

QUAL É O ALCANCE TEMPORAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL?

WHAT IS THE TIME SCOPE OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT?

Gina Ribeiro Gonçalves Muniz

Mestre em Ciência Jurídico Criminais pela Universidade de Coimbra. Defensora Pública do Estado de Pernambuco.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1158241094917918>

ORCID: 0001-0001-7330-2833

ginabrg@hotmail.com

Jorge Bheron Rocha

Doutorando em Direito Constitucional pela UNIFOR. Mestre em Ciências Jurídico-criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal, com estágio na Georg-August-Universität Göttingen, Alemanha. Pós-graduado em Processo Civil pela Escola Superior do Ministério Público do Ceará. Defensor Público no Estado do Ceará e Professor da Unichristus.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5464447160393013>

ORCID: 0000-0002-6673-7174

bheronrocha@gmail.com

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Doutor, Mestre, Especialista e Graduado em Direito pela UFMG, com estágio Pós-doutoral na Universidade do Minho. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Adjunto da Universidade Federal do Ceará. Advogado criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>

ORCID: 0000-0002-2479-7937

nestor@nestorsantiago.com.br

Resumo: Trata-se de investigação acerca da aplicação do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) aos processos penais em andamento, inclusive em grau de recurso, ou já em execução penal, quando do advento do Pacote Anticrime. Defende-se a aplicação retroativa do ANPP com fundamento no princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, pois entende-se que a norma inserta no *caput* do art. 28-A do CPP tem natureza híbrida, ou seja, além de abarcar normas processuais, também tem cariz nitidamente penal, na medida em que o efetivo cumprimento do ANPP implica extinção da punibilidade do agente.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal - Retroatividade Penal - Negócio Jurídico Processual Penal.

Abstract: This article focuses on the application of the Criminal Non-Persecution Agreement (CNPA) to criminal proceedings in progress, not only in discovery, trial and appeal phases, but also in process already in criminal execution procedure when the Anticrime Package Law was enacted. We defend the retroactive application of the CNPA based on the constitutional principle of retroactivity of the most beneficial criminal law, as it is understood that the rule inserted in art. 28-A of Brazilian Criminal Procedure Code has a hybrid nature, that is, in addition to encompassing procedural rules, it also has a criminal law nature, insofar as the compliance with the CNPA implies the extinction of the punishment of the agent.

Keywords: Criminal Non - Persecution Agreement - Retroactivity of the Criminal Law - Criminal Procedure Negotiation.

No ano de 2021, o Código de Processo Penal (CPP) completa 79 anos de vigência. O fato de ser uma legislação vetusta não é problema: a questão é a não efetivação de uma necessária interpretação adequada à Constituição Federal de 1988 (CF), em que se valorizem os direitos e garantias individuais, mormente aqueles vinculados à liberdade do cidadão, presentes em quase 30 incisos do art. 5º. Para efeitos de argumentação, foquemos no inciso XL, que trata da retroatividade penal da lei mais benéfica, o que será retomado mais adiante.

Com a definição dos papéis processuais (art. 92 a 134, CF) e a estruturação constitucional do sistema acusatório, não cabe mais

ao juiz preocupar-se com a busca da prova, pois se atribuiu-se autonomia ao Ministério Público, concedendo-lhe poderes-deveres de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, CF). Dentre estas atribuições, está a de promover a ação penal (art. 129, I, CF), nos termos da lei, dentro dos espaços de obrigatoriedade e de discricionariedade que lhe são próprios, desincumbindo-se desta tarefa sem o auxílio do juiz (COUTINHO, 2009, p.23). E, propondo a ação penal, deve fazê-lo nos termos da lei, dentro dos espaços de obrigatoriedade e de discricionariedade que lhe são próprios.

De um ponto de vista quantitativo, as modificações trazidas para

“aperfeiçoar a legislação penal e processual penal”, como está escrito no preâmbulo da Lei 13.964/2019 (“Lei Anticrime” ou “Pacote Anticrime”), são mais extensas do que aquelas oriundas da Comissão Ada Pellegrini (PASSOS, 2009) e contém inovações a partir de vários institutos: juiz de garantias, acordo de não persecução penal, cadeia de custódia, arquivamento da investigação criminal, medidas assecuratórias, medidas cautelares prisionais e não prisionais, colaboração premiada, interceptação telefônica, agente infiltrado, denunciante do bem (*whistleblower*). Também há modificações pontuais no CPP e em leis esparsas que, junto às demais mencionadas, não contribuem para a efetivação de um real sistema acusatório: deixou o CPP tal como uma colcha de retalhos, ou, em uma imagem mais alegórica, como uma fantasia de festa junina: uma roupa velha cheia de remendos.

O problema maior parece residir na incompletude do Pacote Anticrime que, a partir de alterações pontuais, pretende adequar as regras infraconstitucionais do sistema acusatório do CPP ao modelo constitucional, todavia sem alterar por completo sua estrutura. Além disso, há que se mencionar que as normas infraconstitucionais estruturantes do sistema acusatório – artigos 3º-A ao 3º-F do CPP – tiveram sua eficácia suspensa por decisão monocrática em controle concentrado de constitucionalidade pelo Ministro Luiz Fux, do Supremo Tribunal Federal (STF), em janeiro de 2020.¹

O instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), previsto no art. 28-A, já havia sido previsto na Resolução CNMP n. 181/2017, posteriormente modificada pela Resolução CNMP n. 183/2018, em autêntica situação de inconstitucionalidade formal, superada pela sua inserção no CPP. Ele se apresenta como alternativa de justiça penal negociada para crimes não violentos, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos. Trata-se de um negócio jurídico, com fase extrajudicial (proposta e aceitação) e fase judicial (audiência e decisão homologatória), celebrado entre o Ministério Público e o autor do fato – necessariamente assistido por defesa técnica –, que confessa formal e circunstanciadamente a prática do crime, submetendo-se ao cumprimento de algumas condições não privativas de liberdade, em troca do compromisso de o *parquet* não oferecer denúncia em relação ao caso penal. O acordo é homologado pelo juiz competente e, uma vez integralmente cumprido, implica extinção da punibilidade. Trata-se, pois, de um instituto despenalizador.

Conforme justificativa que acompanhou o então Projeto de Lei n. 10.372/2018, de iniciativa da Câmara dos Deputados, o ANPP objetiva: (i) a punição célere; (ii) ser eficaz; (iii) alcançar um grande número de fatos delituosos; (iv) constituir-se em alternativa ao encarceramento; (v) desafogar a Justiça Criminal; (vi) economicidade aos cofres públicos; (vii) concentrar esforços no combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves; (viii) eficiência do serviço público, concentrando o trabalho de centenas de magistrados, membros do Ministério Público e defensores públicos para os casos envolvendo a criminalidade grave; (ix) efetiva reparação do dano; (x) imposição de sanção penal adequada e suficiente.²

Verificando-se o texto do art. 28-A do CPP, percebe-se que o ANPP produz consequências no *jus puniendi* do Estado, uma vez que seu efetivo cumprimento enseja a extinção da punibilidade do agente (§ 13 do art. 28-A do CPP). A partir da dogmática penal e processual penal, o presente estudo tratará da questão que se refere aos efeitos da ANPP com relação a (a) ações penais em andamento; (b) ações que já tenham sido julgadas, mas pendentes de recurso; e (c) em fase de execução penal. Quanto às condenações já cumpridas, não há dúvidas, nomeadamente a partir da consideração da natureza da norma, que eventual acordo sobre pena operaria a extinção e

retirada dos registros criminais, restaurando-se a primariedade; contudo, o esforço investigatório, neste sentido, escapa aos estreitos objetos deste artigo.

Até o presente momento, a única questão com relação à norma instituidora do ANPP que tem natureza híbrida ou mista (norma processual material) é com relação aos seus efeitos – se extensivos ou restritivos. Segundo **Renato Brasileiro de Lima**, constitui-se em inequívoca *novatio legis in melius* (2020, p. 279), sendo cabível a aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica (BITENCOURT, 2020, p. 235). **Badaró** entende que, mesmo que se adote a corrente restritiva (normas que dispõem sobre o conteúdo da pretensão punitiva), o ANPP deve ser aplicado de forma retroativa, não sendo óbice para sua utilização o fato de o processo se encontrar em uma fase mais avançada (2020, p. 113-115); **Faraco Neto e Lopes** (2020, p. 24) também entendem pela retroação das normas do ANPP. **Mendes e Lucchesi**, ao compreender a amplitude dos benefícios penais advindos do ANPP, compreendem que o instituto deve ser aplicado até mesmo para casos transitados em julgado, por força da regra da retroatividade benéfica (2020, p. 72-73).

Assim, o ANPP é (i) fator impeditivo ao *jus perseguendi in judicio*, (ii) fator impeditivo à aplicação de sanção penal, (iii) causa extintiva de punibilidade e (iv) causa de anulação de condenações. Dito de outro modo: é perfeitamente possível a realização de ANPP para os processos penais em curso (LOPES JR, 2020, p.224) no momento da vigência do Pacote Anticrime, ou mesmo nos casos já julgados, com ou sem pena integralmente cumprida. Todavia, por lealdade ao debate, é importante lembrar que parte da doutrina (JUNQUEIRA et al., 2020, p. 175-177; CAVALCANTE et al., 2020, p. 214) entende que um dos objetivos do ANPP, na perspectiva de política criminal, seria evitar sentenças, razão pela qual esse seria o limite máximo para sua confecção.

Na esteira do que se defende, entendeu a 6. Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), na decisão do AgRg no HC 575.395, pela possibilidade de realização do acordo de não continuidade da persecução penal durante a fase processual. Posteriormente, a mesma 6. Turma decidiu, de forma unânime nos autos dos EDcl no REsp 1.852.961, pela impossibilidade de aplicação retroativa do ANPP após o recebimento da denúncia. Por outro lado, o Supremo Tribunal Federal decidiu em algumas ocasiões no sentido de ser incabível o ANPP após sentença condenatória, recorrível ou transitada em julgado, como no HC 191.464, no ARE 1.171.894 e no HC 186.289.

A posição jurisprudencial da 5. Turma do STJ é bastante restritiva, reduzindo o ANPP a um negócio jurídico limitado ao momento pré-processual, conforme se vê no AgRg no RHC 128.660; no RHC 130.175-SP e no AgRg no Resp 1.860.770/SP). Nesse mesmo diapasão, também já se manifestou o STF no HC 191.464 e nos EDcl no AgRg no RE com Agravo 1.278.286.

Certamente, a temática será debatida mais vezes nos Tribunais Superiores. Inclusive, no que tange à retroatividade do ANPP aos processos penais em andamento, quando do advento do Pacote Anticrime, o Plenário do STF analisará o HC 185.913, objetivando justamente garantir segurança jurídica à matéria, mediante a fixação de tese. Importante lembrar que o STF enfrentou problemática semelhante – retroatividade da transação penal e suspensão condicional do processo – nos autos da ADI 1719, julgada em 18/06/2007, e decidiu pela possibilidade de retroatividade dos dois institutos despenalizadores. Por também se tratar de negócio jurídico processual penal, não há razão para que o STF produza julgamento destoante na matéria.

Chame-se a atenção para o fato de que foi o próprio Ministério Público o entusiasta da implementação do ANPP no ordenamento brasileiro, o que nos autoriza a concluir que a instituição tem interesse na realização de uma justiça penal negociada. Tal pressuposição pode afastar eventuais questionamentos a respeito da propositura da ANPP para casos já em andamento ou mesmo encerrados, considerando a proibição de o Ministério Público desistir da ação penal (art. 42, CPP), justamente para proteger da obrigatoriedade e seu corolário, o da indisponibilidade. Todavia, a própria existência do instituto da ANPP já é uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade. Nesta nova conjectura, o princípio da obrigatoriedade/indisponibilidade da ação penal deve ser interpretado como uma necessidade de atuação objetiva, parametrizada pela observância dos princípios da igualdade e moralidade, descartando-se qualquer possibilidade de arbitrariedade. O Direito Penal deve cumprir sua finalidade preventiva e esse objetivo pode ser alcançado por meios alternativos ao processo contencioso, de forma mais efetiva. A realização do ANPP permite maior celeridade da prestação jurisdicional criminal, contribui para redução de gastos públicos, mitiga o abarrotamento do sistema judiciário, atenua os efeitos estigmatizantes oriundos de um decreto penal condenatório e ainda contempla os interesses da vítima, pois a reparação dos danos é uma das suas condições.

O advento do ANPP não operou *abolitio criminis*, ou seja, não se retirou a incidência do Direito Penal aos casos em que é aplicável. De outra banda, pontua-se que o ANPP, por se tratar de norma processual material, com inequívocos reflexos penais vantajosos ao imputado, reclama a incidência do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica e, desta feita, deve ser aplicado aos processos penais em andamento, inclusive aqueles que se encontrem em grau de recurso. E mais: considerando que dito princípio tem alcance até mesmo para casos já julgados, restringir o ANPP até o momento da sentença condenatória recorrível, ou mesmo para casos iniciados à época da implantação da lei, implicaria restrição aos direitos do acusado. Na hipótese de já haver condenação, competente será o juízo da execução para a aplicação da lei mais benéfica, conforme entendimento da Súmula 611 do STF.

Esta solução, a um só tempo, mantém íntegras, coerentes e estáveis as determinações constitucionais sobre retroatividade da norma penal mais benéfica, e guarda a mesma perspectiva em relação às decisões do próprio STF, inclusive em controle concentrado e com eficácia *erga omnes*, como a Medida Cautelar tomada na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 347, que busca soluções para o desencarceramento, assim como a Súmula Vinculante 56 e a

decisão no Recurso Extraordinário com Repercussão Geral 641.320/RS, relativamente à impossibilidade de manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso. Ademais, deixar de aplicar penas, mesmo após a condenação transitada em julgado, não é situação estranha ao ordenamento jurídico brasileiro, que conta com possibilidade de suspensão da execução, de anistia, de indulto e de graça, estas duas últimas podendo ser concedidas inclusive de forma parcial.

Em conclusão, e considerando a retroatividade ampla do ANPP decorrente da natureza eminentemente penal, sua aplicação não deve se limitar somente a casos iniciados a partir da vigência do art. 28-A, ou mesmo somente para casos cuja denúncia já tenha sido oferecida e não tenha havido julgamento. Limitar a aplicação dos efeitos do ANPP a determinado momento processual é impor barreiras à aplicação do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica, já que, como explicado, o ANPP é acordo sobre pena, e a redação do *caput* do art. 28-A do CPP não deixa dúvidas sobre sua correlação com o disposto no *caput* do art. 59 do Código Penal.

Assim, entendido como gênero o acordo de não sancionamento penal, dos quais são espécies (i) acordo de não persecução penal; (ii) acordo de não continuidade da persecução penal; e (iii) acordo de não continuidade da execução penal, há que se visualizar as diversas situações processuais:

1. Se não tiver sido apresentada a denúncia, o representante do Ministério Público apresentará proposta de ANPP;
 2. Se já tiver sido recebida a denúncia, o juiz deverá intimar o representante do Ministério Público para a análise do oferecimento do ANPP;
 3. Se o processo estiver em grau de recurso, o Relator deverá imediatamente determinar a baixa dos autos em diligência ao primeiro grau para se oportunizar a proposta pelo Ministério Público;
- Nas hipóteses 2 e 3, se o acusado estiver preso cautelarmente, deverá haver imediata revogação de sua segregação.
4. Por fim, nas situações em que já existe uma condenação sendo executada, o juízo competente para a aplicação da lei mais benéfica será o da execução (Súmula 611 do STF). O magistrado deve oportunizar a possibilidade de ANPP ao representante do Ministério Público, e a proposta deverá ser proporcional ao tempo de pena ainda não cumprida.

Notas

¹ Também conhecida nos meios jurídicos como “Liminar Fux”, a decisão foi proferida na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6298-DF, e abrange também as ADIs 6299, 6300 e 6305. Íntegra da decisão disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/>

[cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf](https://www.camara.leg.br/noticia/NoticiaStf/anexo/ADI6298.pdf). Acesso em: 27 ago. 2020.

² Disponível em <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 10 abr. 2021.

Referências

BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. 8. ed. São Paulo: RT, 2020.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, parte geral, vol. I. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

CAVALCANTE, André Clark Nunes; LIMA, Antônio Edilberto Oliveira; PINHEIRO, Igor Pereira; VACCARO, Luciano; ARAS, Vladimir. *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Mettere Il pubblico ministero al suo posto – ed anche el giudice. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 17, n. 200, p. 23-24, julho 2009.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinícius Basso. Acordo de não persecução penal: a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual. *Boletim IBCCRim*, São Paulo, ano 28, n. 31, jun. 2020, p. 22-24.

JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo. *Lei Anticrime Comentada* – artigo por artigo. São Paulo: Saraiva, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*: volume único. 8 ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2020.

MENDES, Tiago Bunning; LUCCHESI, Guilherme Brenner. *Lei Anticrime: a (re)forma penal e a aproximação de um sistema acusatório?*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2020.

PASSOS, Edilenice. Código de Processo Penal: notícia histórica sobre as comissões anteriores. Brasília, Senado Federal: Secretaria de informação e documentação. *Migalhas*, 2009. Disponível em <https://www.migalhas.com.br/quentes/95399/poder-executivo-ja-fez-diversas-tentativas-para-alterar-o-cpp>. Acesso em: 11 jun. 2021.

Recebido em: 16.04.2021 - Aprovado em: 31.05.2021 - Versão final: 09.07.2021