020.

## PARTE II – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL VERSUS OUTRAS FORMAS DE JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL

O marco para início da justiça penal negocial no Brasil, sem dúvidas, foi a transação penal, prevista na lei 9.099/95 (Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais). A partir do referido diploma, abriu-se as portas para a consensualidade na justiça penal, fato que, inclusive, passou a ser tendência, inclusive, em outros ramos do direito.

A Subprocuradora-Geral da República, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, traz interessante apanhado do histórico da consensualidade no ordenamento Brasileiro<sup>13</sup>:

### - Constituição de 1988 – linhas gerais para a composição civil:

\* Lei 9.099/95 – composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo;

\*Lei 9.807/99 – colaboração premiada como acordo;

\* Lei 12.850/13 – procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais; \* Lei 12.846/13 – possibilidade de se formalizar acordos de leniência em matéria anticorrupção (Lei Anticorrupção Empresarial);

\* Lei 13.129/15 e Lei 13.140/15 – possibilidade de autocomposição e da arbitragem pela Administração Pública, em harmonia com a principiologia do CPC (Lei 13.105/15); \* Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime) – insere o Acordo de Não Persecução Penal no CPP (art. 28–A).

### - Consenso ganhou espaço no processo civil (Lei 8.078/90 – CDC):

\* Formalização pelo MP de termos de ajustamento de conduta (TAC), para solução de conflitos em torno de direitos individuais indisponíveis, coletivos e difusos (solução de conflitos por meios extrajudiciais);

Com isso, fica claro que o ANPP foi inserido no ordenamento jurídico a partir de uma tendência, sendo fundamental analisar, em destaque, algumas das normas que o antecederam para melhor se identificar a aplicabilidade do art. 28-A do Código de Processo Penal. A transação penal pode ser tratada como o marco inaugural e é consubstanciada em uma forma de justiça negocial ou consensual, inserida no ordenamento Brasileiro a partir de movimento de despenalização. Ao lado da transação penal, o ordenamento jurídico ainda conta, sob a

---

<sup>13</sup>FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” **apresentacao sobre acordos de nao persecucao penal-anpp**. 30, jan,2020. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020\\_.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf). Acesso em 26, set. 2020

lógica da despenalização, com possibilidade de substituição de pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, com o SURSIS, com o livramento condicional, com medidas despenalizadoras da lei 9.099/95 – composição civil, (além da própria transação penal), suspensão condicional do processo, representação por lesão corporal leve ou culposa e outras.

O legislador percebe que o cárcere não restaura, mas apenas deprava. A despenalização é uma “ponte” entre a prisão e o abolicionismo prisional. Aquela conduta continua a ser uma infração penal, mas com uma resposta estatal mais suave. Não deixa de ser crime, não deixa de haver pena, só que não será mais a prisão. Será uma pena alternativa, com o fim de se evitar o cárcere.

A transação penal, prevista no artigo 76 da lei 9.099/95, consiste em acordo a ser celebrado entre a acusação e o acusado de modo que devem estar presentes os seguintes pressupostos: I- A infração deve ser enquadrada como de menor potencial ofensivo; II- Não deve ser caso de arquivamento do termo circunstanciado; III- Não ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; IV- Não ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 (cinco) anos, pela transação penal; V - Os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e circunstâncias do delito devem ser favoráveis ao agente; VI-Crimes de ação penal pública condicionada à representação, de ação penal pública incondicionada e de ação penal privada (LIMA, 2020). Chamam a atenção, nesse momento, não as condições, mas sim a fase inicial do procedimento da transação penal, logo após o aceite do investigado.

Na visão de Renato Brasileiro de Lima (2020):

“A transação penal pode ser oferecida oralmente ou por escrito, e deve consistir na imediata aplicação de pena restritiva de direitos ou multas, as quais serão devidamente especificadas na proposta formulada. Na hipótese de concurso de agentes, é plenamente possível que a proposta de transação penal seja oferecida apenas em relação a um dos coautores (ou partícipes). Se aceita, seus efeitos não se estendem aos demais acusados. Na sequência, a proposta será submetida à apreciação do autor do fato delituoso e de seu defensor. De acordo com o art. 76, § 3º, da Lei nº 9.099/95, há necessidade de aceitação da proposta pelo autor da infração e seu defensor, com subsequente apreciação do juiz competente.”

Como elucidado por Renato Brasileiro, o aceite da proposta implica imediata aplicação da pena restritiva de direito ou de multa. Além disso, por mais que a defesa técnica seja indispensável, somente depois de já celebrado o acordo é que o juiz analisará a questão e

homologará o negócio. Trata-se de uma medida despenalizadora claramente inspirada na *common law* em âmbito de justiça penal.

A suspensão condicional do processo consiste em outra ferramenta negocial da justiça penal. É uma forma de cumprimento da pena privativa de liberdade, com nítida natureza descarcerizadora, fundamentada em política criminal, que se destina a evitar o recolhimento à prisão dos condenados a uma pena de curta duração, permitindo seu cumprimento em liberdade mediante a satisfação de algumas condições, gerando a extinção da pena privativa de liberdade, se não houver a sua revogação. Em relação a inspiração para criação desse dispositivo no ordenamento jurídico, é preciso fazer algumas considerações.

Na esfera do código penal, o art. 77 e seguintes adotam o sistema Franco-Belga de aplicação do *Sursis* da pena, de modo que o réu é processado, condenado e aplica-se uma pena criminal. Posteriormente, essa pena é suspensa por um determinado período, em que estará em liberdade, chamado período de prova. Se não cumprir as condições, cumprirá a pena tal como foi aplicada na sentença. Em linhas gerais, a grande diferença em relação ao *plea bargaining* é que, nesse último sistema, o juiz reconhece a culpa do investigado mesmo sem se proceder à ação penal, contudo não aplicará a pena.

No âmbito da Lei dos Juizados especiais, adota-se o sistema de aplicação do *Sursis* da pena chamado de Probation of First Offenders Act, segundo o qual o juiz determina a suspensão do processo e permite ao réu ficar em liberdade, cumprindo período de provas. Nesse caso, não existe reconhecimento de culpa ou de responsabilidade do réu. Se o réu descumprir as condições do período de provas, o processo será retomado. Se comparado com o Acordo de Não Persecução Penal, diferencia-se porque é celebrado após o início do processo, que será suspenso, mas prescinde de culpa. Na forma de justiça consensual do art. 28-A do CPP, não se deflagra ação penal, mas desde logo é exigida a confissão de culpa (ou de autoria).

Nesse momento, salta a reflexão de que na transação penal e no *Sursis* da pena nos juizados especiais, a culpa se mostra prescindível para a negociação. Assim, ao pensar na comparação desses institutos com o Acordo de Não Persecução Penal, inserido pelo pacote anticrime sob forte viés do modelo norte-americano de justiça, surge em tela novamente o *plea bargaining*. Seria então a exigência de confissão do art. 28-A do código de processo

penal uma circunstância ainda mais drástica quando comparada com as condições dos demais institutos negociais que prescindem de culpa?

Para avançar à resposta desse questionamento, cabe, neste ponto, minudenciar que esse aspecto da justiça da *commom law* (plea bargaining) é utilizado como expressão bastante ampla, que pode incluir em suas acepções, dois aspectos fundamentais na justiça norte-americana, que, embora similares, não se confundem. Desse modo, ao se falar em *plea bargaining*, engloba-se o *guilty plea* e o *plea of nolo contendere*.

Brevemente, o *guilty plea* consiste no mero reconhecimento, por parte do acusado, de sua culpa pela infração discutida. Em contrapartida a esse reconhecimento, receberá algum benefício da acusação. Desse modo, evita-se as consequências da ação penal. No *plea of nolo contendere*, em linhas gerais, basta a não impugnação das acusações, mas sem que seja necessário declarar a própria culpa, o que parece ser menos gravoso, ao menos sob a lógica proposta até agora, para o acusado<sup>14</sup>. Desse modo, para fins de comparação com o Acordo de Não Persecução Penal, vale a reflexão sobre o aspecto processual norte americano com o qual os institutos da transação penal e da colaboração premiada mais se assemelham (ainda que a transação dos Juizados Especiais Criminais tenha raiz no Probation of First Offenders Act).

Na visão de Gabriel Santana Vasco Viana:

Partindo-se da premissa de que, na *guilty plea*, o agente, aceitando o acordo, reconhece a culpa e cumpre pena (em troca, recebe benefícios penais, como diminuição de pena), diferentemente do *plea of nolo contendere* (modalidade de acordo em que o indivíduo apenas deixa de contestar a acusação ministerial), não há dúvida de que a suspensão condicional do processo e a transação penal refletem com maior fidelidade o modelo *nolo contendere* de justiça negociada, uma vez que, no âmbito da Lei dos Juizados Especiais, o reconhecimento da culpa é prescindível para fins de celebração do acordo, bem como não há imposição de pena por parte do magistrado. A Lei n. 9.099/1995, portanto, foi um marco histórico na implementação das medidas despenalizadoras. A partir daí, abriu-se maior espaço para a discussão acerca da viabilidade dos procedimentos alternativos de resolução das lides penais, com vistas a disseminar a cultura do consenso (e não do litígio/conflito) entre os jurisdicionados e, conseqüentemente, garantir maior efetividade à tutela jurisdicional prestada na seara criminal.

Nesse diapasão, a transação penal e a suspensão condicional do processo se assemelham ao *no plea of nolo contendere*, sobretudo pelo argumento de que o reconhecimento de culpa é prescindível no âmbito dos Juizados Especiais, ainda que para fins do proposto até o momento, isso seja questionável. Fato é, que se comparado ao Acordo de Não Persecução

<sup>14</sup>VIANA, Gabriel Vasco Santana. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. **Boletim científico ESMPU**. Brasília, a. 18 – n. 54, p. 347-382.jul./dez. 2019

Penal, surge a perspectiva do contraste e a provocação à seguinte reflexão: Em que vertente se insere? Reconhecendo-se então a proposta de que o instrumento negocial previsto no artigo 28-A do código de processo penal, de fato, também é inspirado pelas noções do *plea bargaining*, ele se aproximaria mais do guilty plea ou do plea of nolo contendere? Ora, se pensarmos no quão imprescindível a declaração de culpa é, ante a exigência de confissão para celebração do acordo, parece-nos que o Acordo de Não Persecução Penal segue o *guilty plea*. Trata-se de uma vertente mais drástica do que a vertente seguida pela transação penal e pelo sursis da pena (que se amoldariam no *plea of nolo contendere*), em razão de demandar do investigado a conduta ativa de se declarar culpado.

É preciso, todavia, analisar que, definitivamente, esse entendimento é controverso. Do lado dos que discordam da tese de inspiração - e quase subserviência, valendo dizer - em relação ao modelo norte-americano de justiça penal, ao menos em se tratando de Acordo de Não Persecução Penal, os autores e operadores do direito suscitam as questões técnicas e literais da lei.

Na opinião de Renee do Ó Souza<sup>15</sup>:

A confissão contida no acordo de não persecução não tem a mesma função e consequência daquela contida no plea bargaining, o qual se assenta na irreversibilidade da assunção de culpa do investigado e na possibilidade de aplicação de sanção penal imediatamente após a sua celebração. A confissão aqui tratada é retratável e, mesmo depois de iniciada eventualmente uma ação penal, não leva, por si só, à condenação, até porque, à luz do art. 155 do CPP, foi colhida na fase inquisitiva. De outro lado, cumprido o acordo, a confissão exaure-se em si mesma, visto que o procedimento será arquivado. Exatamente porque a confissão serve apenas para depuração dos elementos indiciários, inservíveis por si só, para formação da convicção do juiz (CPP, art. 155) e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado é que não se identifica violação ao princípio da presunção de estado de inocência (CF, art. 5º, LVII). Repita-se, os elementos indiciários aptos à formação da opinio delicti do Ministério Público devem convergir para a pessoa do investigado, independentemente de sua confissão. Por fim, não há sentença penal condenatória, além do que as condições fixadas no acordo não têm natureza jurídica de pena, razão pela qual, também sob esta perspectiva, não há violação ao princípio constitucional acima.

Naturalmente, não se pode desprezar os aspectos técnicos e a literalidade da lei, mas as divergências interpretativas, sob os mais variados aspectos, nascem de diferentes modos de técnicas de interpretação. A respeitável opinião do promotor de justiça, ainda que feita conforme à Constituição Federal de forma sistemática, pode não considerar a posição do

---

<sup>15</sup>SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro. n° 74, p. 167-191. out./dez. 2019



acusado e a realidade de sua perspectiva. Não se duvida de suas colocações e, mesmo para respeitosamente ousar discordar, é preciso muita parcimônia e sempre lembrar que existe uma disparidade na relação negocial entre acusação e investigado - entre Estado e indivíduo. Não se pode olvidar da essência de “sem confissão, sem acordo” ou “assuma logo a culpa ou passemos de uma vez à ação penal”, que inclusive levou a questão ao STF em sede de ADI.

Além disso, a presunção de inocência pode não ser violada, em tese, para fins de justiça processual, mas fica o questionamento de até que ponto isso não prejudica, de fato, o investigado. Além disso, como fica o investigado diante da sociedade? A verdade é que o indivíduo imputado não acredita que, ainda que inocente, pode se valer do processo penal para se chegar à verdade e “limpar seu nome” perante a sociedade de uma vez, sem deixar dúvidas. Inclusive, aceitar um acordo em que se deve declarar a própria culpa apenas “sujaria”, desde já, seu nome. Se o próprio processo penal, regido pela presunção constitucional de inocência já é visto de forma deveras estigmatizante, o que dizer do estigma que se carregará na sociedade pela culpa já declarada?

Ainda em se pensando em indivíduo perante à sociedade, quem de fato se importará com o quesito “de onde veio essa declaração de culpa”? Na prática, infelizmente, é indistinto, aos olhos de uma coletividade preconceituosa (e incriminadora da pobreza e da cor da pele) que a culpa venha ou por meio de sentença penal transitada em julgado com observância a um devido processo legal, ou da própria declaração do indivíduo para fins de celebração de negociação com a acusação, ou, ainda, de uma notícia de jornal mal interpretada ou escrita de forma irresponsável e leviana.

Nesse diapasão, é imperioso lembrar, também, que tudo isso figura na realidade de descrença do acusado na justiça e na forte possibilidade ( se não for mais apropriado dizer na realidade do dia a dia) em que muitos investigados preferem assumir a culpa, ainda que sejam inocentes, a correr o risco de se submeterem a uma ação penal, em que muitas vezes as garantias ficam apenas no mesmo papel que se pretende utilizar para embasar a dissociação a exigência de confissão do Acordo de Não Persecução Penal da essência, muitas vezes perversa, do *plea bargaining* e do *guilty plea* em uma estrutura mal pensada ( ou não pensada) para suportar essas mecânicas. A reflexão que se propõe é justamente sobre se, de fato, após o acordo, a confissão de culpa se exaure em si ou se essa confissão é realmente retratável para

fins do que realmente importa ou o para o que realmente acontece no plano prático da vida do cidadão.

Como evidenciado, a justiça consensual é objeto de muitas divergências entre os estudiosos e os operadores do Direito. A realidade é que, mesmo entre as formas de consensualidade que o ordenamento jurídico adota, parece não haver coesão e proporcionalidade, se comparadas.

Na lição de LEONARDO AUGUSTO MARINHO MARQUES<sup>16</sup>:

Pois bem, o acordo nunca foi uma unanimidade na tradição anglo-americana. Há pessoas que adotam uma visão essencialmente prática para conseguir defendê-lo e outras que o enxergam como um mal necessário; há quem o considere incompatível com a presunção de inocência e se preocupe com o risco de inocentes serem compelidos a se declararem culpados e a aceitarem a pena, para não ter que enfrentar o julgamento.

Ainda sob a perspectiva do comparativo entre o Acordo de Não Persecução Penal e as demais principais formas de justiça negocial penal, chama a atenção a amplitude de incidência do art. 28-A do Código de Processo Penal. Embora, para todos os institutos acima mencionados haja pluralidade de critérios objetivos e delimitados, urge destacar o parâmetro da pena.

Como visto, em âmbito dos juizados especiais criminais, para que possa ocorrer a transação penal, o crime deve ser considerado de menor potencial ofensivo, ou seja, aqueles aos quais a lei não comine pena máxima superior a 2 anos; Ainda no âmbito do JECRIM, para que seja possível a promoção do Sursis processual, a condição é ainda mais restrita: É preciso que a pena não seja superior a um ano. No Acordo de Não Persecução Penal, a pena máxima para requisito de celebração é de até 4 anos (considerando as causas de aumento, a exemplo de concurso de crimes, mas também considerando as causas de diminuição, a exemplo da tentativa). Então, é um instrumento negocial muito mais abrangente.

Segundo dados publicados pela já citada sub-procuradora geral da república, Luiza Cristina Fonseca Frischeisen, na apresentação de atuação temática na segunda câmara de

---

<sup>16</sup>MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO: UM NOVO COMEÇO DE ERA (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 9-12, junho.2020.

revisão criminal do Ministério Público Federal<sup>17</sup>, houve celebração de 1199 Acordos de Não Persecução penal, até 24 de janeiro de 2020. É divulgado, ainda, pela sub-procuradora que os 6 estados da Federação que mais realizaram o acordo até a referida data foram, respectivamente: Paraná (271), São Paulo (154), Espírito Santo (141), Minas Gerais (115), Goiás (88), Mato Grosso do sul (74), e, o Estado do Rio de Janeiro ficaria na 17º posição, ao lado do Distrito Federal, ambos com atuação mais tímida, de apenas 16 acordos. Além disso, é interessante notar que os 6 delitos que em que mais houve celebração do acordo foram, no mesmo período, respectivamente: Contrabando ou Descaminho (322), Estelionato Majorado (188), Uso de documento falso (136), Moeda Falsa/Assimilados (66), Falsidade ideológica (43), crimes contra as telecomunicações (41).

Merece destaque ainda os dados de divulgação da destinação de recursos dos acordos de não persecução penal (antes da lei 13964/2019, visto que já existia em resolução do CNMP). Alguns exemplos: Projeto “Judô na Faixa” - PRM-Dourados/MS (IPL nº 174/2019 – DPF/DRS/MS); Parceria com escola pública; Recurso transferido para conta exclusiva da escola e movimentado somente para o projeto de judô; Fiscalização por meio de procedimento administrativo; O MPF não executa e não tem dinheiro em caixa, sendo toda a execução feita pela escola selecionada.

A destinação a projetos sociais evidencia o teor de justiça restaurativa que existe no ANPP. Ademais, os dados revelaram a grande abrangência do acordo. É bem verdade que a vedação de celebração em crimes em que ocorra violência ou ameaça exclui muitos delitos dessa gama, mas não se pode negar que o limite de pena até 4 anos é uma grande abertura.

---

<sup>17</sup>Cuida-se da mesma apresentação temática de atuação já referida. Vide nota de rodapé nº 13.

### PARTE III – A IMPORTÂNCIA DO ANPP E A REALIDADE PRISIONAL BRASILEIRA

Essa ampla abrangência do Acordo de Não Persecução Penal revela mais um de seus fundamentos: Trata-se de um instrumento de política prisional, com teor “desprocessualizante” e, conseqüentemente, descarcerizador. Fala-se, aqui, na descarcerização como uma consequência, pois, se considerada toda a “lógica sistemática” ou “a figura inteira” do Pacote Anticrime, resta duvidoso se o objetivo do dispositivo era de fato descarcerizar ou simplesmente desprocessualizar, advindo aquilo como simples consequência disso.

Sob a reflexão de CLÁUDIA BASTOS DE PINHO e JOSÉ EDVALDO PEREIRA SALES<sup>18</sup>:

A ideologia do “pacote”, como não poderia deixar de ser, acompanhou a sanha punitivista. Aumento de penas, corte de garantias, mais elasticidade às medidas constritivas. Tudo isso sob o pretexto de “combater a criminalidade” (o próprio “Anticrime” já revela sua pretensão audaciosa; como se a legislação que lhe antecedeu de algum modo tenha sido “a favor do crime”) e, sobretudo, limpar definitivamente o país da chaga da corrupção, já que - como dito diversas vezes pelo pai do “pacote” - a ideia era, exatamente, ampliar aquilo que ele já havia feito quando ocupava o cargo de Magistrado e conduzia, sob sua batuta, a chamada “Operação Lava Jato”. Em suma: o “pacote” seria a realização legislativa dos desejos pessoais de seu proponente acerca de como deve ser a aplicação da justiça criminal no Brasil. Por evidente que nosso sistema de legislação criminal precisa ser revisto! Não é de hoje que a academia aponta fissuras na legislação penal pátria e verbaliza a necessidade urgente de adaptá-la ao projeto democrático inserido pelo sistema de garantias da Constituição. Vozes, infelizmente, inaudíveis, bradam quase no vazio ou para si próprias, eis que todas as alterações pelas quais vêm passando os diplomas legais em matéria penal, desde 1988 (a começar pela emblemática Lei dos Crimes Hediondos, de 1990) caminham no sentido diametralmente oposto, isto é, insistem na adoção de uma política criminal de intervenção máxima, com incremento de penas e amputação de garantias, sempre embalada pelo discurso falacioso da “contenção da criminalidade”. Como assinalado acima, com o “pacote” não foi diferente! É mais do mesmo. Cria-se a emergência, impõe-se o discurso de necessidade de mais punição e, na sequência, modifica-se a legislação (por todos, Zaffaroni). Esse é ciclo!

Sem negligenciar o caráter inquisitorial e punitivista da Lei Anticrime e retornando a atenção especial ao Acordo de Não Persecução Penal, é fato que é norma penal mais benéfica (apesar de renovar as críticas, como será tratado no capítulo adiante) e que, ao menos como

---

<sup>18</sup>Pinho, Cláudia Bastos de Pinho. Sales, José Edvaldo Pereira Sales. **“LEI ANTICRIME”: UMA LEITURA POSSÍVEL A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 4-6, junho.2020.

consequência de suas intenções desprocessualizantes, deparamo-nos com a luz do movimento descarcerizador.

Acerca do movimento em que se pode encaixar o instrumento negocial do art. 28-A do CPP, LUCAS CARNEIRO e THIAGO CHACON<sup>19</sup>, promotores de justiça do MP-AL, concluem:

Abre-se uma perspectiva de justiça restaurativa, compatibilizando-se com o movimento de descarcerização. Aplica-se a crimes de baixa complexidade, como pequenos furtos, receptação, danos ambientais, dentre outros que merecem uma reprimenda rápida e desburocratizada, deixando espaço para o Judiciário se preocupar com os fatos mais relevantes, que demandem instrução e diligências.

Então qual a importância do Acordo de Não Persecução Penal em um cenário de caos prisional? A assustadora realidade de superlotação prisional, em que os estabelecimentos guardam mais pessoas do que o número que sua estrutura deveria suportar revela que a justiça, sobretudo ao se pensar no código penal e no código de processo penal, não levou em conta precipuamente a realidade dos abismos sociais, da discriminação e da marginalização da pobreza. Além disso, essa circunstância denota que as autoridades continuam a deixar a política prisional em segundo plano, considerando a precariedade dos estabelecimentos prisionais, que afrontam as garantias previstas na Constituição Federal e na Declaração Internacional de Direitos Humanos. A justiça negocial (mais uma vez, apesar de todas as críticas das traçadas), merece se sobressair no quesito progresso, em relação a esse quadro. Isso porque contribuem para atenuar a superlotação, de modo que o processo penal encarcerador parece estar sendo cada vez mais reservado àqueles que cometem crimes mais ofensivos a bens mais caros e com maior grau de reprovabilidade.

Os instrumentos de negociação, é bem verdade, não contemplam os delitos que envolvem violência e grave ameaça, o que não é objeto da discussão, mas, de todo modo, a constatação é de que a caminhada até a reversão desse estado caótico e degradante de superpopulação prisional ainda precisa dar alguns passos importantes. Isso porque mais de 80% da população carcerária do Brasil é decorrente de delitos de tráfico de drogas ou de cunho patrimonial. O punitivismo, que sempre preponderou no Brasil, busca, a todo custo, a punição e o encarceramento, bem como, por que não dizer, a redução das garantias, e vem ganhando cada vez mais apoio popular, em um cenário assustador de discurso de ódio e de busca pela pura vingança. Essa mesma coletividade que consagra o punitivismo sofre com as

---

<sup>19</sup> Carneiro, Lucas. Chacon, Thiago. Acordo de não persecução penal. Gazeta de Alagoas, Maceió, 15 nov 2017. Disponível em <http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/noticia.php?c=315294>. Acesso em 26 set 2020.

consequências de um sistema que é incapaz de restaurar. Respalda o punitivismo é impulsionar o ciclo vicioso de criminalidade, prisão, aliciamento, reincidência, mais violência e mais prisão.

Como veiculado no Portal gov.br, segundo dados oficiais do DEPEN<sup>20</sup>:

O Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias traz informações de todas as unidades prisionais brasileiras, incluindo dados de infraestrutura, recursos humanos, vagas, gestão, assistências, população prisional, perfil dos presos, entre outros. Considerando presos em estabelecimentos penais e presos detidos em outras carceragens, o Infopen 2019 aponta que o Brasil possui uma população prisional de 773.151 pessoas privadas de liberdade em todos os regimes. Caso sejam analisados presos custodiados apenas em unidades prisionais, sem contar delegacias, o país detém 758.676 presos. Em sua rede social, o presidente da República, Jair Bolsonaro, afirmou que o número significa menos bandidos nas ruas. O percentual de presos provisórios (sem uma condenação) manteve-se estável em aproximadamente 33%. O crescimento da população carcerária que, de acordo com projeção feita em dezembro de 2018, seria de 8,3% por ano, não se confirmou. De 2017 para 2018, o crescimento chegou a 2,97%. E do último semestre de 2018 para o primeiro de 2019 foi de 3,89%.

Trata-se da infeliz constatação de que tanto o sistema justiça quanto a administração pública, sobretudo em se tratando da chefia do executivo federal, apenas contribuem com a questão da superlotação: Um presidente, que legitima a punição como solução e negligencia as consequências do caos prisional, e um sistema de justiça que mantém presos provisórios sem o menor pudor de violar os critérios objetivos e as garantias fundamentais.

Pontua FRANCICLÉCIO DA SILVA NASCIMENTO<sup>21</sup>:

Diante deste quadro, cabe observar que a situação calamitosa e inconstitucional em que se encontra o sistema prisional não enxerga em um futuro próximo mudança na conjuntura atual, dada a indiferença acima citada, da sociedade e do governo. Assim sendo, o Brasil continuará a figurar como um país de execução penal cruel e desumano, onde não são respeitadas as declarações, entre elas a de Direitos Humanos, a que é signatário.

Nesse cenário, respondendo a pergunta proposta sobre a importância do Acordo de Não Persecução Penal e das demais ferramentas de consensualidade, é de uma importância

<sup>20</sup>Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados: Nova ferramenta de visualização dos dados penitenciários vai possibilitar comparar informações de diferentes anos e categorias. **Gov.br**. 17 fev. 2020. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados>. Acesso em 26 set 2020.

<sup>21</sup>Nascimento, Francélio da Silva Nascimento. **A SUPERLOTAÇÃO E A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. 2020. 12f. Artigo (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (URFN), Rio Grande do Norte. 2020.

perceber que qualquer avanço na direção de adoção de justiça restaurativa é louvável. Não se pretende mergulhar na complexa discussão sobre qual o modelo de justiça ideal para a realidade em que vivemos, mas trata-se de constatar, para fins desta pesquisa, que o modelo punitivista atual, que deixa as garantias no papel, está fadado a perpetuar o ciclo de violência e criminalidade. O cárcere não é solução e, ainda que o fim subjacente, declarado ou não declarado, do Acordo de Não Persecução Penal seja desprocessualizar, a consequência prática intimamente relacionada é descarcerizar, e promover a responsabilização por outros meios, mais eficientes, menos gravosos e que contemplam a vítima e suas necessidades com maior protagonismo.

### CAPÍTULO III – A APLICABILIDADE RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

#### PARTE I – ANPP EM AÇÕES PENAIS EM CURSO: O ANPP É NORMA MAIS BENÉFICA? CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Conforme analisado estruturalmente até o momento, parece não haver dúvidas acerca da carga inquisitorial do Pacote Anticrime como um todo. Uma legislação que estica as possibilidades de punição e recrudescer o tratamento sobre o infrator e negligencia a realidade prisional de superlotação e do perfil dos presos que, de fato, compõem essa massa carcerária. Um conjunto legislativo que não parece ter a preocupação primária em atacar causas estruturais, mas apenas sintomas mais evidentes e, de todo modo, parece dar o tratamento inapropriado. Apesar das críticas, o ANPP se mostra muito virtuoso sob o aspecto de um juízo mais garantista e, principalmente, que caminha sob um (tímido) feixe de luz de justiça restaurativa.

Uma novidade que parecia ainda mais deslocada na lei 13.496/2019, sob a perspectiva geral, era o instituto do juiz das garantias. Trata-se, por alto, de uma forma de assegurar as garantias do indivíduo com a lei nessa etapa pré-processual, que, inclusive, teria papel muito importante na dinâmica no Acordo de Não Persecução Penal, mas que, infelizmente, encontra-se suspensa por decisão do Ministro Luis Fux.

Fica clara essa posição nas considerações de Bastos e Sales<sup>22</sup>:

Mas, nem tudo seguiu os rumos inicialmente previstos e eis que o “pacote” acabou por sofrer um grave “golpe” no Poder Legislativo: a proposta de um modelo acusatório de Processo Penal tão ansiado pela academia! Ou seja, a “Lei Anticrime” não é de todo condenável, graças aos poucos, embora gigantes, méritos que lhes foram atribuídos por conta das modificações introduzidas no Congresso Nacional, sobretudo nesse ponto do sistema processual penal. De resto, uma parte expressiva do seu texto, continua a manter (e a piorar) o Direito Penal brasileiro no que se refere ao punitivismo e o recrudescimento da intervenção penal.

Porém, apesar desses consideráveis avanços no âmbito processual, a mentalidade inquisitória reinante não deixou por menos... eis que, a nova lei - nesse particular - foi alvo de críticas de entidades de classe representativas da Magistratura e do Ministério Público, e objeto de decisão, de 22 de janeiro de 2020, da lavra do Ministro do STF, Luiz Fux, proferida nas ADIs 6.298 (proposta pela AMB), 6.299, 6.300 e 6.305 (proposta pela CONAMP), que, dentre outros aspectos, suspendeu a implantação do juiz das garantias e seus consectários, a saber, os artigos 3º-A, 3º-B,

---

<sup>22</sup>Vide nota de rodapé n° 18



3º-C, 3º-D, 3ª-E, 3º-F, do Código de Processo Penal, e, também, a alteração do procedimento de arquivamento do inquérito policial (28, *caput*, Código de Processo Penal).

Ou seja, o que de melhor a lei poderia ter trazido, ficou - por enquanto - apenas no papel!

Quanto ao aspecto penal (Código Penal e legislação extravagante), a “Lei Anticrime” trouxe agravamentos, como, por exemplo, a ampliação da hipóteses de legítima defesa (parágrafo único do art. 25 do CP), o tempo de cumprimento da pena, que agora é de 40 (quarenta) anos (art. 75 do CP) e não mais 30 anos, maior restrição para concessão de livramento condicional (Inciso III, art. 83 do CP), restrição para o transcurso do prazo prescricional (art. 116 do CP), hipóteses de majoração da pena no crime de roubo (§ 2º e § 2º-B do art. 157 do CP).

Dessa breve radiografia, conclui-se que seguimos tendo remendos e um amontoado totalmente desconexo de leis em matéria penal. Como pode, uma mesma lei, estabelecer o juiz de garantias e se preocupar com a criação de limites ao decisionismo penal (como, por exemplo, na nova disciplina da prisão preventiva) e, ao mesmo tempo, aumentar para 40 anos o tempo da pena de prisão? Aliás, uma das questões suscitadas e acolhidas na decisão liminar do Ministro Luiz Fux foi a ausência de estudos e impactos orçamentários para despesas que seriam decorrentes da lei como o juiz de garantias, mas, perguntemos, houve algum estudo a respeito dos custos decorrentes da elevação do tempo máximo de prisão em 10 (dez) anos? Certamente não !

(...)

A “Lei Anticrime” é, claramente, uma lei de emergência, demagógica e conjuntural (como foram muitas de suas antecessoras - por todas, a lei de crimes hediondos). Não corrigiu as assimetrias do nosso sistema, pelo contrário, agudizou-as. Não conferiu coerência ao Direito e ao Processo Penal, pelo contrário, demonstra-se paradoxal em vários aspectos. E, por fim, ficou - em muitos pontos - longe de submeter-se aos ditames da Constituição.

A mentalidade inquisitória é tão presente entre nós, que a parte mais louvável da lei - e que poderia aumentar consideravelmente seu nível de garantismo - foi rechaçada (teve sua eficácia suspensa, indefinidamente) por uma decisão monocrática de um Ministro da Suprema Corte do país! Ao fim e ao cabo, a cultura penalista conservadora e as entidades de classe das Instituições ligadas à Justiça Criminal (sobretudo, Magistratura e Ministério Público), com o beneplácito do STF, conseguiram sufocar a maior tentativa da “Lei Anticrime” de sepultar o modelo autoritário de Processo Penal.

É muito emblemática a ideia de que, de fato, o que a lei poderia trazer de melhor ao sistema penal Brasileiro, aproximando-o mais dos ideais de um sistema processual democrático e de um Estado de Direito, ficou apenas escrito, mas com eficácia suspensa. Sem desprezar, de maneira alguma esse fato, não se pode olvidar que o ANPP, ora objeto de análise, também foi uma iniciativa louvável. Inclusive, é um dos poucos institutos sobre os quais resta dúvida sobre sua retroatividade. Ao se pensar por exemplo, em novo requisito para se obter o livramento condicional, para se alcançar a prescrição, no novo tempo máximo de pena previsto no art. 75 do Código Penal, na majorante do roubo e em “quase tudo” em que a

lei 13469/2019 inovou, não restam dúvidas da irretroatividade de aplicação dessas normas, por claramente serem normas mais gravosas ao réu (*novatio legis in pejus*).

Em relação ao Acordo de Não Persecução Penal, a questão da retroatividade gera dúvidas. Essa dúvida de aplicabilidade, todavia, não existe porque se discute sobre ser mais benéfico ou não o o art. 28-A do CPP, inserido pelo “Pacote”. Não restam dúvidas de que o ANPP é forma negocial que pode evitar a ação penal e o cárcere, razão pela qual é pacificamente entendida como norma mais benéfica; A dúvida de aplicabilidade existe em razão da dificuldade em ser identificar a natureza da norma como de direito material, de direito processual ou, ainda, como uma norma mista. Então, nesse ponto, concentram-se mais esforços a fim de responder sobre a possibilidade da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal em ações penais em curso.

Boa doutrina entende que o dispositivo tem aplicabilidade restrita à fase pré-processual, devendo ser aplicado antes da ação penal, em verdade como uma alternativa. Esse entendimento decorre do fato de que o próprio art. 28-A inicia com a passagem “não sendo caso de arquivamento...”. Além disso, ainda que seja mais benéfica e se não fosse por esse entendimento, essa doutrina também encontra óbice na natureza da norma, que entendem ser de natureza processual penal. Por outro lado, há parcela doutrinária que não duvida de que se trata de norma penal mais benéfica que deve retroagir, não havendo qualquer óbice na letra do art. 28-A ou decorrente da natureza da norma. Isso porque não questiona essa doutrina de que seja norma processual penal, mas reconhecem uma “segunda cabeça”, com natureza de direito material, constituindo norma mista, razão pela qual a retroatividade seria cabível. Então, após conceituar e contextualizar o ANPP nos capítulos anteriores, são essas as questões objeto de análise desta parte, deste capítulo, complementando todo o construído até o momento, com o fim de verificar a aplicabilidade ou não do Acordo de Não Persecução Penal de forma retroativa, ou seja, em ações penais já em curso.

## PARTE II – ANPP EM AÇÕES EM CURSO: ANÁLISE PELO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL INTERTEMPORAL

O princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica está previsto no art. 5º, inciso XL, da CF/88, dispondo que “a lei pena não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”(BRASIL, 1988). Como se percebe, a regra é a não retroatividade da lei penal, que só ocorrerá se for benéfica ao réu. É o fenômeno conhecido como *novatio legis in melius*. Esse princípio mantém íntima relação com o princípio da legalidade, segundo o qual, a partir de todas as suas vertentes, a lei penal produzirá efeitos, tipificará condutas, cominará penas e regulará matéria penal desde que seja concebida anteriormente à conduta. Assim, decorre a noção de *tempus regit actum*, que norteia a eficácia da lei penal. Portanto, excepcionalmente, é possível que lei nova, posterior à conduta, produza efeitos retroativamente, para alcançar essa conduta passada, sob a condição de beneficiar o réu.

Nas lições de ROGÉRIO SANCHES CUNHA<sup>23</sup>:

Entre a data do fato praticado e do seu julgamento, ou do término do cumprimento da pena, podem surgir várias leis penais alterando o conteúdo da legislação, com a modificação da norma de conduta ou das suas consequências jurídicas, ocorrendo aquilo que denominamos de sucessão de leis no tempo. Quando ocorre a sucessão, é necessário observar, em especial, as regras da ultra-atividade e da retroatividade. O art. 5º, XL da CF/88, enuncia como regra geral, que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Trata-se da irretroatividade da lei penal, excetuada somente quando esta lei beneficia de algum modo o acusado (ou mesmo o condenado). Essa retroatividade da lei benéfica é determinada por razões de política criminal, autorizando que a lei nova – que deveria produzir efeitos a partir da sua entrada em vigor – produza efeitos sobre as ações ou omissões realizadas antes de sua existência no mundo jurídico

Como visto, trata-se de questão com fundamento em política criminal. De todo modo, ainda é pertinente responder: No que consiste “*novatio legis in melius*”, conceito dentro do qual, a depender da resposta dessa pesquisa, entender-se-á o Acordo de Não Persecução Penal?

Consoante a argumentação de ROGÉRIO SANCHES CUNHA:

Trata-se de nova lei que de qualquer modo beneficia o réu, também conhecida como *lex mitior*. Esta lei retroagirá, atendendo à regra, prevista também no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal: “ A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

---

<sup>23</sup>CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**.8 ed. Salvador:2020, Editora Juspodivm

Como se depreende da parte final do dispositivo, a lei penal nova que beneficia o réu, a exemplo da abolicionista, também não respeita a coisa julgada, sendo aplicada mesmo quando o agente já tenha sido condenado definitivamente. Exemplo de *novatio legis in melius* se extrai da Lei n° 13.769/18, que alterou a Lei de Execuções Penais, prevendo lapso diferenciado de cumprimento de pena para presa gestante, mãe ou responsável por criança ou adolescente progredir de regime. Agotra, se o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, não se tratar de crime contra seu filho ou dependente, ser a reeducanda primária e apresentar bom comportamento carcerário, bem como não ter integrado organização criminosa, basta o cumprimento de ao menos 1/8 (um oitavo) da pena no regime anterior, mesmo em se tratando de crime hediondo ou equiparado (art. 112, parágrafo 3°, LEP).

Então, não restam dúvidas de que, em se tratando de norma de direito material que versa sobre matéria penal, a lei penal posterior, se for mais benéfica, deve retroagir. Ainda que reste dúvidas acerca de ser, de fato, aquela nova lei mais benéfica, deve ser oferecida a palavra ao réu para que, então, decida. Nesse momento, pensa-se a relação de todas essas considerações com o Acordo de Não Persecução Penal: É uma norma inserida no código de processo penal, mas não se pode olvidar que é uma norma extensa e complexa, dotada de peculiaridades. Assim, a polêmica que surge é: O Acordo de Não Persecução Penal possui natureza de direito material, de modo a se adequar ao princípio da retroatividade de lei mais benéfica? Ou compreende norma processual? Para os que defendem a retroatividade da eficácia do art. 28 do CPP, trata-se de uma norma de dupla natureza. Não é pacífico, contudo, que o instituto possua uma faceta de direito material, então, reserva-se ao fim do tópico essa análise exclusiva. Cabe, antes, analisar o teor processual do dispositivo.

Ao se pensar em direito processual penal intertemporal, o direito processual penal guarda uma significativa diferença: Em contraste à sistemática do ramo de direito material, em que a norma penal retroagirá para beneficiar o réu na forma do mandamento constitucional, as normas de direito processual penal tem sua aplicabilidade regida pelo *tempus regit actum*. Em outras palavras, a norma processual penal produzirá efeitos imediatamente, tão logo entre em vigência. Essa regra está disposta no art. 2° do Código de Processo Penal, que diz que “ A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.”(BRASIL, 1941)Então, pelo diploma processual, não importa, a princípio, se a nova lei é mais benéfica ou mais gravosa no tratamento do investigado, acusado ou condenado: Seus efeitos são determinados pelo momento de sua vigência, não sendo dotadas, a princípio, de retroatividade para alcançar eventos passados ou de ultra-atividade, de modo que uma lei, quando não mais em vigência possa ter eficácia sobre um evento posterior. Segundo Renato Brasileiro, essas normas

processuais penais são presumidamente melhores para salvaguardar o interesse da justiça, das partes, do processo e etc. (LIMA, 2020).

Ocorre, todavia, que a norma processual penal nem sempre será apenas ou puramente processual penal. A doutrina divide as normas processuais penais em normas genuinamente processuais e em normas processuais materiais, também chamadas de híbridas ou mistas.

RENATO BRASILEIRO diferencia:

a) normas genuinamente processuais: são aquelas que cuidam de procedimentos, atos processuais, técnicas do processo. A elas se aplica o art. 2º do CPP;

b) normas processuais materiais (mistas ou híbridas): são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal.

Normas penais são aquelas que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas da punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade.

Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna. Não há consenso na doutrina acerca do conceito de normas processuais materiais ou mistas.

Uma primeira corrente sustenta que normas processuais materiais ou mistas são aquelas que, apesar de disciplinadas em diplomas processuais penais, dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva, tais como aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, etc.

Uma segunda corrente, de caráter ampliativo, sustenta que normas processuais materiais são aquelas que estabelecem condições de procedibilidade, meios de prova, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução da pena e todas as demais normas que produzam reflexos no direito de liberdade do agente –, ou seja, todas as normas que tenham por conteúdo matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão. Independentemente da corrente que se queira adotar, é certo que às normas processuais materiais se aplica o mesmo critério do direito penal, isto é, tratando-se de norma benéfica ao agente, mesmo depois de sua revogação, referida lei continuará a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência (ultratividade da lei processual penal mista mais benéfica); na hipótese de *novatio legis in melius*, referida norma será dotada de caráter retroativo, a ela se conferindo o poder de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente a sua vigência.

O professor Aury Lopes Jr. opta por fazer a divisão de forma diferente: Parte da lei penal de forma geral, dividindo-a em leis penais puras, leis penais processuais ou leis mistas (LOPES JÚNIOR, 2020). Independentemente de como a divisão é feita ou mesmo do conceito preciso de norma mista, com respeito máximo à didática de todos os autores, fato que é que a doutrina reconhece uma terceira espécie normativa, que carrega essência de

direito material e de direito processual, e como visto, segundo os ensinamentos expostos, essa norma mista é regida pelos princípios da lei de direito material, e segundo uma das correntes listadas, é uma norma que guarda direito ou garantia constitucional do cidadão. Nesse ponto, está estabelecida a premissa de que, dentro do Código de Processo Penal ou em legislação penal extravagante, existem normas que tem dupla identidade, de direito material e processual, dotadas de retroatividade e ultra-atividade, se forem mais benéficas ao réu. É, portanto, uma exceção da incidência do *tempus regit actum* que regula a aplicabilidade das normas processuais penais, por não serem puramente de natureza processual.

Estabelecida essa premissa e estabelecida a premissa de que o Acordo de Não Persecução Penal é norma mais benéfica, resta analisar: O instituto objeto de análise é veiculado no Código de Processo Penal. Assim, trata-se, como visto, indiscutivelmente de uma norma processual. Ocorre que a existência, no mesmo instituto, de uma faceta de direito material ainda é objeto de discussão. Então, em mais uma análise comparativa, é conveniente analisar a possibilidade de retroatividade de outros institutos negociais que são mais benéficos, sobretudo sob o aspecto de sua natureza. A transação penal, prevista na lei 9099.95, que guarda muitas identidades com o ANPP, é dotada de retroatividade.

RENATO BRASILEIRO explica:

De acordo com o art. 90 da Lei nº 9.099/95, as disposições da Lei dos Juizados Especiais Criminais não seriam aplicáveis aos processos penais cuja instrução já estivesse iniciada. Discuti-se, à época, se seria possível que esse dispositivo restringisse a aplicação da referida lei aos processos penais cuja instrução já estivesse em curso. Sem dúvida alguma, trata-se a Lei nº 9.099/95 de norma processual híbrida ou mista, porquanto reúne dispositivos de natureza genuinamente processual e de natureza material. De fato, no tocante ao procedimento sumaríssimo ali previsto, fica evidente que se aplica o art. 2º do CPP, já que se trata de norma genuinamente processual. Não obstante, não se pode perder de vista que a Lei nº 9.099/95 também introduziu no ordenamento jurídico institutos despenalizadores que produzem nítidos reflexos no exercício do jus puniendi, tais como a composição civil dos danos, a transação penal, a exigência de representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa e a suspensão condicional do processo. A título de exemplo, basta pensar que o cumprimento das condições fixadas na proposta de suspensão condicional do processo acarreta a extinção da punibilidade (Lei nº 9.099/95, art. 89, § 5º). Na mesma linha, a composição civil dos danos é causa de renúncia ao direito de queixa ou representação (Lei nº 9.099/95, art. 74, parágrafo único). Diante dessa natureza mista da Lei nº 9.099/95, o Supremo Tribunal Federal acabou por concluir que as normas de direito penal nela inseridas que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL, da Constituição federal. Assim, conferiu interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réu contidas na citada lei.

Renato Brasileiro destaca, em seu ponto, que a lei 9.099/95 trouxe consigo institutos despenalizadores com nítido reflexo no *ius puniendi*, e exemplifica, dentre outros, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Por essa razão, o conteúdo dessas normas não é estritamente processual, de modo, então, que devem retroagir para produção de seus efeitos de teor benéfico, seguindo a regra às normas de direito material. A conclusão é que, havendo natureza processual e natureza (de direito) material, aplica-se a regra de retroatividade, tal como na lei puramente (de direito) material.

Ora, vale então, no mínimo, a provocação para que atentemos à similaridade desses institutos despenalizadores com o Acordo de Não Persecução Penal: apesar de não se confundirem tecnicamente a ideia dos institutos despenalizadores, desprocessualizantes ou descarcerizadores, não se pode negar que em muito se relacionam, sejam por causa e consequência, seja pela similaridade, seja, ainda, pela ratio, por sua justificativa subjacente ou por sua razão de ser.

Nesse diapasão, vale, vale acrescentar as considerações de Pedro Faraco Neto e Vinicius Basso Lopes<sup>24</sup>:

Temos ainda que, por instituto desencarcerador que é, o Acordo de Não Persecução Penal lida com o direito à liberdade, sendo este um dos pilares essenciais do Estado Democrático de Direito, encontrando alicerce privilegiado no caput do art. 5º da Constituição Federal: “*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*”. E lidando com liberdade, bem jurídico de direito material, aliás afeto aos direitos da personalidade humana, sem dúvida que o Acordo de Não Persecução Penal deve retroagir para beneficiar os cidadãos jurisdicionados.

Parece cada vez mais próxima a conclusão de que o ANPP, a partir de todas as premissas e reflexões desenvolvidas até o momento, é norma de natureza mista, passível de retroagir em sua eficácia ao tempo de fatos anteriores à sua entrada em vigência, podendo, então, ser celebrado em ações penais já em curso.

---

<sup>24</sup>NETO, Pedro Faraco. LOPES, Vinicius Basso. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MISTA E A POSSIBILIDADE DOS ACORDOS APÓS A INSTRUÇÃO PROCESSUAL** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 22-25, junho.2020.

O ponto é: Resta em aberto pela jurisprudência dos tribunais superiores qual o o entendimento a ser dotado. Até o presente momento, ficou evidente a urgência de se unificar um entendimento a fim de garantia da segurança jurídica.



### CAPÍTULO III – ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA INTERNA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E PERSPECTIVAS SOBRE O FUTURO DA QUESTÃO

#### PARTE I – BREVES CONSIDERAÇÕES

Parece, de fato, indubitável que o Acordo de Não Persecução Penal é norma dotada de natureza híbrida, de modo que possui não apenas a aptidão, mas, por força do mandamento constitucional, deve retroagir. Ao se pensar no instituto, até o presente momento de edição desse trabalho, trata-se de uma novidade. Ocorre que o ANPP está presente desde janeiro de 2020. Em se tratando da sua abrangência e amplitude, não se pode discutir que teve tempo até demais para reger diversas relações e situações jurídicas. Apesar de novo, já não é tão novo assim, se pensarmos no número de situações em que potencialmente poderia ter sido aplicado.

Ocorre que as dúvidas continuam a envolver o instituto. Nesse ponto, boa doutrina entende que retroage para ações em curso e, em alguns tribunais locais também se entende possível que assim o seja, a exemplo do TRF 4, valendo citar a apelação criminal 5005673—56.2018.4.04.7000, em que, sob o fundamento de se tratar de norma mista, comparada à transação penal, os desembargadores entenderam pela retroatividade. De todo modo, embora perceba-se essa movimentação ou tendência na doutrina e nos julgados locais, é preciso que os tribunais superiores uniformizem a questão. Novamente, cabe remeter ao ponto de partida deste trabalho: Trata-se de um instituto complexo, amplo e aberto, que sem dúvidas pode ser um grande benefício ao acusado, pertencente a um ramo que tutela bens caríssimos ao cidadão. Justamente por isso, a fim de conferir segurança jurídica e de prevenir danos injustos e irreparáveis, é preciso, de uma vez por todas, que o entendimento a respeito de sua aplicabilidade seja pacificado.

Ao tempo da edição desse trabalho, todavia, apenas o STJ cuidou do assunto e, vale de dizer, de forma ainda inconclusiva. Existe divergência entre as duas turmas criminais, de modo que parecem entender que o instituo é norma híbrida dotada de retroatividade, mas não

se chegou ao consenso de até que momento processual é possível a propositura retroativa do Acordo de Não Persecução Penal.

PARTE II – O ENTENDIMENTO SOBRE A APLICABILIDADE DO ANPP PELA 5<sup>a</sup>  
TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Aponta-se, não obstante o potencial de aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal e a não uniformização da questão, é surpreendente a escassez de julgados do STJ, sendo fundamental destacar que a questão ainda não chegou ao STF. De todo modo, a quinta turma do tribunal de superposição que dá a última palavra em matéria de Lei Federal entende pela atividade retroativa do ANPP. Nos julgados, essa turma não demonstra maiores preocupações no tocante ao fundamento por trás dessa possibilidade. A turma menciona, nos julgados que serão apresentados a questão da hibridez normativa, demonstrando maior preocupação, sobretudo em virtude das particularidades do caso concreto em que a questão foi suscitada, maior preocupação com o momento processual limite até o qual o art. 28-A do Código de Processo Penal pode retroagir para beneficiar o indivíduo.

A turma entende que o ANPP pode retroagir para contemplar o investigado até o momento do oferecimento da denúncia. Cuida-se de uma interpretação mais restritiva. A turma parece ter reconhecido a hibridez normativa, não sendo possível suscitar impossibilidade de retroagir, mas a atividade retroativa da norma ficou restrita apenas às hipóteses em que o suposto delito foi cometido e a denúncia ainda não foi oferecida. Em suma: Aqueles que são investigados por terem supostamente cometido algum delito antes da entrada em vigência do Pacote Anticrime, em hipótese de não arquivamento do Inquérito Policial, se atenderem às demais condições do novo art. 28-A do CPP, serão contemplados pelo oferecimento do acordo pelo Ministério Público.

O órgão da corte superior definitivamente entende o instituto como norma híbrida e mais benéfica, mas a limitação ao momento de sua aplicabilidade retroativa esbarrou na letra do artigo, que é outra questão controversa. Como será visto, a sexta turma do STJ não entende pela mesma restrição, o que torna possível dizer que embora o art. 28-A do CPP diga, logo de início, “Não sendo caso de arquivamento”, não é engessada a noção de que só pode ser proposto no intervalo situado após o fim da fase investigativa na esfera administrativa e o oferecimento da denúncia que pretende iniciar a fase acusatória processual. De todo modo, a Quinta Turma do STJ entende que o intervalo de aplicabilidade é tão assim limitado e específico.

O Ministro da corte superior, relator no EDcl no AgRg no AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.635.787 – SP, Reynaldo Soares da Fonseca, cujo voto foi acompanhado pelos ministros Ribeiro Dantas, Joel Ilan Paciornik e Jorge Mussi, reconhece o comparativo entre o ANPP e outras formas de justiça consensual (referenciando, em sua fundamentação, a transação penal da lei 9.099/95), reconhece o teor híbrido da norma, reconhece que parte da doutrina entende que o acordo deve ser aplicadas a todas as ações, já em curso, até a prolação da sentença (referencia o posicionamento do professor Aury Lopes Junior), mas destaca, em sua conclusão que, adotar o entendimento ampliativo seria perigoso à segurança jurídica e a ordem jurídica, pois abriria espaço, até mesmo, sob essa ótica, para rever processos transitados em julgado. Assim, o ministro relator rejeitou os Embargos de declaração, pois entende que o dispositivo só pode ser aplicado até o oferecimento da denúncia.

Dispôs o Relator em seu voto<sup>25</sup>:

No presente caso, o acórdão recorrido afastou a possibilidade de realização de Acordo de não Persecução Penal por ser a pena mínima imposta ao crime de tráfico de entorpecentes superior a quatro anos. De fato, segundo o § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto. Ocorre que, para serem consideradas as causas de aumento e diminuição, com a finalidade de aplicação do referido benefício, essas devem estar descritas na denúncia, que, no presente caso, incorreu, não sendo possível considerar, no cálculo da pena mínima cominada ao crime imputado ao acusado, a causa de diminuição reconhecida apenas quando do julgamento do recurso especial. No caso do delito de tráfico, far-se-á necessário o curso da ação penal, em regra, para aferir os requisitos previstos no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, o que obsta a aplicação do benefício, que decorre, inclusive do tratamento constitucional e da lei que são rigorosos na repressão contra o tráfico de drogas, crime grave, que assola o país, merecendo um maior rigor estatal. Ademais, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, 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

(...)

Assim, mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, cuja causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei de drogas fora reconhecida neste STJ, com a manutenção da condenação. Com essas considerações, rejeito os embargos de declaração. É como voto.

<sup>25</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020

Ainda na quinta turma do STJ, o ministro Felix Fischer, relator no PET no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1668089 – SP, ausente no julgamento anterior citado anteriormente, adotou o mesmo entendimento.

Para o Ministro Felix Fischer<sup>26</sup>:

Não bastasse isso, diviso que, in casu, a denúncia foi recebida em data de 11/11/2014 (fls. 114-115), muita antes, portanto, da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, que foi publicada em 24/12/2019, com entrada em vigor após o lapso temporal de 30 (trinta) dias. A sentença condenatória, por seu turno, foi publicada em 28/11/2017 (fl. 297). Por fim, tem-se que o acórdão que negou provimento ao recurso de apelação criminal foi publicado em data de 10/10/2019 (fl. 373). Como bem pontuado pelo d. representante ministerial, em sua manifestação: "[...] resta claro que se mostra incompatível com o propósito do instituto do acordo de não persecução penal (ANPP) a aplicação desse benefício quando já recebida a denúncia e mais ainda quando já encerrada a prestação jurisdicional na instância ordinária, com a condenação do acusado, sendo esse exatamente o caso dos autos, em que o processo já se encontra nesse STJ. Realmente, no caso dos autos, a denúncia foi recebida 14.11.2014 (fls. 114/115 e-STJ), portanto, muito antes do início da vigência da Lei nº 13.964/2019, com sentença condenatória publicada em 28.11.2017 (fls. 298 e- STJ) e acórdão confirmatório publicado em 10.10.2019 (fls. 373 e-STJ). A propósito, a título de reforçar o entendimento acima exposto, vale dizer que o Conselho Nacional dos Procuradores- Gerais, por meio de uma Comissão Especial – GNCCRIM, formulou vários enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019), dos quais o Enunciado nº 20 trata da retroatividade do artigo 28-A da referida Lei, nos seguintes termos: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.” (grifamos). Assim é que, sob todos os vieses analisados, vê-se que não há como ser acolhido o pedido de sobrestamento e remessa dos autos ao Juízo de primeiro grau para a análise da possibilidade de acordo de não persecução penal – ANPP, na forma da Lei nº 13.964/19, no caso, uma vez que o feito já se encontra em fase recursal, com condenação do ora requerente pelos crimes de dano, lesão corporal e desacato.” (fls. 531-536, grifos no original) Verifica-se, portanto, que, ao contrário do que alegado pela combativa Defesa, não merece acolhimento o pleito formulado na presente petição, pois, para além de não preenchidos os requisitos legais, extrai-se da manifestação ministerial que o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, manifestando-se pela Comissão Especial denominada GNCCRIM, editou em o enunciado n. 20, que dispõe, 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." Pelo exposto, acolho o parecer ministerial e indefiro a presente petição.

---

<sup>26</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1668089 - SP (2020/0041787-8), decisão monocrática Min. Felix Felix Fischer, julgado em 25/06/2020

PARTE III – O ENTENDIMENTO SOBRE A APLICABILIDADE DO ANPP PELA 6ª  
TURMA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Vale mencionar que no julgamento da Quinta turma, de relatoria do ministro Felix Fischer, o julgador, em seu voto acolheu o parecer ministerial e assitiu-lhe razão, ao suscitar que não seria possível a propositura do ANPP naquele momento procedimental. Vale abrir parêntese para ressaltar que esse entendimento não é pacífico dentro do próprio Ministério Público. O Ministério Público do Estado de Goiás, por exemplo, na orientação conjunta nº 01/2020 - PGJ/CAOCrim aponta a possibilidade de propositura do ANPP após oferecimento da denúncia<sup>27</sup>.

Posição semelhante é adotada pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que entende pela retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal, que pode ser proposto mesmo após o oferecimento da denúncia, tendo como marco final o trânsito em julgado. Trata-se de uma interpretação muito mais larga do que a da quinta turma. Vale lembrar, inclusive, que um dos fundamentos da quinta turma para sua aplicação mais restrita é justamente fundada no risco de desordem que visualiza em uma interpretação mais expansiva. Fato é que está instaurada uma divergência frontal entre as duas turmas, não tendo havido até o momento qualquer manifestação pelo órgão da terceira seção.

O Ministro Nefi Cordeiro, relator no AgRg no HC nº 575.395-RN, teceu considerações mais breves, de modo apenas a reconhecer a natureza híbrida do ANPP, sua condição de norma mais benéfica, sua retroatividade e, vale destacar o diferencial em relação aos ministros da quinta turma, a possibilidade de incidência em processos não transitados em julgado. O ministro, em seu voto, não fez alusão há qualquer marco temporal ou procedimental, diverso do trânsito em julgado, como limitação de incidência da atividade retroativa do ANPP.

No voto do Ministro Nefi Cordeiro<sup>28</sup>:

---

<sup>27</sup>Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) após o recebimento da denúncia e o STJ. 30, jan,2020.

Disponível em [http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/09-set/paginas/cao\\_criminal/pdfs/pdf2.pdf](http://www.mpggo.mp.br/boletimdompggo/2020/09-set/paginas/cao_criminal/pdfs/pdf2.pdf). Acesso em 1, out. 2020

<sup>28</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AgRg no HC 575395 RN 2020/0093131-0. Rel. Ministro FELIX FISCHER, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020

6. A norma supratranscrita, de natureza jurídica mista (processual/material), deve retroagir em benefício do Paciente, em obséquio ao preceito condito no inciso XL do art. 5º da Constituição Federal, notadamente porque, ao conceder ao condenado a viabilidade de iniciar o cumprimento de pena em regime mais brando, atinge de forma menos severa seu direito de ir e vir. 7. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida, para fim de, confirmando a liminar, estabelecer o regime semiaberto como regime inicial de cumprimento de pena e, dada a ausência de trânsito em julgado, determinar o retorno dos autos à Corte de origem para que examine, com base no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, se o tempo de prisão cautelar do Paciente permite, na hipótese, a fixação imediata do regime aberto.

Instaurada a divergência no tribunal superior, que deveria, diante da dúvida, uniformizar o entendimento sobre a aplicabilidade do ANPP, a questão será analisada pelo Supremo Tribunal Federal. Chegou ao STF o HC 185.913, em que o paciente é acusado de tráfico de drogas. O referido caso trata, também, da aplicabilidade retroativa do Acordo de Não Persecução Penal e, diante da divergência no STJ, o ministro Gilmar Mendes, do STF, decidiu submeter essa questão ao plenário. Ao tempo desse trabalho, a questão ainda não foi julgada pelo órgão mais amplo da corte suprema.

Assim, projeta o Portal Conjur<sup>29</sup>:

O ministro então assentou que as principais questões a serem definidas sobre o tema são: a) O ANPP 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 ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo? O ministro considerou ainda que o debate pode gerar um número expressivo de processos e com "a potencial divergência jurisprudencial sobre questão de tal magnitude, impõe-se a manifestação plenária deste Tribunal" para assegurar a segurança jurídica e a previsibilidade processual.

---

<sup>29</sup> VALENTE, Fernanda. Aplicação retroativa do acordo de não persecução será julgada em Plenário. **Revista Consultor Jurídico**, 24 set., 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/retroatividade-acordo-nao-persecucao-julgada-plenario>. Acesso em 5 out. 2020.

## CONCLUSÃO

Fica claro, a partir das considerações traçadas, que o Acordo de Não Persecução penal, que teve origem em resolução do CNMP e, apenas posteriormente, foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) é um importante instrumento de justiça consensual. O novo art. 28-A do Código de Processo Penal certamente deve ser objeto de críticas: Se antes do Pacote Anticrime a sua constitucionalidade era questionada sob o aspecto formal, após a inserção no sistema processual penal pelo devido processo legislativo, as críticas se dão pela questão material: A exigência de confissão do acusado pode lhe causar muitos prejuízos, dentro e fora da esfera jurisdicional. A questão já é enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal que analisará a questão à luz da Constituição.

De todo modo, apesar de flertar com o sistema do *Plea Bargaining*, ressalvada essa crítica (que apenas é deixada em segundo plano no aguardo da resolução do STF e de maiores considerações da doutrina, mas não deve ser esquecida), o Acordo de Não Persecução Penal é sem dúvida alguma uma importante ferramenta do processo penal. Além de conferir garantias ao investigado e se mostrar uma importantíssima estratégia de defesa, o instituto manifesta ideais de Justiça Restaurativas, que contrastam com toda a lógica punitivista e recrudescedora do conjunto normativo do Pacote Anticrime.

O instituto tem caráter desprocessualizante, o que contribui, em consequência, para alguma perspectiva, ainda que muito tímida, de progresso na problemática da superlotação prisional. É um instituto complexo e amplo, mas que busca alinhar seus requisitos e hipóteses de cabimento de modo a procurar reservar o cárcere aos delitos mais extremos e mais reprováveis. Sabe-se que o Brasil caminha em passos curtíssimos na tratativa da questão prisional, na tratativa do indivíduo em conflito com a lei. Mais parece que busca atender o clamor, a pressa e a urgência popular por uma resposta, e apenas joga a poeira para baixo do tapete. Essa poeira simples e inexoravelmente apenas ficará acumulada. De todo modo, nesse cenário, é louvável que o Acordo de Não Persecução Penal venha para trazer novas perspectivas. É lamentável apenas que o Juiz das Garantias, até o momento, não tenha tido a mesma sorte.

É verdade que o Acordo de Não Persecução Penal não é novidade em se tratando de justiça consensual no Brasil, mas suas particularidades geraram muitas dúvidas de aplicabilidade. Bem como a transação penal, uma das pioneiras na questão, a conclusão é que



é norma mais benéfica e deve retroagir. A doutrina e a jurisprudência sinalizam, cada vez mais, movimento no sentido de uniformizar o entendimento de que o ANPP possui natureza híbrida e, portanto, eficácia retroativa. O que resta em aberto é a delimitação de sua incidência retroativa. Como visto, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça entende pela restrição ao marco procedimental a momento anterior ao oferecimento da denúncia, ao passo que a Sexta Turma da mesma Corte Superior entende que é possível incidir sobre as ações em curso, delimitando o trânsito em julgado como limite. A divergência existe, também, dentro do próprio Ministério Público. Em vistas, o STF tratará, em plenário, da questão.

O que se tem é que trata de norma híbrida e mais benéfica, que deve retroagir. Embora esse entendimento pareça próximo de se consolidar, o Supremo Tribunal Federal também pretende analisá-lo, parecendo ser possível arriscar que, até esse ponto, a suprema corte respaldará o entendimento. Resta saber se os onze ministros guardiões da Constituição conferirão interpretação mais restritiva, tal como fez a Quinta turma do STJ ou interpretação mais ampliativa, tal como fez a sexta turma. A diferença prática entre essas duas posições é abissal. Justamente por isso, e remete-se uma vez mais ao ponto de partida, é urgente que a questão seja uniformizada.

O Direito Processual Penal tutela a liberdade, que é bem caríssimo ao cidadão. Não se pode admitir tanta insegurança jurídica e falta de isonomia. Não se pode admitir que tribunais locais decidam de formas diferentes essa mesma questão, tão intimamente ligada a direitos e garantias fundamentais ao cidadão. Não é admissível que em determinado Estado, sob as mesmas circunstâncias, o *parquet* entenda cabível a propositura do acordo, enquanto, em um outro Estado, o órgão ministerial não admite. Não é admissível que o Tribunal de Justiça de um terceiro Estado entenda apenas pela retroatividade do ANPP até o trânsito em julgado, enquanto o tribunal agora de um quarto Estado entende pela retroatividade apenas nos casos em que ainda não foi oferecida denúncia. Não se pode viver sob tamanha insegurança jurídica processual penal. Não se pode permanecer sob o breu da incerteza do judiciário e do próprio Ministério Público acerca da aplicabilidade de um instituto tão importante, que pode fazer a maior das diferenças na vida do investigado. Sabe-se que o cárcere não ressocializa, mas, ao contrário, deprava. Portanto, ir ou não ao cárcere, por mais óbvio que possa parecer, pode ser determinante na vida de um cidadão, como um divisor de águas entre as consequências decorrentes da Justiça Restaurativa e do punitivismo.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

**Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) após o recebimento da denúncia e o STJ.** 30, jan,2020. Disponível em [http://www.mpgp.mp.br/boletimdompgp/2020/09-set/paginas/cao\\_criminal/pdfs/pdf2.pdf](http://www.mpgp.mp.br/boletimdompgp/2020/09-set/paginas/cao_criminal/pdfs/pdf2.pdf). Acesso em 1, out. 2020

BRASIL. **Constituição (1988).** Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm) Acesso em: 8 out. 2020.

### **BRASIL. DECRETO LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941**

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATURA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AgRg no HC 575395 RN 2020/0093131-0. Rel. Ministro FELIX FISCHER, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. PET no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1668089 - SP (2020/0041787-8), decisão monocrática Min. Felix Felix Fischer, julgado em 25/06/2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processual Penal. petição inicial da Ação Direta de Inconstitucionalidade. Garantias. Do Juiz. Investigaçao Penal ADI nº 6304 . Relator Min. Luiz Fux. Brasília, DF, 15 de janeiro de 2020. p. 25-26, mar. 1998.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. PECULIARIDADE DO CASO. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEDE DE RECURSO

ESPECIAL. EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1635787/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2020, DJe 13/08/2020

Carneiro, Lucas. Chacon, Thiago. Acordo de não persecução penal. Gazeta de Alagoas, Maceió, 15 nov 2017. Disponível em <http://gazetaweb.globo.com/gazetadealagoas/noticia.php?c=315294>. Acesso em 26 set 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 8 ed. Salvador:2020, Editora Juspodivm

Dados sobre população carcerária do Brasil são atualizados: Nova ferramenta de visualização dos dados penitenciários vai possibilitar comparar informações de diferentes anos e categorias. **Gov.br**. 17 fev. 2020. Disponível em <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2020/02/dados-sobre-populacao-carceraria-do-brasil-sao-atualizados> . Acesso em 26 set 2020.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL “Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.” **apresentacao sobre acordos de nao persecucao penal-anpp**. 30, jan,2020. Disponível em [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020\\_.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf). Acesso em 26, set. 2020

Garcia, Emerson. O acordo de não-persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. **Direito em Debate. CONAMP**. 9 de Setembro de 2017

GODOY, Guilherme Augusto Souza. MACHADO, Amanda Castro. DELMANTO, Fábio Machado de Almeida. **A JUSTIÇA RESTAURATIVA E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 330, p. 4-7, maio.2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal: volume único**. 8 ed. Salvador: 2020, Editora Juspodivm

LOPES JUNIOR, AURY. Adoção do *plea bargaining* no projeto "anticrime": remédio ou veneno?

. **Revista Consultor Jurídico**, 22 fev.;. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em 26 set. 2020.

Lopes Júnior, Aury. **Direito processual penal**. 17 ed. São Paulo: 2020, Saraiva Educação

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO: UM NOVO COMEÇO DE ERA (?)**. Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 9-12, junho.2020.

MARQUES, Murilo Medeiros. Os perigos da plea bargain no Brasil. **Canal Ciências Criminais**, 31 out. 2016. Disponível em <https://canalcienciascriminais.com.br/plea-bargain/>. Acesso em 26 set. 2020.

MICHELOTTO, Mariana N. Oliveira, Marlus H. Arns. Acordo de não persecução penal. **Migalhas**, Rio de Janeiro, 23 jan. 2020. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/depeso/318761/acordo-de-nao-persecucao-penal> . Acesso em 26 set. 2020.

Nascimento, Francélio da Silva Nascimento. **A SUPERLOTAÇÃO E A CRISE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO**. 2020. 12f. Artigo (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio Grande do Norte (URFN), Rio Grande do Norte. 2020.

NETO, Pedro Faraco. LOPES, Vinícius Basso. **ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – A RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MISTA E A POSSIBILIDADE DOS ACORDOS APÓS A INSTRUÇÃO PROCESSUAL** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 22-25, junho.2020.

Pinho, Cláudia Bastos de Pinho. Sales, José Edvaldo Pereira Sales. **“LEI ANTICRIME”:** **UMA LEITURA POSSÍVEL A PARTIR DO GARANTISMO JURÍDICO-PENAL.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 4-6, junho.2020.

SÁ, Antonio Maracruz de. Haug, Marianna. **O “PACOTE ANTICRIME” E O RECRUDESCIMENTO PUNITIVO PARA OS JÁ PENALIZADOS: UMA ANÁLISE SOBRE A REINCIDÊNCIA E A HABITUALIDADE CRIMINOSA.** Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, v. 331, p. 12-14, junho.2020.

SOUZA. Renee do Ó. A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública. **Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.** Rio de Janeiro. nº 74, p. 167-191. out./dez. 2019

VALENTE, Fernanda . Aplicação retroativa do acordo de não persecução será julgada em Plenário. **Revista Consultor Jurídico**, 24 set;. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/retroatividade-acordo-nao-persecucao-julgada-plenario>. Acesso em 5 out. 2020.

VIANA, Gabriel Vasco Santana. Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal. **Boletim científico ESMPU.** Brasília, a. 18 – n. 54, p. 347-382.jul./dez. 2019.