

ESCOLA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO

GABRIEL BELTRÃO ESCOBAR

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA (IN)APLICABILIDADE
RETROATIVA A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DO ADVENTO DA LEI N.º
13.964/2019, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Porto Alegre
2021

GRADUAÇÃO



Pontifícia Universidade Católica
do Rio Grande do Sul

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SUA (IN)APLICABILIDADE RETROATIVA A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DO ADVENTO DA LEI N.º 13.964/2019, SEGUNDO O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES

Gabriel Beltrão Escobar*

RESUMO

O presente artigo versa sobre o acordo de não persecução penal, instrumento de negociação pactuado entre o Ministério Público e a pessoa investigada de cometer delitos. Esse instituto de justiça penal negociada ganhou previsão legal no art. 28-A do Código de Processo Penal, com o advento da Lei n.º 13.964/2019. Sua recente implantação no ordenamento jurídico pátrio tem levantado uma série de questionamentos, como a possibilidade de retroação da lei que o instituiu para alcançar processos que já se encontravam em andamento. A partir dessa dúvida, buscou-se analisar o cenário em que inserido o acordo de não persecução penal, bem como suas características mais marcantes. Ainda, averiguou-se o entendimento da doutrina acerca da retroatividade penal benéfica e o posicionamento dos Tribunais Superiores quanto à aplicação retroativa do art. 28-A do Diploma Processual Penal. Foi constatado que a retroatividade do acordo de não persecução penal vem sendo admitida de forma limitada pelas Cortes Extraordinárias. Recursos com revisões bibliográficas e pesquisas jurisprudenciais foram utilizados para o desenvolvimento do ensaio, com base nos métodos dedutivo e dialético.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Retroatividade Penal Benéfica. Lei n.º 13.964/2019. Justiça Negociada.

Abstract: The current article discusses the “criminal non-persecution agreement”, an instrument of negotiation between the Public Ministry and the person being investigated of committing crimes. This institute of negotiated criminal justice gained legal forecast in art. 28-A of the Criminal Process Code, with the enactment of 13.694/2019 Law. Its recent appearance in the Brazilian legal code has been raising a series of questions, such as the possibility of the retroaction of the law that has introduced the agreement, so it could be possible to do it on cases that are already in progress. From this main question, it was analyzed the scenery in which the criminal non-persecution agreement is inserted, as well as its most singular features. Also, the doctrine understanding of the retroactivity of beneficial criminal law was verified, as well as the Superior Courts position on the applicability of the retroactivity of art. 28-A of the Criminal Process Code. It was concluded that the retroactivity of the criminal non-persecution agreement has been being admitted in a limited form by the Extraordinary Courts. Pleas with bibliographical revisions e jurisprudence research were used based on the deductive and dialectical methods.

Keywords: Criminal Non-Persectution Agreement. Beneficial Criminal Retroactivity. 13.964/2019 Law. Negotiated Justice.

* Graduando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. *E-mail:* Gabriel.Escobar@edu.pucrs.br. Orientado por Marcos Eduardo Faes Eberhardt, Doutorando e Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS, Especialista em Ciências Penais pela PUCRS, Professor da Escola de Direito e da Especialização em Direito Penal Empresarial da PUCRS. *E-mail:* marcos.eberhardt@pucrs.br.

1 INTRODUÇÃO

No apagar das luzes do ano de 2019, a Lei Federal n.º 13.964 foi publicada, trazendo consigo alterações de peso na legislação penal e processual penal. Uma delas foi a criação do art. 28-A do Código de Processo Penal, dedicado a regular o acordo de não persecução penal.

Esse instituto, *grosso modo*, consiste num mecanismo de negociação entre o Ministério Público, prestes a oferecer a denúncia, e o investigado, na iminência de ser denunciado. A fim de evitar sofrer um processo-crime, o sujeito passivo da persecução, acompanhado de seu advogado, aceita cumprir condições de caráter alternativo à pena privativa de liberdade; já o Promotor de Justiça, como contraprestação, deixa de oferecer a ação penal pública. Nesse ambiente é reservada ao juiz a função de homologar o acordo, se atendidas as exigências da lei.

Por novidade que é, o acordo de não persecução penal fez emergir muitas dúvidas, pelo que se tornou objeto de discussão tanto da doutrina quanto da jurisprudência. Uma das discussões travadas diz respeito à possibilidade de aplicação retroativa do acordo, ou seja, se ele alcançaria processos instaurados anteriormente à lei que o instituiu, a qual ganhara vigência em 23 de janeiro de 2020.

Como a aplicação retroativa desse mecanismo de justiça negociada foi alvo de dissídio jurisprudencial, surge um questionamento ainda mais específico: como os Tribunais Superiores têm se posicionado acerca da aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal? Diante dessa pergunta, o principal objetivo da presente pesquisa não poderia ser outro senão o de tentar respondê-la.

Consoante se explicitará melhor adiante, a questão da (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal foi remetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal, onde aguarda apreciação.

Nesse contexto, o presente ensaio ganha relevância, não apenas por tratar de um ponto de divergência jurisprudencial afeito à interpretação constitucional, mas também, e principalmente, porque almeja contribuir para uma discussão técnico-jurídica que envolve milhares de processos criminais de todo o país, que podem ser diretamente afetados conforme o que ficar decidido pelos Tribunais Extraordinários.

Antes de adentrar ao ponto nevrálgico que esse trabalho se propõe a enfrentar, foi consultada a doutrina para analisar três assuntos mercedores de atenção, sem a intenção de exauri-los.

Primeiro, analisou-se a conjuntura na qual o acordo de não persecução penal foi inserido, ressaltando as diferenças desse instituto para com outras figuras de justiça negociada do direito brasileiro e até do *plea bargaining*, de origem estadunidense. Depois, discorreu-se sobre o conceito do acordo de não persecução penal, seus requisitos e condições, bem assim algumas de suas características sobressalentes. Num terceiro momento, voltando-se para o direito intertemporal, viu-se os apontamentos da literatura a respeito da retroatividade das normas penais materiais, processuais penais e mistas, e sua relação com o acordo de não persecução penal.

Superadas tais etapas, averiguou-se, enfim, o entendimento dos Tribunais Superiores quanto à aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, isto a processos em curso quando do advento da Lei n.º 13.964/2019. Para tanto, foi feita uma pesquisa jurisprudencial nos endereços eletrônicos do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, selecionando um julgado de cada Turma responsável por analisar a matéria.

A seleção de jurisprudência foi baseada num critério de temporalidade,

elegendo-se o aresto mais recente, até o fechamento do ensaio, da Quinta e da Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça e da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Como não foram encontrados acórdãos da Segunda Turma da Corte Constitucional sobre a aplicação retroativa do acordo, pesquisou-se por decisões monocráticas dos magistrados que a compõem, pelo que foram localizados pronunciamentos meritórios somente dos Ministros Nunes Marques e Cármen Lúcia acerca do tema, os quais também foram mencionados.

2 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CONJUNTURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como resposta estatal à infração penal, relativamente novo em nosso ordenamento jurídico é o modelo de justiça negociada, no qual a pessoa que é alvo da persecução penal, depois de investigada, ajusta com o órgão de acusação tratativas como a espécie de pena, sua quantidade e a forma de cumprimento que aceita se submeter, sem embargo à renúncia a bens, reparação de danos¹ etc.

Essa guinada a que o sistema jurídico brasileiro passa, de alargar a via do “consenso” para a resolução de conflitos criminais, recebe forte influência dos Estados Unidos da América, cuja supremacia econômica reflete na influência de cultura, inclusive jurídica, mundo afora.² A justiça estadunidense não é somente a que lidera no quesito encarceramento:³ mais de 90% dos casos, nos Estados Unidos, são resolvidos mediante acordo, com aplicação de pena sem que haja um julgamento a impondo.⁴

Não se pode negar que o modelo adversarial lá adotado torna o solo norte-americano fértil para a produção de negócios criminais, uma vez que as partes são protagonistas do entrave, sendo reservado ao juiz uma posição mais passiva, de

¹ SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu Site Jurídico – Editora Juspodivm**, 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

² “O sistema jurídico norte-americano se tornou o mais influente sistema no mundo e, como consequência, um número considerável de sistemas jurídicos acabou por se assemelhar ou imitar o americano ou se tornaram, então, americanizados.” LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *Plea Bargaining* e a tese da americanização do Processo Penal. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [Belo Horizonte], v. 2, n. 3, p. 20, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38>>. Acesso em: 21 jun. 2021

³ Segundo o World Prison Brief, levantamento mundial sobre dados prisionais realizado pelo Institute for Crime & Justice Research e pela Birkbeck University of London, com base em dados fornecidos em 2018, a população carcerária dos Estados Unidos é a maior do mundo, contando com aproximadamente 2,1 milhões de presos. Logo atrás vem a China, com 1,7 milhão de encarcerados. O Brasil ocupa a terceira posição, com mais de 700 mil presos. **DADOS DO WOLRD PRISON BRIEF. Woldr Prison Brief**. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁴ No sistema norte-americano, a porcentagem dos casos penais que acabam em acordo, segundo João Ozorio de Melo, depende da fonte de informação e do entusiasmo dos defensores do sistema. “Uns dizem que 90%, outros que 95%, e outros que 98% dos casos são encerrados com o acordo. Por outro viés, diz-se que apenas 10% ou 5% ou 2% dos casos criminais vão a julgamento nos EUA. A proporção 95%/5% é a mais popular.” MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

espectador.⁵ Diferentemente ocorre no sistema jurídico brasileiro, historicamente estruturado sob o modelo inquisitório,⁶ em que a separação entre Estado-juíz e Estado-acusação, na prática, é claudicante, possibilitando uma gestão da prova por parte do magistrado, que exerce uma postura mais ativa.⁷

Não obstante essa estrutura inquisitória, os acordos na seara penal vêm sendo implementados no Brasil desde os anos 1990, com o advento da Lei n.º 9.099/1995 e dos institutos da transação penal (art. 76) e da suspensão condicional do processo (art. 89). A justificativa para a implementação desses mecanismos de justiça consensual perpassava por apresentar alternativas céleres e econômicas, na resolução das infrações penais menos graves, ao moroso e sobrecarregado sistema de justiça criminal do país.⁸

Outra figura implementada no ordenamento jurídico pátrio mas com raízes na justiça negocial é a colaboração premiada, regulamentada em 2013 pela Lei n.º 12.850. Diversamente dos acordos penais trazidos pela Lei n.º 9.099/1995 que, uma vez cumpridos, impedem o prosseguimento de ação penal e extinguem a punibilidade do aceitante, “a colaboração mantém a necessidade de um processo criminal, o que se explica por sua finalidade probatória”.⁹ Nesta, o meio de prova parte da confissão do acusado, que delata a estrutura e o *modus operandi* da organização criminosa de

⁵ “Por sua vez, o sistema adversarial é o modelo que se caracteriza pela predominância das partes na determinação da marcha do processo e na produção das provas. O processo acaba se transformando em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida pela atividade probatória das partes. No *inquisitorial system*, ao revés, as mencionadas atividades recaem de preferência sobre o juiz.” DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of criminal procedure: A Comparative Study. **University of Pennsylvania Law Review**. Filadélfia, n. 121, pp. 1972-1973, p. 555.

⁶ Sobre o tema, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho leciona que embora todos os sistemas processuais penais da atualidade sejam mistos, carregam em si um único princípio fundante, inquisitivo ou dispositivo. O sistema processual penal brasileiro é fundamentalmente inquisitório, pois, ainda que agregue elementos típicos do sistema acusatório, mantém uma sobreposição de funções do órgão jurisdicional e do órgão de acusação, característica intrínseca ao princípio inquisitivo que funda o modelo inquisitório. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 111, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁷ A Exemplo disso, colaciona-se o art. 156 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei n.º 11.690/2008: Art. 156 - A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

⁸ Tanto é assim que a Exposição de Motivos da Lei n.º 9.099/1995 prevê como princípios gerais das pequenas causas penais a oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <[https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-,LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995,Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%2C%20no%20art.&text=22%2C%201%2C%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal\),seus%20efeitos%20no%20campo%20penal](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-,LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995,Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs.&text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%2C%20no%20art.&text=22%2C%201%2C%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal),seus%20efeitos%20no%20campo%20penal)>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁹ MARTINELLI, João Paulo Orsini; DA SILVA, Luís Felipe Sene. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 59.

que participa, bem como a identificação dos demais integrantes, isto em troca de abrandamento de pena ou até mesmo perdão judicial.

Como dito, os instrumentos de consenso trazidos pela Lei n.º 9.099/1995 são dedicados a infrações penais de menor gravidade: enquanto a transação penal é aplicável a contravenções e crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, a suspensão condicional do processo pode ser celebrada nos casos em que a pena mínima cominada à infração seja igual ou inferior a um ano. Já a colaboração premiada tem seu uso voltado ao tratamento de crimes praticados por organizações criminosas. Faltava, portanto, um mecanismo de negociação que abarcasse principalmente os delitos de média gravidade, de sorte a reservar a “jurisdição penal contenciosa” às condutas de maior desvalor social.

É nesse contexto e antecedida por tais medidas de justiça consensual¹⁰ que surge, no ano de 2017, a figura do acordo de não persecução penal, instituído, a princípio, pelo art. 18 da Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, atualmente com redação dada pela Resolução 183/2018 do mesmo órgão. Com texto semelhante ao do regulamento ministerial, o acordo de não persecução penal só ganhou previsão legal com a publicação da Lei n.º 13.964, de 24 de dezembro de 2019, responsável por acrescentar ao Código de Processo Penal o art. 28-A¹¹ – o qual trata do instituto.

¹⁰ Não se olvidando, ainda, a existência de outros mecanismos de não denúncia, como a composição dos danos civis, regulada pela Lei 9.099/1995; o acordo de leniência, disposto na Lei n.º 12.529/2011; o parcelamento de débito tributário, previsto na Lei n.º 9.430/1996; e, ainda, para alguns doutrinadores, o termo de ajustamento de conduta na seara ambiental – todos precedentes ao acordo de não persecução penal.

¹¹ 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

Releva notar que o acordo de não persecução admitido pela Lei n.º 13.964/2019 não se confunde com o acordo penal que seria instituído pelo (não positivado) art. 395-A no Código de Processo Penal, objeto do Projeto de Lei n.º 882/2019 da Câmaras de Deputados, de autoria do Poder Executivo.¹²

Nessa propositura legislativa, conhecida como Projeto Anticrime,¹³ e encabeçada pelo Ex-Ministro da Justiça e Segurança Pública Sergio Moro, buscava-se instituir não apenas o acordo de não persecução penal, com a criação do art. 28-A do Diploma Processual Penal, mas também importar ao sistema jurídico-penal brasileiro, através da inserção do art. 395-A no mesmo Estatuto Legal, o instituto estadunidense do *plea bargaining*.

Assim como se dá no direito norte-americano, acaso a proposta de iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública fosse aprovada em sua redação original, ter-se-ia de lidar com uma figura de negociação de pena quase que irrestrita, considerada sentença condenatória após homologação judicial (§ 8º), com assunção de culpa e a possibilidade de negociação de pena privativa de liberdade (§1º, II), inclusive em regime fechado (§ 10). Tais características, consoante se verá, não são compartilhadas pelo acordo de não persecução, razão pela qual é impossível igualá-lo ao *plea bargaining*.¹⁴

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.

¹² BRASIL. **Projeto de Lei nº 882, de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal [...]. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ndusqlcjj7rdj9ekaeel7tcf20752788.node0?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹³ O próprio título do projeto demonstra que veio para satisfazer anseios populistas. Como bem levantado por Lenio Streck: “Anticrime”. Pergunto: alguém, afinal, é a favor do crime? Que projeto legislativo não é “anticrime”? Mas, enfim, eis o nome da coisa. STRECK, Lenio Luiz. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

¹⁴ Acerca da confusão que se faz entre os institutos, Mauro Guilherme Messias dos Santos aduz: Embora frequentemente confundido com a sistemática do *plea bargaining* norte-americano, o acordo de não persecução penal não possui coercitividade e representa espécie – a sétima – de acordo de não denúncia, motivo pelo qual não versa sobre penas, e sim, condições livremente pactuadas entre os acordantes. O acordo não modifica a estrutura do processo penal brasileiro, apenas oferece uma oportunidade extrajudicial de consenso na justiça criminal, que tem como consequência o arquivamento do procedimento investigativo por ausência de interesse de agir. SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea*

Malgrado o esforço legislativo para instituir um *plea bargaining* à brasileira, o decantado Projeto Anticrime não foi efetivado nesse ponto, mas restou exitoso no tocante ao acordo de não persecução penal, já que o texto final que o instituiu é resultado da conjugação do Projeto de Lei n.º 882/2019 com o Projeto de Lei n.º 10.378/2018, este produto da Comissão dirigida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Alexandre de Moraes.¹⁵⁻¹⁶

Ambas as proposições legislativas traziam consigo disposições bem semelhantes àquelas previstas no art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, pelo que objetivavam, de certo modo, legalizar um instituto já existente no plano infralegal, mas que, por não estar previsto em lei até então, encontrara óbices na Constituição Federal de 1988.

Nesse sentido leciona Flávio da Silva Andrade, sustentando que a celebração do acordo de não persecução penal alicerçado somente num ato normativo secundário – como o é a Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público – seria formal e materialmente inconstitucional.¹⁷

Argumenta o autor que o texto constitucional, em seu art. 22, inciso I, reserva ao Congresso Nacional a competência de legislar sobre direito processual (penal, inclusive), de sorte a configurar inconstitucionalidade formal a criação, pelo Conselho Nacional do Ministério Público, de um instrumento de solução antecipada de casos criminais.¹⁸

Flávio da Silva Andrade aduz, ainda, que a inconstitucionalidade material decorre da violação do art. 129, inciso I, da Constituição Federal, que atribui ao Ministério Público a promoção, na forma da lei, da ação penal pública. “Tal preceito [o art. 129, I, CF/1988], assim como o artigo 24 do CPP, dá sustentáculo ao princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, que não pode ser mitigado ou flexibilizado sem amparo na lei.”¹⁹ Assim, o exercício da atribuição de persecução penal pelo Ministério Público só poderia efetivar-se *na forma da lei*, e não nos termos de uma resolução.

Mas, com o advento da Lei n.º 13.964/2019 e a conseqüente elevação do acordo de não persecução penal ao plano da legalidade, restariam superados os conflitos entre esse instituto e a Carta Maior, correto? Bom, a doutrina diverge sobre essa questão.

Mesmo antes da entrada em vigor da legislação novel, Renee do Ó Souza já

bargaining e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 250, out./dez. 2019.

¹⁵ DE BEM, Leonardo Schimmitz; DE BEM, Viviane de Aquino. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 78.

¹⁶ Um dos pontos de maior divergência entre essas duas proposições diz respeito à gravidade das infrações penais a serem abrangidas pelo acordo de não persecução penal: ao passo que o projeto encampado pelo Ex-Ministro de Estado Sergio Moro propunha a aplicação do acordo somente a crimes sem violência ou grave ameaça cuja pena máxima não ultrapassasse quatro anos, o projeto endossado pelo Ministro Alexandre de Moraes seria aplicável aos delitos sem violência ou grave ameaça com pena mínima inferior a quatro anos. Nesse ponto, vingou a opção que dava mais abrangência ao acordo de não persecução penal, advinda do Projeto de Lei n.º 10.378/2018.

¹⁷ ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução n.º 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo: Ano XIX, n. 137. p. 45-60, Abr./Jun. 2018.

¹⁸ *Ibid.*, p. 57.

¹⁹ *Ibid.*, p. 57.

considerava o acordo de não persecução penal plenamente compatível com o texto constitucional, na medida em que se constitui num “instrumento de otimização do sistema de justiça criminal brasileiro, apto a implementar uma mudança na segurança pública brasileira e assegurar uma melhor proteção à ordem jurídica”.²⁰

Nessa mesma toada vão as lições de Rodrigo Leite Ferreira Cabral, para quem o acordo em liça busca concretizar os princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade, celeridade e do acusatório; dando maior racionalidade ao sistema penal. Isto porque permite que os órgãos de acusação e de jurisdição deem mais atenção aos crimes graves e uma resposta muito mais rápida aos delitos de pouca gravidade.²¹

Lado outro, também são fortes as vozes que ecoam no sentido da inconstitucionalidade do acordo de não persecução penal e do art. 28-A do Código de Processo Penal. O tema, inclusive, deu azo à Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6304, subscrita por ninguém menos que Cezar Roberto Bitencourt em nome da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas – ABRACRIM.

Na ADI levada à apreciação do Supremo Tribunal Federal, sustenta-se, entre outros pontos, que o acordo de não persecução penal é inconstitucional por provocar o deslocamento do poder jurisdicional para o Ministério Público, já que mais de 95% dos tipos penais previstos no Código Penal são abarcados pelo mecanismo de negociação. Destarte, não apenas crimes de média gravidade, mas também graves e gravíssimos restariam afastados da jurisdição do Poder Judiciário, cuja função seria reduzida a uma “atividade meramente homologatória”.²²

Não bastasse, segundo a Associação, o acordo de não persecução penal, ao exigir a obrigação legal de confessar para sua admissão, ataca o princípio da presunção da inocência, impondo ao aceitante um dever de autoincriminação que viola a Constituição Cidadã.²³

Em que pesem as severas críticas que se possa tecer acerca da (in)constitucionalidade do acordo de não persecução penal, a tendência é de que a Suprema Corte se posicione pela manutenção desse instituto no ordenamento jurídico brasileiro, tal como fizera com outros mecanismos de negociação da seara penal.²⁴

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, CONDIÇÕES E REQUISITOS

Sendo, pois, o acordo de não persecução uma nova realidade que veio para

²⁰ SOUZA, Renne de 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** n. 74, p. 189, out./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²¹ CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

²² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 6304**. Rel. Min. Luiz Fux, p. 23. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751792146&prcID=5843708#>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

²³ Ibid., p. 25.

²⁴ Ao apreciar a ADI 5508, o Plenário do Supremo Tribunal Federal reconheceu a constitucionalidade da colaboração premiada e dos dispositivos legais do § 2º e do § 6º do art. 4º da Lei n.º 12.850/13, que regula o instituto. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5508**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 20/06/2018, DJe: 05 nov. 2019.

ficar, a compreensão do conceito dessa figura ganha relevo, pelo que se colaciona trecho das lições de Bizzotto e Silva para tanto:

O acordo de não persecução penal é um instrumento legal que permite que as partes afastem a investigação criminal e, excepcionalmente, o processo em andamento. O objetivo é resolver o caso penal por intermédio de realização de acordo criminal entre as partes, com a necessária apreciação e homologação judicial mediante contrapartidas da acusação (não promoção da ação penal) e do investigado/acusado (submissão a condições legais impostas concretamente).²⁵

Para Francisco Dirceu Barros e Jefson Romaniuc, o acordo de não persecução penal pode ser definido como:

[...] um instrumento jurídico extraprocessual que visa, na esteira de uma política criminal de descarcerização, à realização de acordos bilaterais entre o Ministério Público e o perpetrador de ilícitos penais para que este cumpra determinadas medidas ajustadas, sem a necessidade de sofrer todas as mazelas que o processo criminal tradicional pode acarretar.²⁶

Porquanto a acusação deixa de oferecer a denúncia e o acusado aceita a cumprir as “condições” pactuadas, encurta-se o caminho entre a apuração do fato aparentemente criminoso e a aplicação da reprimenda estatal. É assim, com a renúncia de ambas as partes ao processo criminal, que o acordo de não persecução representa um instrumento de consensualidade em favor da economia processual e da celeridade na realização da justiça criminal.²⁷

Vale notar que a celeridade na resolução de crises jurídicas é garantia fundamental, prevista no art. 5º, LXXVIII, da Carta Maior²⁸, devendo ser observada com ainda mais rigor diante da morosidade a que o sistema de justiça criminal brasileiro se encontra submerso.

Consoante o relatório Justiça em Números 2020, elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça, o tempo médio de um processo-crime na fase de conhecimento até o seu trânsito em julgado é de 4 anos e 1 mês na Justiça Estadual e de 2 anos e 1 mês na Justiça Federal. Os processos de execução de pena privativa de liberdade (baixados em 2019), por sua vez, contaram tempo médio de baixa de 4 anos e 9

²⁵ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução Penal**. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 28. *E-book*.

²⁶ BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e Prática**. Leme: JH Mizuno, 2019, *E-book*. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=eAa1DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=acordo+de+n%C3%A3o+persecu%C3%A7%C3%A3o+penal+&ots=EUWt4Z6ni8&sig=3VyoQtqojCFRiDszoZPhFHgtMAg#v=onepage&q=acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal&f=false>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

²⁷ SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 250, out./dez. 2019.

²⁸ Constituição Federal, art. 5º, LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

meses na Justiça Estadual e de 1 ano e 10 meses na Justiça Federal.²⁹

Indubitavelmente, o acordo de não persecução penal revela-se alvissareiro pelo “prisma do argumento utilitarista e pragmático sob o qual o dispositivo foi concebido”.³⁰ Com ele, dá-se uma resposta estatal mais célere e barata aos crimes de leve e média gravidade, possibilitando a destinação dos custosos recursos humanos e financeiros dos órgãos de jurisdição e acusação aos delitos de maior gravidade.

Todavia, a adoção dessa figura de justiça negociada também cobra seu preço. Conforme visto, o sujeito que é alvo da persecução penal só poderá pactuar o acordo se relegar o direito ao silêncio e a garantia do devido processo legal, não se olvidando da controvérsia quanto à renúncia de direitos e garantias fundamentais.

E mesmo que haja voluntariedade por parte do aceitante, o fato é que a celebração do acordo de não persecução penal, ao estabelecer condições/penas sem processo, mitiga a máxima *nulla poena, nullum crimen sine iudicio*, sintetizadora de princípios garantidores de direitos mínimos do acusado que devem nortear tanto o direito penal quanto o processo penal.³¹

Mas, para além do atraente discurso da eficiência na solução de casos penais, que sustenta o acordo de não persecução penal desde sua aparição, outras duas funções que lhe dizem respeito são merecedoras de destaque: a *não carcerização* e a *antiestigmatização*.³²

Diz-se não carcerização porque, como contrapartida ao não oferecimento da ação penal, é incabível, como condição do acordo, pena privativa de liberdade, ainda que o aprisionamento, para o delito que se imputa, esteja previsto em lei e possa ser fixado numa sentença penal condenatória.³³

É sabido aos quatro cantos que o Brasil enfrenta o gravíssimo fenômeno da hipercarcerização, celeuma sopesado para que em 2015 o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, considerasse o sistema prisional no país um “estado de coisas inconstitucional”, com “violação massiva de direitos fundamentais” da população carcerária por omissão do poder público.³⁴ Nesse cenário, qualquer ação capaz de minimizar as mazelas que afligem o sistema penitenciário brasileiro são dignas de apoio.

Segundo análise de dados feita por Leonardo Schimitt de Bem e Rodrigo José Fuziger, o acordo de não persecução penal tem a contribuir com a descarcerização, podendo atingir até 15% da população prisional:

Nos seis primeiros meses de 2019, o total de presos no sistema penitenciário era 758.676 pessoas. Considerando os requisitos necessários à aplicação do acordo, em especial a pena mínima cominada ao delito, pode-se estimar, a partir de dados mais detalhados referentes ao INFOPEN de 2017, que mais

²⁹ BRASIL. Justiça em Números 2020: ano-base 2019, **Conselho Nacional de Justiça**, 2020, p. 194. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³⁰ DE BEM, Leonardo Schimitt; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020, p. 125.

³¹ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**: Teoria do Garantismo Penal. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 74.

³² BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução Penal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 37-40. *E-book*.

³³ *Ibid.*, p. 38

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF 347**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015, DJe: 19 fev. 2016.

de 120 mil segregados poderiam ser beneficiados.³⁵

Para Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva, também pode se falar numa função antiestigmatizante do acordo.³⁶ Isso pois, ademais de evitar os rótulos de “denunciado” e “réu” ao aceitante, uma vez cumprido o negócio criminal, inexistirá registros para fins de reincidência ou antecedentes criminais, salvo para impedir a concessão de igual benefício ou de transação penal ou suspensão condicional do processo no intervalo de cinco anos.

Tudo isso não significa, por outro lado, que o acordo de não persecução penal tenha caráter despenalizador, como sustentam alguns.³⁷ Ora, ainda que não haja pena em sentido estrito, entendida como tal aquela imposta por sentença penal condenatória, as “condições” aceitas pelo agente tratam-se de penas enquanto efeito e consequência.³⁸ São obrigações decorrentes do exercício do poder punitivo do Estado sobre as liberdades individuais, dotadas de caráter retributivo àquele que, em tese, praticou fato típico, ilícito e culpável.

Tanto é assim que as condições de cumprimento do acordo de não persecução consistentes em prestação pecuniária e prestação de serviços também estão previstas, no art. 43 do Código Penal, como penas restritivas de direitos, substitutivas de privativa de liberdade imposta por sentença condenatória.

Assim, esse negócio (frisa-se:) penal, ao contrário de ter caráter despenalizador, é um instrumento por meio do qual são fixadas medidas que não deixam de ser penas só por estarem travestidas “condições” (que é apenas outra nomenclatura).³⁹

Mas para que o acordo de não persecução penal possa ser celebrado, é preciso que estejam preenchidos os requisitos cumulativos previstos em lei. Na doutrina de Lopes Junior, são quatro, quais sejam:

- 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 reprovação e prevenção do crime, ou seja, adequação e necessidade

³⁵ DE BEM, Leonardo Schimmit; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 121.

³⁶ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução Penal**. Belo Horizonte: Editora Dialética, 2020, p. 39. *E-book*.

³⁷ MONTEIRO, Pedro. Justiça Penal negociada: o 'novo' acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal#author>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

³⁸ BIZZOTTO, Alexandre; DA SILVA, Denival Francisco da. *Op.Cit.*, p. 32-33.

³⁹ DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP. **Acordo de não persecução penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 127.

(proporcionalidade).⁴⁰

Há, ainda, causas impeditivas do acordo. São requisitos negativos, divididos por Schmitt de Bem entre objetivos e subjetivos. Basta a existência de qualquer um deles para que o acordo de não persecução penal seja incabível.

Segundo o autor, são requisitos objetivos negativos: i) o crime não comportar transação penal; ii) o agente não ter sido beneficiado por mecanismos diversificadores de pena nos cinco anos anteriores à prática da infração; iii) e não se tratar de crime cometido no âmbito de violência doméstica ou contra a mulher por razões da condição do sexo feminino.⁴¹ Já os requisitos subjetivos negativos são apenas dois: i) não ser o agente reincidente; ii) nem haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.⁴²

Já as condições do acordo de não persecução penal são as contraprestações, de caráter penalizante, que o investigado aceita cumprir para que o Ministério Público deixe de promover a acusação em juízo. Elas podem ser inseridas no acordo alternada ou cumulativamente, devendo sempre guardar proporcionalidade com a gravidade da infração penal imputada.

As condições-pena estão previstas nos incisos do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, e, uma vez cumpridas, extinguem a punibilidade estatal sobre o aceitante. Consistem em: i) reparação do dano causado pelo investigado ou na restituição da coisa à vítima, ressalvada a impossibilidade de fazê-lo; ii) renúncia a bens e direitos indicados pelo órgão de acusação como instrumentos, produto ou proveito do crime; iii) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços; iv) pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social; v) e cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público, por prazo determinado.

Homologado o acordo, seu cumprimento será acompanhado perante o juízo de execução penal (§ 6º do art. 28-A do Código de Processo Penal), que também será responsável por indicar o local onde a prestação de serviço se dará e a entidade pública ou de interesse social que receberá a prestação pecuniária, no caso de fixação dessas condições.

Feitas tais considerações, acerca do conceito do acordo de não persecução penal, bem como de seus requisitos, condições e algumas de suas características, passa-se a analisar o posicionamento da doutrina acerca da retroatividade das leis penais, processuais penais e mistas, tema caro para que se possa discutir com propriedade a possibilidade de aplicação retroativa do instituto em comento.

4 RETROATIVIDADE DAS NORMAS PENAIS MATERIAIS, PROCESSUAIS PENAIS E MISTAS E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A extratividade da lei, na seara penal, depende de sua natureza – se de direito penal material, direito processual penal, ou mista/híbrida – e de sua qualidade – já que

⁴⁰ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 222. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴¹ DE BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 233.

⁴² *Ibid.*, p. 245-246.

a extratividade só é admitida se a lei for mais favorável ao investigado, réu ou condenado. Por isso, para que se possa falar em sucessão das leis penais e processuais penais no tempo, é preciso saber distingui-las.

De início, mister esclarecer que a extratividade da lei é gênero do qual são espécies a retroatividade e a ultratividade. A primeira ocorre nos casos em que se aplica a lei revogadora a fatos praticados antes de sua vigência, se assim for mais benéfico ao agente; já a segunda se dá quando, por exemplo, um juiz aplica uma lei já revogada no instante da sentença, mas que, por ser a mais benéfica e a vigente na época do crime, é “ressuscitada”.⁴³

Feita essa nota, passa-se a tratar da norma penal de direito material, também conhecida como norma penal pura que, segundo Aury Lopes Junior, “é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc.”.⁴⁴ Dito de outro modo, a norma penal de direito material trata do *ius puniendi* estatal, que envolve a criminalização de condutas e a reprimenda decorrente de sua prática; bem como as causas de extinção da punibilidade, como a prescrição e decadência, que afetam diretamente o poder punitivo do Estado sobre o indivíduo.

Como é cediço, e bem pontuado por Pacceli, o direito material é aplicado partindo-se do pressuposto de que todos conhecem a lei, de modo que não cabe ao Estado impor tratamento mais gravoso ao cidadão com base em lei posterior ao cometimento da conduta, e que era, portanto, desconhecida à época do fato.⁴⁵ Não por outra razão, Bittencourt leciona que:

[...] a lei aplicável à repressão da prática do crime é a lei vigente ao tempo de sua execução. Essa é uma garantia do cidadão: além da segurança jurídica, garante-se-lhe que não será surpreendido por leis *ad hoc*, criminalizando condutas, inclusive a *posteriori*, que até então não eram tipificadas como crime.⁴⁶

Ora, se não há pena e não há crime sem lei anterior que o defina, conforme preconizam o art. 1º do Código Penal⁴⁷ e o inciso XXXIX do art. 5º do texto constitucional⁴⁸, a regra geral que orienta as leis penais materiais no tempo é a da irretroatividade, de sorte que “para cada crime praticado, vale a lei que vigorava quando da respectiva prática”.⁴⁹

⁴³ NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴⁴ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 124-125. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴⁵ PACCELI, Eugênio. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 136. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025132/>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

⁴⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1 - parte geral**. 26. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 220. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁴⁷ Código Penal, art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

⁴⁸ Constituição Federal, art. 5º, XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

⁴⁹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. **Acordo de não persecução penal**. 2ª

Ocorre, contudo, que a irretroatividade da lei recebe importante ressalva: se a norma penal revogadora for mais benéfica para o cidadão, quando comparada à revogada que se encontrava vigente no momento da prática do fato, deverá retroagir, de sorte a alcançar situações anteriores a sua existência.

É o que proclama a regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, insculpida no art. 5º, XL, da Carta Maior, segundo o qual “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Os efeitos da retroatividade podem, inclusive, alcançar condenações já transitadas em julgado, desconstituindo a coisa julgada em benefício do apenado, conforme determina o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal.⁵⁰

Consoante aduzem Rodrigo Régner Chemim Guimarães e Fábio André Guaragni, a razão de ser da retroatividade da *lex mitior* reside no princípio basilar da igualdade, que garante um tratamento isonômico dos cidadãos.⁵¹ Como bem destacado pela dupla, esse fundamento tem sido empregado em julgados do Supremo Tribunal Federal, servindo de exemplo excerto do voto do Ministro Luiz Fux no julgamento do RE 596152/SP:

O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa. A lei, expressão da democracia e garante das liberdades individuais, não pode ter a sua incidência manietada quando se trata de favorecer os direitos fundamentais, sendo esse o caso da *novatio legis in melius*.⁵²

Recebem tratamento diverso das penais materiais as leis processuais penais, consideradas como tais aquelas que regulam o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais.⁵³ “As normas processuais não regulam *matéria de fato*, mas regras de *procedimento*”,⁵⁴ tais como aquelas que tratam de medidas cautelares, instrução probatória, sistema recursal *etc.*

A regra é que a lei processual se aplica assim que entra em vigor, valendo com ainda mais rigor a máxima *tempus regit actum*. É, segundo a doutrina tradicional, orientada pelos mandamentos da imediatidade e da irretroatividade, contidos no art. 2º do Código de Processo Penal, que prescreve: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Porém, há quem entenda que a lei processual penal, mesmo a pura, ou seja, sem conteúdo de direito material, se mais benéfica ao réu, deverá retroagir, inclusive para que os atos praticados de acordo com a *lex gravior* revogada sejam renovados, a depender da fase em que o processo se achar.

Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 147.

⁵⁰ Art. 2º, Código Penal - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado.

⁵¹ GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Op.Cit., p. 148.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 596152**. Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13/10/2011, DJe: 10 fev. 2012.

⁵³ LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pág. 125, *E-book*. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

⁵⁴ PACCELI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36. *E-book*.

Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

Encabeçam esse posicionamento Paulo Queiroz e Antonio Viera, para quem a lei deve cumprir sua função de garantia, numa conjuntura em que, não só o direito penal e suas sanções, mas também o processo é utilizado como instrumento de uma política criminal dirigida ao recrudescimento do sistema penal.⁵⁵ Assim, as regras processuais que se situem no plano das garantias deveriam ser (re)interpretadas à luz da Constituição Federal (art. 5º, XL), retroagindo se mais benéficas aos cidadãos, como limitação ao arbítrio do Estado no exercício do poder punitivo.⁵⁶

Se, por um lado, a doutrina diverge quanto à possibilidade de aplicação retroativa de normas puramente processuais, mostra-se mais remansosa no tocante à retroatividade das leis mistas ou híbridas, assim chamadas por carregarem tanto conteúdo processual quanto conteúdo material.

A respeito da natureza e da retroatividade das normas processuais mistas, leciona Nucci que:

São aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de direito penal. E referido conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material, isto é, são normalmente institutos mistos, previstos no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal, tal como ocorre com a perempção, o perdão, a renúncia, a decadência, entre outros.

Uma vez que as regras sejam modificadas, quanto a um deles, podem existir reflexos incontestes no campo do direito penal. Imagine-se que uma lei crie nova causa de perempção. Apesar de dizer respeito a situações futuras, é possível que, em determinado caso concreto, o querelado seja beneficiado pela norma processual penal recém-criada. Deve ela ser retroativa para o fim de extinguir a punibilidade do acusado, pois é nítido o seu efeito no direito material (art. 107, IV, CP).⁵⁷

Assim, segundo a literatura, quando a lei conjuga elementos de direito penal e direito processual, há de prevalecer o conteúdo material da norma, fazendo com que retroaja se mais benéfica ao cidadão.

A jurisprudência também se posicionou nesse sentido, servindo de paradigma o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1719, proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil. Na ocasião, questionava-se o art. 90 da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, que veda a aplicação das disposições dessa lei aos processos-crime que se encontravam em curso quando de seu advento.

⁵⁵ QUEIROZ, Paulo; VIERA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. **Boletim do IBCCrim**, n. 143, São Paulo, 2004. Disponível em:

<https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Grupos_de_Pesquisa/GPPenal/Tema_01a_-_Retroatividade_da_lei_processual_penal_e_garantismo_Paulo_Queiroz.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

⁵⁶ Comungam desse mesmo entendimento Juarez Cirino dos Santos, e Aury Lopes Junior, este *in* **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, pág. 127, *E-book*. Para o primeiro, dois aspectos devem ser observados no que concerne à retroatividade da lei processual mais benéfica: “primeiro, o *primado do direito penal substancial* determina a extensão das garantias do *princípio da legalidade* ao subsistema de *imputação* (assim como aos subsistemas de *indiciamento* e de *execução penal*), porque a *coerção processual* é a própria realização da *coação punitiva*; segundo, o gênero *lei penal* abrange as espécies *lei penal material* e *lei penal processual*, regidas pelo mesmo princípio fundamental”. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

⁵⁷ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 163. *E-book*. Disponível em:

<<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989989/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

Considerando que a Lei n.º 9.099/95 carrega normas puramente processuais, mas também normas de conteúdo material benéficas, tais como aquelas que versam sobre a composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, o Pretório Excelso reconheceu a natureza mista do Diploma Legal levado à apreciação. Em vista disso, ao artigo combatido foi dada interpretação conforme à Constituição, para que a vedação de aplicação das disposições da Lei n.º 9.099/95 a processos em curso ficasse limitada às normas puramente processuais, não atingindo as normas com reflexo no direito penal mais favoráveis aos réus, cuja retroatividade merece ser respeitada.⁵⁸

Malgrado o recente advento do acordo de não persecução penal ao ordenamento jurídico brasileiro, a doutrina já vem firmando posicionamento majoritário no sentido de reconhecer a natureza mista das normas que dispõem sobre esse instituto.

Seu caráter processual é inegável, porquanto “o acordo interfere no caminhar do procedimento processual penal e tem a capacidade de paralisar a persecução penal, impedindo a continuidade investigativa (se na fase inquisitorial), ou suspende o curso processual (se na fase judicial)”.⁵⁹ Tanto é que, homologado o acordo, fica o órgão acusador impedido de oferecer denúncia, ou seja, de dar início à marcha processual.

Outrossim, a natureza de direito material do acordo de não persecução e das regras que o regulam é flagrante. Isso “não apenas por se tratar de um mecanismo de diversificação de pena, senão, em especial, porque enseja a extinção da punibilidade do agente quando devidamente cumpridas as condições do acordo (art. 28-A, § 13)”⁶⁰. Em sentido semelhante, segue valiosa a lição de Rodrigo Régner Chemim Guimarães e Fábio André Guaragni⁶¹:

Levando em conta que uma vez cumprido o acordo de não persecução penal, o investigado tem declarada extinta sua punibilidade, não obstante a regra seja de natureza processual penal, seu conteúdo também toca no direito penal material. Permite a discussão de possibilidade ou não de punir o sujeito, operando, em seu conteúdo, sob a chave punível-não punível, o que é

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 1719**. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 18/06/2007, DJe: 02 ago. 2007.

⁵⁹ BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução Penal**. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 44. *E-book*.

⁶⁰ DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 128-129.

⁶¹. Para os autores, o art. 28-A do Código de Processo Penal, em realidade, não é uma regra de natureza mista, mas uma regra processual penal de conteúdo material. É que, para eles, haveria uma diferença entre as regras mistas, entendidas como tais aquelas que espraiam efeitos no direito processual e no direito penal, *pari passu*, e as regras processuais penais de conteúdo material, que seriam aquelas que são processuais, todavia tocam a liberdade e outros direitos materiais do imputado de modo direto, em vez de indiretamente. GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. **Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais**. **Acordo de não persecução penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 168-169. A nosso sentir, as diferenças entre as denominadas regras mistas e regras processuais de conteúdo material não são significativas a ponto de dividi-las em categorias distintas; basta que a regra tenha conteúdo processual e material concomitantemente para ser tida como mista ou híbrida.

característico de regras de natureza penal material. E, neste passo, amplia o campo de liberdade havido em tese pelo imputado.⁶²

Cediço, portanto, que o acordo de não persecução penal é um mecanismo de natureza híbrida, com conteúdo de direito processual e material, para que seja viável sua aplicação retroativa, ainda é necessário aferir se esse negócio é benéfico ao imputado.

Quanto a esse aspecto, não é preciso muito esforço para compreender que se trata o instituto de um instrumento legal mais benigno. Isso porque dá ao imputado a opção de aceitar, voluntariamente, a celebração de um negócio que impedirá (ou, ao menos, postergará, no caso de posterior rescisão) o oferecimento de uma denúncia e, por consequência, a sobrevinda de uma possível sentença penal condenatória. “A não persecução, por certo, é mais benéfica que uma possível condenação criminal”⁶³.

Além disso, as condições do negócio penal hão de ser menos severas do que as sanções de um édito condenatório, na medida em que a sentença, diferentemente do acordo, poderá impor pena privativa de liberdade. Até mesmo a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, quando ajustada – cumulativa ou alternativamente com outras condições –, deverá ser limitada por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços (art. 28-A, caput, III, do Código de Processo Penal); abrandamento esse que o agente não faz jus quando a prestação de serviços é imposta por força de sentença condenatória.

Ainda como efeitos benéficos do acordo de não persecução penal, pode-se citar a extinção da punibilidade e a inexistência de registros (a não ser para evitar outros acordos no período de 5 anos após o primeiro), quando cumprido integralmente o negócio (art. 28-A, § 12, do Código de Processo Penal).

O ponto de maior discussão doutrinária não recai propriamente sobre a possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, mas até que fase do processo-crime instaurado anteriormente à vigência da Lei n.º 13.964/2019 o negócio penal pode ser celebrado.

5 O ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES QUANTO À APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DO ADVENTO DA LEI N. 13.964/2019

Feita uma análise do cenário geral que envolve o acordo de não persecução penal e da literatura a respeito da retroatividade das leis penais e processuais penais mais benéficas, com enfoque nas regras que tratam desse negócio penal, chegou o momento de discorrer sobre o posicionamento que os Tribunais Superiores vêm tomando acerca da aplicabilidade retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, isto a processos em curso quando da entrada em vigência da Lei n.º 13.964/2019 (23/01/2020).

O critério de pesquisa utilizado consistiu em consultar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, em seus respectivos endereços eletrônicos, buscando pelas expressões “acordo de não persecução penal”/“ANPP” e “aplicação retroativa”/“retroatividade”.

⁶² GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. **Acordo de não persecução penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 170.

⁶³ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR5004135-89.2018.4.04.7016**. 8ª Turma. Rel. João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 13/05/2020, DJe: 14 mai. 2020.

A partir disso, e considerando somente os julgados mais recentes até o encerramento deste ensaio, selecionou-se uma decisão da Quinta Turma e uma da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, órgãos que cuidam da matéria de direito penal em geral.

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, foi colacionado um aresto da Primeira Turma. Como não foram localizados acórdãos da Segunda Turma sobre o tema, buscou-se por decisões monocráticas dos magistrados que a integram, logrando-se êxito em encontrar julgados dos Ministros Nunes Marques e Cármen Lúcia. Por outro lado, não foram encontradas decisões monocráticas julgando o mérito da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal pelos demais integrantes da Segunda Turma, os eminentes Ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Edson Fachin.

A começar pela Quinta Turma do Tribunal da Cidadania, esse órgão colegiado assentou o entendimento, à unanimidade, de que “a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019, é restrita aos processos em curso até o recebimento da denúncia”.⁶⁴

Desse modo, para a Quinta Turma, o art. 28-A trazido pelo Lei n.º 13.964/2019 retroage para alcançar processos instaurados antes da sua vigência, desde que não tenha havido recebimento da peça incoativa. Assim o órgão colegiado vem decidindo desde os seus primeiros julgamentos sobre o tema.

E ao decidir suscintamente em seu julgado mais recente, a Quinta Turma cita precedentes de sua própria autoria, em que, embora reconheça a natureza mista do acordo de não persecução, entende que o instituto não deve ser aplicado com ampla retroatividade, dado que sua natureza predominantemente processual deve atender ao princípio do *tempus regit actum*. Outro argumento, quiçá o mais recorrente, consiste em reconhecer o acordo de não persecução penal como um mecanismo pré-processual, cuja realização após o recebimento da denúncia seria incompatível com seu propósito, que é o de evitar a denunciação e a persecução em juízo.

Já a Sexta Turma, em seu último aresto sobre o assunto, repisou a compreensão de que “o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia”⁶⁵. O órgão colegiado chegou a essa conclusão também considerando a natureza híbrida da norma e o princípio *tempus regit actum*, em conformação com a retroatividade penal benéfica.

Vale mencionar que era outra a posição da Sexta Turma antes de 9/3/2021, quando, ao julgar o HC 628.647/SC, por maioria, passou a se alinhar ao posicionamento da Quinta Turma.

Antes disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça entendia que o acordo de não persecução penal, por ser norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu – eis que seu cumprimento integral leva à extinção da punibilidade –, poderia retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado.⁶⁶ Segundo esse entendimento já superado, o fator que obstaria a retroatividade do art. 28-A do Diploma Penal Adjetivo a processos anteriores a lei que o instituiu seria, não

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRgnoH6649091**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. Julgado em: 18/05/2021, DJe: 21/05/2021.

⁶⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDclnoSREsp1319986**. Rel. Min. Olindo Menezes. 6ª Turma. Julgado em: 18/05/2021, DJe: 24/05/2021.

⁶⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRgnoHC575395**. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma, julgado em: 08/09/2020, DJe: 14/09/2020.

a decisão de recebimento da denúncia, mas, sim, o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Atualmente, portanto, a aplicação retroativa do negócio penal sob enfoque tem se tornado questão incontroversa entre as Turmas do Superior Tribunal de Justiça, e caminha para tomar o mesmo rumo no Supremo Tribunal Federal. Veja-se.

A jurisprudência mais recente da Primeira Turma do Pretório Excelso também compartilha do entendimento de que o acordo de não persecução penal se aplica a fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.⁶⁷ Havendo, pois, denúncia recebida antes de 23 de janeiro de 2020, não há se falar em cabimento do acordo.

Longe de inovar, esse último julgado fez foi repisar tese já firmada pela Primeira Turma, quando do julgamento do HC 191464 AgR., ocasião em que o relator Ministro Roberto Barroso sintetizou suas conclusões sobre o tema da seguinte forma:

- (i) o ANPP foi instituído por lei penal híbrida, de direito material e processual;
- (ii) leis penais dessa natureza subordinam-se à retroatividade penal benéfica e ao *tempus regit actum*; (iii) o ANPP se esgota na etapa pré-processual, portanto o recebimento da denúncia é marco limitador da sua viabilidade; e
- (iv) na espécie, a retroatividade penal benéfica incide para autorizar a aplicação do ANPP para fatos ocorridos antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.⁶⁸

Vale mencionar o interessante paralelo que o Ministro relator traça em seu voto, aduzindo que, em se tratando de lei penal híbrida, possível haver a conformação entre os postulados da retroatividade penal benéfica e do *tempus regit actum*, de modo que nenhum deles há de ser aplicado necessariamente em grau máximo; cabendo ao intérprete fazer uma modulação se assim não houver procedido o legislador.

A roborar seu voto, o Ministro Roberto Barroso também traz um argumento de ordem consequencialista. Segundo o relator, acaso fosse considerada a retroatividade penal benéfica em grau máximo, a ponto de desconstituir a coisa julgada, haveria um colapso no sistema criminal, já que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal e em cumprimento de pena –, seriam encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação dos réus e sentenciados.

Para completar a proposta de analisar a jurisprudência de cada Turma quanto à aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, faltaria trazer o entendimento da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal. Contudo, como não há, por parte desse órgão, decisão colegiada a respeito do tema, resta analisar os julgados monocráticos dos Ministros que compõem a Turma.

A bem dizer, só foram encontradas decisões meritórias dos Ministros Nunes Marques e Cármen Lúcia, sendo que os julgados mais recentes de cada um deles seguem o sentido dominante, qual seja: a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o acordo de não persecução penal seja viabilizado a fatos e processos anteriores à Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Em sua fundamentação, tanto o Ministro Nunes Marques quanto a Ministra Cármen Lúcia reforçam argumentos lançados pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça, quanto à natureza da norma do acordo de não persecução penal; a conformação entre a retroatividade penal benéfica

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC198557 AgR**. Rel.Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgado em: 31/05/2021, DJe: 02 jun. 2021.

⁶⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC191464 AgR**. Rel.Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgado em: 11/11/2020, DJe: 25 nov. 2020.

e o *tempus regit actum*; o caráter pré-processual do instituto; e o recebimento da denúncia como fim da etapa pré-processual. Ambos os Ministros aduzem, também, observar a tese firmada pela Primeira Turma do Pretório Excelso, que põe o recebimento da denúncia como marco de impedimento de retroação do art. 28-A do Código de Processo Penal a fatos anteriores à Lei n.º 13.964/2019.

Antes do porvir, imperioso destacar que a questão da retroatividade do acordo de não persecução a processos em curso quando do surgimento da Lei n.º 13.964/19 ainda não está cabalmente sedimentada, pois foi remetida à deliberação do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

É que em 22 de setembro de 2020, o Ministro Gilmar Mendes, ao apreciar o HC 185913/DF, entendeu a questão como afeita à interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, notadamente motivado pelo dissídio jurisprudencial havido à época entre a Quinta e a Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça sobre o alcance da retroatividade do instituto.

Como visto, a divergência de entendimentos no âmbito do Tribunal da Cidadania inexistente mais, eis que a Sexta Turma passou a adotar o mesmo entendimento da Quinta. No entanto, o busílis permanece pendente de apreciação pela Suprema Corte, tendo o Ministro Gilmar Mendes delimitado as seguintes questões-problemas para análise do Pleno:

- 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?⁶⁹

Se, por um lado, ainda não há uma resposta definitiva do Plenário do Supremo Tribunal Federal acerca da (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal, por outro, já se sabe que a Primeira Turma, à unanimidade, firmou a tese de que o acordo pode ser oferecido em processos em curso quando do surgimento da Lei 13.964/2019, desde que não tenha havido o recebimento da denúncia. Também se sabe que o posicionamento da Primeira Turma vem sendo endossado pelos Ministros Nunes Marques e Cármen Lúcia.

Destarte, como sete dos onze Ministros compartilham do entendimento de que a retroatividade do acordo de não persecução é limitada ao recebimento da denúncia, a tendência é de que o Plenário do Supremo Tribunal Federal consagre essa mesma posição quando vier a se debruçar sobre a matéria.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De uso corriqueiro no sistema estadunidense, a justiça penal negociada vem ganhando espaço no Brasil desde a década de 1990, e tem sua via alargada com a sobrevivência do acordo de não persecução penal. Esse acordo é um mecanismo legal que permite às partes renunciarem ao processo criminal, resolvendo a tensão entre Estado-acusação e investigado por meio de negociação.

Com efeito, o acordo de não persecução penal atinge a finalidade para que foi criado, eis que dá uma resposta estatal mais célere e barata ao (suposto)

⁶⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC185913**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 22/09/2020, DJe: 24 set. 2020.

cometimento da infração penal, ainda que sua escolha implique em relativização de garantias fundamentais.

Ademais de contribuir para a mitigação da morosidade no sistema de justiça criminal brasileiro, o acordo de não persecução penal pode colaborar para minimizar o fenômeno da hipercarcerização que se enfrenta, na medida em que penas privativas de liberdade não podem ser fixadas como condição do trato, ainda que o crime apurado preveja tal reprimenda.

Isso não significa, contudo, que o acordo de não persecução penal seja um instituto de caráter despenalizador. Ao contrário: é por meio dele que o Estado aplica penas alternativas à prisão, chamadas de condições, que o aceitante se obriga a cumprir considerando-as menos gravosas do que o apenamento que poderia advir de uma possível sentença penal condenatória.

No tocante à sucessão das leis penais no tempo, pode-se inferir que a retroatividade da norma penal (*lato sensu*) é condicionada a sua natureza e a sua qualidade.

A norma penal material é aquela que versa sobre o poder punitivo estatal. Por força constitucional, retroage para alcançar fatos anteriores a sua existência, desde que o faça para beneficiar o investigado, réu ou apenado.

Por sua vez, a norma processual penal pura, que trata somente dos procedimentos de apuração da infração penal, não retroage, consoante a doutrina tradicional. Inobstante, há vozes consideráveis sustentando sua retroatividade, se mais benigna ao cidadão.

Lado outro, é pacífico na literatura o entendimento de que a norma mista, ou seja, aquela que contempla tanto conteúdo material quanto processual, há de retroagir para beneficiar o polo passivo do processo criminal. É nessa categoria que se encontra o art. 28-A do Código de Processo Penal.

O acordo de não persecução penal é um instituto de natureza mista porque, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a ação penal, interferindo diretamente na marcha processual, impacta na pretensão punitiva do Estado, com a aplicação de condições-pena; suspensão do prazo prescricional do crime, enquanto o acordo é cumprido; e extinção da punibilidade do aceitante após o cumprimento integral do trato.

Ressalvadas as críticas, esse instituto é mais benéfico ao investigado, pois lhe abre a possibilidade de cumprir condições de caráter alternativo à pena privativa de liberdade sem ter que passar por uma longa batalha judicial. Além disso, não implica em registros para fins de reincidência ou antecedentes criminais ao aceitante que venha a cumprir integralmente o acordo, exceto para impedir que se utilize de outro mecanismo semelhante no prazo de cinco anos.

Malgrado os Tribunais Superiores reconheçam a natureza híbrida do acordo de não persecução penal, vêm formando o entendimento de que sua aplicação retroativa é limitada ao recebimento da denúncia. Ou seja, o acordo de não persecução penal retroage para alcançar situações anteriores ao advento da lei que o instituiu, a não ser que o processo ostente denúncia recebida antes de 23/01/2020 – data de entrada em vigor da Lei n.º 13.964/2019.

Esse posicionamento, consagrado pelas Quinta e Sexta Turmas do Superior Tribunal de Justiça, bem assim pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, é fruto de uma conformação dos princípios da retroatividade penal benéfica e do *tempus regit actum*, somado à consideração do acordo de não persecução penal como um instituto pré-processual, voltado a impedir a persecução penal em juízo; não sendo aplicável, portanto, quando esta já iniciou.

A resposta dada pelos Tribunais Superiores até pode ser a mais eficiente do ponto de vista utilitarista, uma vez que sua adoção impede que processos em andamento ou até mesmo em fase recursal sejam paralisados para verificação da possibilidade de aplicação retroativa do acordo de não persecução penal. Todavia, não é esta a posição que melhor atende ao comando do art. 5º, XL, da Constituição Federal, pelo qual a lei penal deve retroagir para beneficiar o réu – até mesmo nos casos protegidos pela coisa julgada, de acordo com o Código Penal.

A questão da (ir)retroatividade do acordo de não persecução a processos que se encontravam em andamento quando a Lei n.º 13.964/2019 entrou em vigência aguarda manifestação do Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Ainda não há uma resposta definitiva, mas a tendência é de que o Pleno da Corte Constitucional entenda que o acordo de não persecução penal se aplica a processos instaurados antes da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Isso porque a Primeira Turma, à unanimidade, já firmou tese nesse sentido, a qual é aderida pelos Ministros Nunes Marques e Cármen Lúcia, integrantes da Segunda Turma. São, ao todo, sete Ministros que compartilham da posição de que a retroatividade do acordo de não persecução penal é limitada ao recebimento da denúncia, o que basta para formar maioria no Pleno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - Artigo 18 da Resolução n.º 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**. São Paulo: Ano XIX, n. 137. p. 45-60, Abr./Jun. 2018.

BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e Prática**. Leme: JH Mizuno, 2019. *E-book*. Disponível em: <<https://books.google.com.br/books?hl=pt-BR&lr=&id=eAa1DwAAQBAJ&oi=fnd&pg=PT5&dq=acordo+de+n%C3%A3o+persecu%C3%A7%C3%A3o+penal+&ots=EUWt4Z6ni8&sig=3VyoQtqojCFRiDszoZPhFHgtMAG#v=onepage&q=acordo%20de%20n%C3%A3o%20persecu%C3%A7%C3%A3o%20penal&f=false>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal 1 - parte geral**. 26. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2020, p. 220. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553616985/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. **Acordo de não persecução Penal**. Belo Horizonte: Dialética, 2020, p. 28. *E-book*.

BRASIL. Justiça em Números 2020: ano-base 2019, **Conselho Nacional de Justiça**, 2020, p. 194. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp->

content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2021.

BRASIL. Lei n.º 9.099, de 26 de setembro de 1995. **Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.** Disponível em: <[BRASIL. Projeto de Lei n.º 882, de 2019. **Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal \[...\].** Disponível em: <\[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ndusqlcjj7rdj9ekaeel7tcf20752788.node0?codteor=1712088&filename=PL+882/2019\]\(https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node01ndusqlcjj7rdj9ekaeel7tcf20752788.node0?codteor=1712088&filename=PL+882/2019\)>. Acesso em: 10 mai. 2021.](https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1995/lei-9099-26-setembro-1995-348608-exposicaodemotivos-149770-pl.html#:~:text=Veja%20tamb%C3%A9m%3A-,LEI%20N%C2%BA%209.099%2C%20DE%2026%20DE%20SETEMBRO%20DE%201995,Criminais%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%A2ncias.&text=A%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20brasileira%20de%201988%2C%20no%20art.&text=22%2C%20I%2C%20Constitui%C3%A7%C3%A3o%20Federal),seus%20efeitos%20no%20campo%20penal.>. Acesso em: 10 mai. 2021.</p>
</div>
<div data-bbox=)

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRgnoH6649091**. Rel. Min. Ribeiro Dantas. 5ª Turma. Julgado em: 18/05/2021, DJe: 21/05/2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRgnoHC575395**. Rel. Min. Nefi Cordeiro. 6ª Turma, julgado em: 08/09/2020, DJe: 14/09/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDclnoS EDclnoAgRgnoAREsp1319986**. Rel. Min. Olindo Menezes. 6ª Turma. Julgado em: 18/05/2021, DJe: 24/05/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI1719**. Pleno. Rel. Min. Joaquim Barbosa. Julgado em: 18/06/2007, DJe: 02 ago. 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI5508**. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 20/06/2018, DJe: 05 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI6304**. Rel. Min. Luiz Fux. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751792146&prcid=5843708#>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF347**. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. Julgado em: 09/09/2015, DJe: 19 fev. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC185913**. Rel. Min. Gilmar Mendes. Julgado em: 22/09/2020, DJe: 24 set. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC191464AgR**. Rel. Min. Roberto Barroso. 1ª Turma. Julgado em: 11/11/2020, DJe: 25 nov 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE596152**. Pleno. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Julgado em: 13/10/2011, DJe: 10 fev. 2012

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RHC198557AgR**. Rel.Min. Rosa Weber. 1ª Turma. Julgado em: 31/05/2021, DJe: 02 jun. 2021.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **ACR5004135-89.2018.4.04.7016**. 8ª Turma. Rel. João Pedro Gebran Neto. Julgado em: 13/05/2020, DJe: 14 mai. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O acordo de não-persecução penal criado pela nova Resolução do CNMP. **Consultor Jurídico**, 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-set-18/rodrigo-cabral-acordo-nao-persecucao-penal-criado-cnmp>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema acusatório: cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. **Revista de informação legislativa**, v. 46, n. 183, p. 103-115, jul./set. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/194935>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

DADOS DO WOLRD PRISON BRIEF. **Wolrd Prison Brief**. Disponível em: <<https://www.prisonstudies.org/world-prison-brief-data>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

DAMAŠKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of criminal procedure: A Comparative Study. **University of Pennsylvania Law Review**. Filadélfia, n. 121, pp. 1972-1973.

DE BEM, Leonardo Schimitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 219-264.

DE BEM, Leonardo Schimitt; MARTINELLI, João Paulo. O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 127-143.

DE BEM, Leonardo Schimitt; FUZIGER, Rodrigo José. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p 119-126.

DE BEM, Leonardo Schimitt; DE BEM, Viviane de Aquino. Acordo de não persecução penal: análise crítica a partir de suas fontes normativas. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 75-118.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim; GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal e sucessão temporal de normas processuais penais. **Acordo de não persecução penal**. 2ª Ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 143-179.

LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do Plea Bargaining e a tese da americanização do Processo Penal. **Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito**, [Belo Horizonte], v. 2, n. 3, p. 19-115, jul.-dez. 2017. Disponível em: <<https://delictae.com.br/index.php/revista/article/view/41/38>>. Acesso em: 21 jun. 2021

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553619047/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; DA SILVA, Luís Felipe Sene. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. **Acordo de não persecução penal**. 2. ed. Belo Horizonte: D' Plácido, 2020, p. 51-73.

MELO, João Ozorio de. Funcionamento, vantagens e desvantagens do plea bargain nos EUA. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-15/funcionamento-vantagens-desvantagens-plea-bargain-eua>>. Acesso em: 10 mai. 2021.

MONTEIRO, Pedro. Justiça Penal negociada: o 'novo' acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal#author>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 163. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530989989/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

NUCCI, Guilherme Souza. **Manual de Direito Penal**. 17. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2021, p. 90. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530993566/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

PACCELI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021, p. 36. *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026962/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

PACCELI, Eugênio. **Manual de Direito Penal - Parte Geral**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 136, *E-book*. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597025132/>>. Acesso em: 03 jun. 2021.

QUEIROZ, Paulo; VIERA, Antonio. Retroatividade da Lei Processual Penal e Garantismo. **Boletim do IBCCrim**, n. 143, São Paulo, 2004. Disponível em: <https://escolasuperior.mppr.mp.br/arquivos/File/Grupos_de_Pesquisa/GPPenal/Tema_01a_-_Retroatividade_da_lei_processual_penal_e_garantismo_Paulo_Queiroz.pdf>. Acesso em: 10 mai. 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 53.

SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. **Revista Brasileira de Direito Processual**. Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, out./dez. 2019.

SOUZA, Renne de 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** n. 74, pp. 167-191 out./dez. 2019. Disponível em: <<https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

SOUZA, Renne do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. **Meu Site Jurídico – Editora Juspodivm**, 2017. Disponível em: <<https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2017/09/14/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-res-18117-cnmp-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>>. Acesso em: 21 jun. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. O “pacote anticrime” de Sergio Moro e o Martelo dos Feiticeiros. **Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-07/pacote-anticrime-sergio-moro-martelo-feiticeiros>>. Acesso em: 10 mai. 2021.



Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
Pró-Reitoria de Graduação
Av. Ipiranga, 6681 - Prédio 1 - 3º. andar
Porto Alegre - RS - Brasil
Fone: (51) 3320-3500 - Fax: (51) 3339-1564
E-mail: prograd@pucrs.br
Site: www.pucrs.br