

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O EFEITO RETROATIVO DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA

CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE RETROACTIVE EFFECT OF MORE FAVORABLE CRIMINAL LAW

Daniel Feitosa de Menezes

Mestre em Direito e Gestão de Conflitos pela Universidade de Fortaleza.* Pós-graduando em Direito Penal Econômico (Universidade de Coimbra-IBCCRIM). Procurador do Estado do Ceará. Advogado criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/4422238872496553>

ORCID: 0000-0001-9301-2892

daniel@vinhasmenezes.adv.br

Resumo: O artigo pretende abordar os argumentos contrários e favoráveis à aplicação do acordo de não persecução penal, recentemente acrescentado ao Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, aos processos penais em curso, à luz da garantia constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Ao final, a opinião expressada nesse ensaio será pela aplicação imediata do acordo nas ações penais já iniciadas, inclusive naquelas em que já exista decreto condenatório transitado em julgado, considerando a natureza de norma mais benigna, a inexistência de limites à cláusula da retroatividade e levando em consideração, ainda, o seu impacto sobre o *jus puniendi*.

Palavras-chave: Acordo de não Persecução Penal - Retroatividade da Lei Mais Benéfica - Aplicação Imediata - Processos em Curso - Após Sentença Definitiva.

Abstract: This article intends to address the arguments against and in favor of the application of non-persecution penal agreement, recently introduced to the criminal procedure code by law 13.964/2019, on ongoing criminal proceedings, based on the constitutional guarantee of the retroactivity of the most beneficial criminal law. At the end, the opinion expressed in this essay will be for the immediate application of the agreement to the proceedings already initiated, including those in which there is already a final and unappealable sentence, considering the nature of more benign rule, the inexistence of limits to the retroactivity clause and considering its impact on the *jus puniendi*.

Keywords: Non-Persecution Penal Agreement - Retroactivity of the most Favorable Law - Immediate Application - Ongoing Criminal Proceedings - After Final Judgment.

Acompanhando a tendência de desjudicialização iniciada em 1995, com a entrada em vigor da Lei dos Juizados Especiais, prevendo os institutos da composição civil, da transação penal e da suspensão condicional do processo para infrações penais de menor potencial ofensivo,² a Lei 13.964/2019, originada do propalado “Pacote Anticrime”, acrescentou ao Código de Processo Penal a figura do acordo de não persecução penal para os crimes praticados sem violência e grave ameaça, desde que a pena mínima cominada ao delito seja inferior a 4 anos.

Sem prejuízo das abalizadas críticas a esse crescente processo de institucionalização de espaços negociais no âmbito criminal, que sustentam haver prejuízo à garantia da jurisdição e do contraditório,³ além de inegáveis efeitos na ampliação do controle punitivo estatal,⁴ não se pode ignorar que o referido instrumento jurídico pode contribuir para a racionalização e priorização dos custos da máquina judiciária penal para as condutas delituosas mais graves e que realmente ameacem o convívio social, podendo, também, se bem compreendido os seus fundamentos pelos operadores do Direito,⁵ auxiliar na redução, ou pelo menos, na contenção do encarceramento em massa no Brasil.⁶

Conforme o disposto no novo art. 28-A e seguintes do CPP,

o acordo de não persecução penal pode ser proposto pelo Ministério Público ao investigado, desde que este confesse formal e circunstancialmente a prática da infração penal e se comprometa a cumprir determinadas condições, tais como a reparação do dano, a renúncia voluntária a bens ou direitos, a prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e o pagamento de prestação pecuniária. Em troca, o indiciado deixa de ser denunciado pelo órgão acusatório, ficando suspensa qualquer atividade persecutória até que se demonstre o cumprimento integral das obrigações firmadas no pacto com o Ministério Público, ocasião em que deverá ter extinta a sua punibilidade pelo juiz competente.

A nova legislação, entretanto, não previu o tratamento a ser dado às ações penais que já estivessem em tramitação, o que provocou o surgimento de diversas opiniões sobre o assunto, as quais, embora diverjam quanto ao estágio processual em que se entende possível a aplicação do instituto, possuem, como premissa fundamental, o reconhecimento de que a norma que criou o acordo de não persecução penal teria natureza híbrida, ou seja, traz no seu bojo aspectos processuais e penais, e que, por se mostrar favorável ao acusado, deveria retroagir para beneficiá-lo, aplicando-se a fatos anteriores à vigência da lei, conforme determina a Constituição no

seu art. 5º, inciso XL (“a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”).

Os entendimentos mais restritivos à incidência do ANPP aos processos penais em andamento podem assim ser sintetizados nos seguintes momentos processuais: enquanto não recebida a denúncia, temos o enunciado 20 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCCRIM) do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE); a jurisprudência formada no âmbito das 5ª e 6ª turmas do Superior Tribunal de Justiça,⁷ assim como o entendimento firmado na 1ª turma do Supremo Tribunal Federal.⁸

Por outro lado, parte da doutrina entende possível a formulação do acordo até antes de prolatada a sentença,⁹ o que vai ao encontro do precedente da Suprema Corte que definiu a possibilidade de aplicação retroativa do instituto da suspensão condicional do processo, desde que inexistente condenação penal, ainda que recorrível.¹⁰

Vale destacar o posicionamento, um pouco mais generoso com a cláusula da retroatividade da *lex mitior*, constante do enunciado 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, que defende a possibilidade de aplicação do instituto até o trânsito em julgado. Para o *Parquet* Federal, parece não haver dúvidas da natureza material da norma, o que demandaria a sua retroatividade, sendo definido, entretanto, o trânsito em julgado como limite à formulação do acordo.¹¹

Diante da diversidade de opiniões expressadas, que, apesar de acertarem quanto ao princípio a ser aplicado, acabam por reduzir os efeitos deste na prática, defendemos a possibilidade de aplicação do instituto do ANPP após o trânsito em julgado, diante da inexistência de limitação à cláusula da retroatividade da lei penal mais benéfica.

No plano normativo interno, observa-se que a Constituição, ao estatuir a retroatividade da lei penal mais favorável, não restringiu o seu alcance. Essa garantia constitucional encontra previsão expressa, também, no Código Penal, sendo extensível inclusive aos condenados por decisão transitada em julgado, conforme estabelece o teor do art. 2º, parágrafo único.¹² Nesse ponto, deve ser esclarecido que a reforma de 1984 revogou a redação original do art. 2º, parágrafo único de 1940, que condicionava a retroatividade da lei mais benéfica à inexistência de sentença condenatória irrecorrível, o que induz à conclusão de que a vontade do legislador era de abolir qualquer limite temporal à aplicação de leis mais favoráveis aos réus.

Quanto ao sistema internacional, destacamos as disposições do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana de Direitos Humanos, que afirmam, nos artigos 15 e 9º, respectivamente, que: “Se depois da perpetração do delito a lei dispuser a imposição de pena mais leve, o delinquente será por isso beneficiado”. Também não se observam, nesses instrumentos normativos, condicionantes ou limites à aplicação da cláusula da retroatividade da lei penal mais favorável.

Deve ser esclarecido, ainda, que está sujeita à retroatividade toda e qualquer lei que possa alterar, para melhor, a situação jurídica do acusado/condenado.¹³ Trata-se de fórmula incondicional,¹⁴ sobre a qual não pode ser imposta restrição. Vale também citar as lições de Gilmar Mendes,¹⁵ que defende que o princípio em questão não está submetido à restrição expressa, sendo vedado, portanto, qualquer intervenção que reduza o âmbito de sua aplicação e o ensinamento do jurista italiano **Luigi Ferrajoli**¹⁶ que, em sua magistral obra *Direito e Razão*, sustenta não haver razões para que a retroatividade da lei penal mais benéfica encontre limite na coisa julgada.

Por outro lado, deve ser assinalado, que o acordo de não persecução penal é fruto de um movimento de limitação do direito punitivo estatal, devendo, portanto, ser interpretado de forma a atingir seu objetivo primordial, que é evitar os prejuízos decorrentes de um processo contra o indivíduo, nas hipóteses em que se mostra mais interessante para o Estado a não persecução penal, bem como obstar todos os estigmas decorrentes de uma condenação criminal.

É inegável que as consequências advindas com a homologação do acordo são extremamente benéficas ao réu, especialmente aquele já condenado por sentença transitada em julgado. Não custa lembrar que, com a condenação penal, perde-se a primariedade, os direitos políticos ficam suspensos, podendo até, nos casos de crimes praticados por servidores públicos, ocorrer a perda do cargo, sem falar, ainda, na principal consequência, que é o cumprimento de medida restritiva de liberdade, em um ambiente de notório desrespeito aos direitos mais básicos do ser humano. Assim, é indiscutível que os benefícios advindos ao réu com a aplicação desse novo instrumento, enquanto não extinta a punibilidade, superam, em muito, as razões de interesse público comumente alegadas pelos que defendem uma maior restrição da incidência do ANPP nos processos em curso.¹⁷

No caso, se para o Estado se tornou mais conveniente e oportuno relativizar o princípio da obrigatoriedade em determinados delitos, através de uma reavaliação ético-social do fato,¹⁸ abrindo

*DIANTE DA DIVERSIDADE
DE OPINIÕES EXPRESSADAS,
QUE, APESAR DE ACERTAREM
QUANTO AO PRINCÍPIO A
SER APLICADO, ACABAM POR
REDUZIR OS EFEITOS DESTA
NA PRÁTICA, DEFENDEMOS A
POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO
DO INSTITUTO DO ANPP APÓS
O TRÂNSITO EM JULGADO,
DIANTE DA INEXISTÊNCIA DE
LIMITAÇÃO À CLÁUSULA DA
RETROATIVIDADE DA LEI PENAL
MAIS BENÉFICA.*

alternativas à persecução penal, não se mostra razoável impedir a formulação do acordo com base em critério sequer previsto em lei, cujo entendimento vai de encontro aos princípios e métodos que regem a hermenêutica constitucional, em especial o da força normativa e da máxima efetividade das normas constitucionais que definem os direitos e garantias fundamentais.

Em outras palavras: ou bem se entende que a norma que instituiu o acordo de não persecução penal é mais favorável e, por isso, deve retroagir para favorecer o réu, ainda que este conte com uma condenação criminal transitada em julgado, ou se reconhece que o mandamento constitucional não tem aplicação ao caso. O que não se pode é abrir um caminho alternativo sem apoio em sólidos e racionais fundamentos.

Dessa forma, concluímos que o acordo de não persecução penal instituído pela Lei 13.964/2019 deve retroagir para ser aplicado aos fatos praticados anteriormente à data de vigência do diploma legislativo, aos processos penais em trâmite, ainda que já julgados e que estejam em fase recursal ou decididos definitivamente. Em relação às condenações já transitadas em julgado e que aguardam o cumprimento da pena fixada, defendemos que as partes – Ministério Público ou defesa – provoquem, na primeira oportunidade, o Juiz das Execuções, com o intuito de requerer a aplicação da norma mais benigna ao condenado, a fim de possibilitar o oferecimento do acordo de não persecução penal que, na hipótese de firmado e homologado, deve suspender os efeitos da condenação até ulterior cumprimento integral das obrigações contraídas pelo réu.

Notas

¹ Ano de obtenção: 2018.

² É de rigor registrar que, dentro desse contexto negocial, ainda na década de 1990, diversas legislações instituíram o que se convencionou chamar de “direito penal premial”, em que se atenuava ou até eximia de processo e pena quem confessasse o ilícito e colaborasse com a investigação, a exemplo das Leis 8.072/1990 (Lei dos crimes hediondos), 8.884/1994, prevendo a sustação da prescrição penal e a suspensão do oferecimento de denúncia contra o agente colaborador nas infrações penais contra a ordem econômica, 9.034/1995 e 9.080/1995 (que acrescentaram às Leis 8.137/1990 e 7.492/1986, respectivamente, o instrumento da colaboração), 9.269, de 1996, que, ao conferir nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal, assentou a redução da pena para o concorrente que denunciar à autoridade o crime de extorsão mediante sequestro, facilitando a libertação do sequestrado e a Lei 9.807/1999, que, ao instituir o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas, deu um passo à frente quanto à possibilidade de isentar de pena o colaborador primário.

³ Nesse sentido, ver Lopes Jr. (2016, p. 177); Ferrajoli (2014, p. 690). Cabe salientar a advertência do Min. Gilmar Mendes, de que “a barganha no processo penal inevitavelmente gera riscos relevantes aos direitos fundamentais do imputado e deve ser estruturada de modo limitado, para evitar a imposição de penas pelo Estado de forma ilegítima” (BRASIL, 2020).

⁴ A propósito, ver Karam (2010, p. 341-343); Santos (1985, p. 298); Mathiesen (2006, p. 192); Castro (2010, p. 92).

⁵ Um dos problemas que foram observados com a aplicação dos instrumentos consensuais na Lei dos Juizados Especiais foi o seu emprego como meras ferramentas de resolução célere dos conflitos, a fim de cumprir metas de produtividade (ACHUTTI,

2016, p. 156).

⁶ Deve-se encarar a novidade legislativa como mais uma ferramenta útil para atenuar o “Estado de coisas inconstitucional” do sistema penitenciário brasileiro, na esteira do entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADPF 347. (BRASIL, 2016).

⁷ Brasil (2020).

⁸ Brasil (2020).

⁹ Lopes Jr. e Josita (2020); Calabrich (2020).

¹⁰ HC 74463, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 07-03-1997 PP-05402 EMENT VOL-01860-03 PP-00404 RTJ VOL-00169-03 PP-00981. Convém esclarecer que o tema foi afetado ao plenário pelo ministro Gilmar Mendes, relator do HC nº 185913/DF, aguardando ainda o julgamento.

¹¹ No mesmo sentido, ver Estefam (2010, p. 119).

¹² “Art. 2º - 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”.

¹³ Galvão (2013, p. 15).

¹⁴ Zaffaroni, Batista, Alagia e Slokar (2003, p. 213).

¹⁵ Mendes e Coelho (2007, p. 571).

¹⁶ Ferrajoli (2014, p. 351).

¹⁷ O mesmo entendimento é perfilhado por Paulo Queiroz (2020).

¹⁸ Prado (2013, p. 54).

Referências

ACHUTTI, Daniel Silva. *Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. Turma). *AgRg no HC 621.721/SC*. Relator: Min. Ribeiro Dantas, de 08 fev. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27621721%27\)+ou+\(\(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27621721%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27621721%27)+ou+((%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27621721%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *AgRg no HC 628.647/SC*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 07 jun. 2021. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=\(\(%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27628647%27\)+ou+\(\(%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27628647%27.suce.\)\)&thesaurus=JURIDICO&fr=veja](https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?i=1&b=ACOR&livre=((%27AGRHC%27.clas.+e+@num=%27628647%27)+ou+((%27AgRg%20no%20HC%27+adj+%27628647%27.suce.))&thesaurus=JURIDICO&fr=veja). Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *ADPF 347 MC*. Relator: Min. Marco Aurélio, de 19 fev. 2016. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20160218_031.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *HC 176785*. Relator: Min. Gilmar Mendes, de 19 mai. 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20200518_123.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *HC 191464 AgR*. Relator: Min. Roberto Barroso, de 26 nov. 2020. Disponível em: https://www.stf.jus.br/arquivo/djEletronico/DJE_20201125_280.pdf. Acesso em: 22 ago. 2021.

HC 74463, Relator(a): CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 07-03-1997 PP-05402 EMENT VOL-01860-03 PP-00404 RTJ VOL-00169-03 PP-00981.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Centro Gráfico, 1988.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOSA, Márcia Noll (Coord.) *Inovação da lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020. p. 348-365. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Arti

gos_FINAL.pdf Acesso em 31.08.2020.

CASTRO, Lola Aniyar de. Matar com a prisão, o paraíso legal e o inferno carcerário: os estabelecimentos “concordes, seguros e capazes”. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010. p. 85-101.

ESTEFAM, André. *Direito Penal Volume 1*. São Paulo: Saraiva, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 4. ed. São Paulo: 2014.

GALVÃO, Fernando. *Direito Penal: parte geral*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KARAM, Maria Lúcia. Dispositivos legais desencarceradores. In: ABRAMOVAY, Pedro Vieira (Org). *Depois do grande encarceramento*. Rio de Janeiro: Revan, 2010.

LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 2. ed. São Paulo: 2016.

LOPES JR., Aury; JOSITA, Hígyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Conjur*, 06 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal> Acesso em 31.08.2020

MATHIESEN, Thomas. *Prison on trial*. 3 ed. Winchester: Waterside Press, 2006.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007.

PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal: jurisprudência; conexões lógicas com os vários ramos do direito*. 8 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

QUEIROZ, Paulo. Retroatividade da lei anticrime. *Paulo Queiroz*, 2 mar. 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/> Acesso em: 31 ago. 2020.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal: a nova parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro – I*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.