

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
DARLENE MOREIRA NOGUEIRA**

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO
INTERTEMPORAL: A INCIDÊNCIA DO ACORDO NOS PROCESSOS EM
CURSO**

Juiz de Fora

2021

DARLENE MOREIRA NOGUEIRA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO INTERTEMPORAL: A INCIDÊNCIA DO ACORDO NOS PROCESSOS EM CURSO

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual e Ética sob orientação do Prof. Me. Thiago Almeida de Oliveira.

Juiz de Fora

2021

FOLHA DE APROVAÇÃO

DARLENE MOREIRA NOGUEIRA

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO INTERTEMPORAL: A INCIDÊNCIA DO ACORDO NOS PROCESSOS EM CURSO

Artigo apresentado à Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel. Na área de concentração Direito Processual e Ética submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Me. Thiago Almeida de Oliveira.

Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof.^a Dra. Letícia Fonseca Paiva Delgado

Faculdade Doctum

Prof. Dr. Ricardo Ferraz Braidão Lopes

Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 09 de setembro de 2021

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 JUSTIÇA CONSENSUAL COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SEARA CRIMINAL	6
2.1 O modelo da plea bargaining norte-americana	8
2.2 Mecanismos de justiça penal negociada no Brasil	10
3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	12
3.1 Requisitos	14
3.2 Hipóteses de vedação	16
3.3 Condições a serem pactuadas	17
4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO INTERTEMPORAL	18
4.1 Aplicação da lei no tempo e a retroatividade da lei mais benigna	19
4.2 Alcance do acordo nos processos criminais em curso	21
4.3 Limite temporal para a retroatividade do acordo	23
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS	26
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	27

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO INTERTEMPORAL: A INCIDÊNCIA DO ACORDO NOS PROCESSOS EM CURSO

Darlene Moreira Nogueira

Resumo

O presente artigo tem como escopo a análise do acordo de não persecução penal, sob a ótica do direito intemporal, na tentativa de estabelecer o seu alcance em relação aos processos em curso, quando da sua introdução no ordenamento jurídico. Busca-se ainda examinar outros mecanismos de justiça penal negociada no Brasil e o instituto da *plea bargaining* norte-americana, fonte de inspiração aos modelos aqui implantados. Por fim, apresenta-se a controvérsia que paira sobre a fixação de uma baliza temporal para a retroatividade do acordo, verificando-se que esta deve estar em total consonância com os direitos e garantias constitucionalmente asseguradas.

Palavras-chave: Justiça negociada. Acordo de não persecução penal. Direito intertemporal. Retroatividade da lei benéfica. Limite

1 INTRODUÇÃO

O acordo de não persecução penal foi inserido no ordenamento jurídico pátrio em meio a um cenário de intensas críticas e questionamentos no tocante à capacidade de funcionamento do sistema criminal. Na realidade, tem-se um aparato judiciário demasiadamente asoberbado e carente de investimentos estatais, o que culmina na morosidade da prestação jurisdicional. Tais problemas fomentam uma percepção de impunidade e, por conseguinte, um sentimento de descrédito para com as instituições responsáveis pelo tratamento penal.

Tudo isso tem despertado crescente interesse na solução de justiça penal negociada, tal como ocorre na sedutora proposta da *plea bargaining* norte-americana. Infere-se que essa

busca incessante por aprimoramento da justiça criminal tem como pilares, a celeridade, a efetividade e a simplificação do trâmite processual. A inauguração de mais um mecanismo de justiça negociada na legislação pátria confirma a inexorável tendência de ampliação dos espaços de consenso na seara criminal, daí porque torna-se necessário debater sobre a temática da resolução dos conflitos criminais pela via da negociação.

O cerne deste trabalho consiste na análise do acordo de não persecução penal, enfrentando o problema que emerge em relação à sua eficácia temporal. Discute-se sobre a possibilidade de aplicação do acordo aos processos que já se encontravam em trâmite quando do advento da lei anticrime. Para tanto, será abordada a temática do direito intertemporal, na tentativa de estabelecer o alcance desse novo instituto. A análise em questão foi desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, sendo utilizadas doutrinas, revistas científicas, jurisprudências, ordenamento jurídico pátrio e sítios da internet.

Partir-se-á de algumas considerações sobre a justiça consensual como meio de resolução dos conflitos na seara criminal, perpassando o estudo pelos mecanismos de justiça negociada no Brasil e também pelo instituto estadunidense da *plea bargaining*. Passo seguinte, analisar-se-á as principais características do novo acordo de não persecução penal, os requisitos, as hipóteses de vedação e as condições a serem pactuadas para o seu entabulamento. Após, centraliza-se a discussão no tocante ao direito intertemporal, com enfoque para o mandamento constitucional da retroatividade da lei penal mais benéfica. Por fim, examina-se a abrangência do acordo em relação aos processos em curso, visando estabelecer possíveis balizas temporais para a sua aplicação.

Assume-se como hipótese a noção de que a retroatividade do acordo de não persecução penal guarda íntima relação com direitos e garantias fundamentais, não podendo ser suprimida somente porque o indivíduo passou a figurar na condição de réu de uma ação penal. Não se pretende aqui inaugurar uma solução para o problema, mormente porque trata-se de uma tema em construção. Dito isso, ao final serão expostas algumas breves considerações sobre tal problemática, no intento de ao menos aclará-la.

2 JUSTIÇA CONSENSUAL COMO MEIO DE RESOLUÇÃO DOS CONFLITOS NA SEARA CRIMINAL

Com o passar dos anos, intensificaram-se as críticas e os questionamentos acerca da capacidade de funcionamento do sistema criminal, notadamente sob o prisma da efetividade.

Diversos são os fatores que desencadearam discussões acerca dessa problemática, dentre os quais destacam-se o aumento dos índices de criminalidade, a morosidade na prestação da tutela jurisdicional e a sobrecarga do aparato judiciário. Em meio a essa conjuntura, adveio a necessidade de se criar uma nova roupagem à justiça criminal, com vistas a eficácia da concretização do poder punitivo estatal, de maneira a se atender os anseios de uma sociedade desencantada com o sistema repressivo.

É nesse contexto de crise que emerge tamanho interesse na solução de justiça penal negociada, uma tendência confirmada em diversos países, tal como se vê no sistema norte-americano, a partir do modelo da *plea bargaining*. Trata-se de uma alternativa que surge no intento de se esquivar dos ônus de um processo criminal longo e complexo, possibilitando a aplicação imediata da pena àquele que se assume culpado e renuncia à sua presunção de inocência. A adoção de um modelo consensual de justiça privilegia valores como eficiência, celeridade e economia processual (NARDELLI, 2014, p. 333).

Diante do quadro exposto, é inegável que a importação de soluções consensuais apresenta-se como uma proposta bastante atraente. A esse respeito, Geraldo Prado (2001, p. 358-359) adverte para a necessidade de cautela e ponderação na utilização desses institutos, especialmente em relação aos seus destinatários e à estabilidade na resolução dos conflitos. Isso porque, as estatísticas atinentes ao sistema penitenciário, notadamente do Brasil, sinalizam para um direito penal eminentemente celetista, que incide sobre grupos sociais despidos de poder.

Para Vinícius Vasconcellos (2015, p. 23-24) o fenômeno da justiça negocial consiste em uma tendência atual de reconhecimento por parte do Estado, acerca da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal, que se verifica através da admissão de sua culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros. Segundo o autor, esse mecanismo tem por objetivo a facilitação da atividade desenvolvida pelo órgão acusador, na medida em que o dispensa da comprovação cabal dos fatos. Ao mesmo tempo inibe a atuação da defesa frente à imputação, vez que pressupõe uma certa concordância com a pretensão acusatória.

Evidentemente que a tão proclamada eficiência e a abreviação do trâmite processual não podem ser buscadas a qualquer custo, sob pena de um desvirtuamento dos mecanismos negociais. Para além, podem desencadear graves violações aos direitos e garantias individuais precípuas, distanciando-se significativamente de um processo penal que se pretenda legítimo

e justo, o qual fora instituído justamente para servir de baliza ao exercício do poder de punir do Estado.

Nesse ínterim, é de grande valia os dizeres de Aury Lopes (2021, p. 47) ao tecer questionamentos acerca da ampliação irrestrita da aplicação consensual da pena. Vejamos:

Em termos práticos, argumentos de eficiência e sobrecarga da justiça criminal serão determinantes para que a negociação no processo penal seja ampliada, porque o entulhamento do sistema de administração da justiça existe. É preciso pensar esses limites a partir da compreensão da nossa realidade social-prisonal, dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal e suspensão condicional do processo, além da própria experiência internacional.

Também em tom de crítica, Nereu Giacomolli e Vinicius Vasconcellos (2015, p. 1125) ressaltam que a introdução de mecanismos de justiça negociada na esfera criminal fomenta traços autoritários em aspectos cruciais do processo penal. De igual sorte, a aplicação antecipada da pena, sem as amarras do devido processo legal, pode contribuir com a criminalização seletiva, desviando-se sobremaneira do seu real propósito. Insta dizer que a abertura de portas para a justiça negociada, que indiscutivelmente é uma realidade contemporânea, exige um olhar extremamente atento às garantias fundamentais, sob pena de se inverter as pedras de toque do processo penal, a exemplo da presunção de inocência.

Diante desse contexto de evidente alargamento dos espaços de consenso na seara criminal, torna-se necessário examinar os mecanismos de justiça criminal negocial previstos na legislação pátria, passando pelos modelos introduzidos pela Lei 9.099/95 até chegar no mais recente instituto, a saber, o acordo de não persecução penal, objeto deste trabalho. Antes de debruçar sobre o cenário nacional, é de suma importância tecer breves considerações sobre a experiência estadunidense, fonte de inspiração aos modelos aqui implantados.

2.1 O modelo da *plea bargaining* norte-americana

A celebração de acordos na esfera penal consiste em uma prática extremamente comum nos Estados Unidos, tendo como finalidade precípua a abreviação do trâmite processual, a partir da assunção de culpa por parte do acusado. A prática em comento denomina-se *plea bargaining*, instituto tipicamente estadunidense. Em linhas bem gerais, trata-se de uma negociação realizada entre promotor e acusado, através do qual este último reconhece a responsabilidade pelo fato em troca de alguma concessão por parte do Estado, representado pelo órgão acusador.

Não obstante as controvérsias que pairam sobre a definição da *plea bargaining*, há que se reconhecer a existência de um elemento medular para a realização do acordo, qual seja, a declaração de culpa pelo acusado (*guilty plea*). Em regra, a negociação se verifica após encerrada uma fase de apurações pré-processuais, na etapa de formalização da acusação, em que o autor é chamado em juízo para formalizar o *plea*, ou seja, para se posicionar formalmente acerca da imputação. Nessa ocasião, pode declarar-se culpado (*guilty plea*) ou inocente (*not guilty plea*). Algumas jurisdições aceitam ainda um terceiro tipo de pronunciamento, por meio do qual o acusado o acusado exprime o seu desejo de não refutar a acusação, sem que isso importe em reconhecimento de culpa (*nolo contendere plea*) (NARDELLI, 2014, p. 341).

Essa assunção de culpa pode ser considerada suficiente para alicerçar uma condenação, autorizando, desde logo, a submissão do autor ao cumprimento de uma pena. Importa dizer que, ao declarar-se culpado, o acusado renuncia aos direitos que teria caso preferisse ir a julgamento. Em contrapartida, tende a receber uma pena mais branda se comparada àquela que seria aplicada na hipótese de ser julgado da maneira convencional. Pode haver ainda uma redução no tocante ao número ou até mesmo à gravidade das acusações feitas ao acusado. Sob um viés otimista, a via negociada também se apresenta como uma alternativa sedutora, na medida em que a aceleração procedimental pode mitigar os efeitos decorrentes da exposição dos acusados em juízo, haja vista as rotulações e a própria punição social a que os mesmos estão sujeitos.

A título de vantagens poderia se falar também na abreviação do trâmite processual e, por conseguinte, na redução dos custos estatais. Aponta-se ainda a dispensa da vítima em prestar declarações em juízo, já que se trata de uma experiência por vezes traumática, bem como possibilita que os esforços sejam concentrados em casos mais complexos. Além da ânsia por eficiência, há que se destacar que o desfecho mais célere dos casos também poderia incutir um sentimento de confiança da sociedade em relação à justiça criminal.

No sistema de justiça criminal americano, estima-se que cerca de 90% dos casos penais são resolvidos por meio de acordos, podendo alcançar 99% em algumas regiões como Detroit e 97% dos casos federais (LANGBEIN, 2017, p. 138 apud LOPES JR, 2021, p. 47). Isso implica dizer que 9 de cada 10 casos criminais não chegam a ir a julgamento, sendo de pronto resolvidos com a aplicação de uma sanção, sem as amarras de um devido processo. Discussões à parte, a Suprema Corte dos EUA tem reputado como constitucional a prática da

plea bargaining, tida por vezes como mecanismo essencial à administração da justiça criminal.

Inúmeras críticas são tecidas em relação ao modelo de negociação norte-americano, dentre as quais destaca-se a supressão de garantias fundamentais do acusado. Nessa toada é de grande valia a percepção de Aury Lopes, um dos ferrenhos críticos do instituto em análise (2021, p. 133). Vejamos:

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em uma técnica que transforma a acusação em um instrumento de coação, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”, e o acusado que resiste vira um estorvo.

Para além da relativização de diversos direitos, não se pode perder de vista a potencialidade de condenações de inocentes, que acabam cedendo às pressões do órgão acusador e sujeitando-se às sanções impostas a seu bel-prazer. Daí porque é preciso questionar até que ponto deve-se buscar a resolução precoce dos litígios criminais, concedendo uma “recompensa” ao acusado que admite a sua culpa.

2.2 Mecanismos de justiça penal negociada no Brasil

A semente da justiça penal negociada no Brasil foi plantada pela Constituição Federal de 1988, que em seu art. 98, inciso I, estipulou a criação dos Juizados Especiais Criminais (JECrims), competentes para julgar e processar infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante um procedimento sumaríssimo, com possibilidade de recursos dirigidos a uma Turma Recursal Criminal, composta por juízes de primeiro grau. Ocorre que, a competência dos JECrims foi delimitada somente tempos depois, com o advento da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, que também trouxe uma definição para infração penal de menor potencial ofensivo.

A legislação pátria em comento promoveu uma ruptura com o sistema tradicional de justiça penal, ao inaugurar um modelo alicerçado em soluções dialogadas ou consensuadas para os litígios criminais. Entre outras medidas despenalizadoras, introduziu a transação penal e a suspensão condicional do processo, institutos promissores da almejada celeridade e eficiência na resolução dos casos criminais, promovendo, por conseguinte, uma

desburocratização da justiça penal. Além de efetivamente abrir as portas para a justiça negociada no Brasil, a Lei 9.099/95 foi responsável por estruturar um microsistema criminal (GIACOMOLLI, 2016, p. 312).

Tecidas essas considerações, merecem exame a transação penal e a suspensão condicional do processo, primeiros mecanismos de negociação no processo penal brasileiro. Em havendo prosseguimento da persecução penal, excluída a possibilidade de arquivamento, o promotor poderá oferecer o benefício da transação penal, que consiste numa proposta de aplicação imediata de uma pena restritiva de direitos ou multa, contanto que não reste verificada nenhuma das vedações descritas no §2º do art. 76 da Lei 9.099/95. Essa aplicação imediata da pena está condicionada à concordância do autor, sendo que não produzirá os efeitos decorrentes de uma sentença penal condenatória. Ou seja, não configura reincidência, já que sequer constará de seus registros criminais e tampouco implicará em coisa julgada na esfera cível.

Frustrada a tentativa de acordo na audiência preliminar, e mesmo já tendo sido oferecida a exordial acusatória, admite-se nova tentativa de aplicação consensual da pena, conforme se extrai do art. 79 da Lei 9.099/95. Uma vez cumpridas as condições estipuladas no acordo, extingue-se a punibilidade do autor, com o consequente arquivamento do processo. Aspecto controverso da transação penal diz respeito ao seu descumprimento. Sobre o assunto, foi editada a Súmula Vinculante 35, que autoriza a continuidade da persecução penal, em havendo descumprimento do acordo, considerando que a sua homologação não produz coisa julgada material. Trata-se de solução passível de críticas por parte da doutrina, vez que pode colocar em xeque a própria ideia do instituto. O mecanismo em tela guarda profunda similitude com a *plea bargaining* estadunidense, abordada anteriormente (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015, p. 1116).

A suspensão condicional do processo, por sua vez, encontra-se disciplinada no art. 89 da Lei 9.099/95, tratando-se de um mecanismo de justiça negociada que recai sobre o processo e não sobre a pena, muito embora acabe por repercutir nesta. O referido instituto implica na suspensão do curso do processo, bem como do prazo prescricional, submetendo o acusado a um período de prova de dois a quatro anos. Expirado tal prazo e não havendo revogação do benefício, o juiz declarará extinta a punibilidade. As condições a serem pactuadas se equiparam, em certa medida, as sanções penais, porém sem os efeitos decorrentes de uma sentença penal condenatória. Há que se destacar que, em atenção às

peculiaridades do fato praticado e da situação pessoal do acusado, o magistrado poderá fixar outras condições, conforme autoriza o §2º, do art. 89 da Lei 9.099/95.

Oportuno esclarecer que existe cizânia doutrinária e jurisprudencial em torno da natureza do instituto ora analisado, tal como ocorre na transação penal. De um lado há quem defenda fervorosamente que se trata de um direito subjetivo do acusado, enquanto de outro, há aqueles que sustentam ser uma prerrogativa do órgão acusador. Evidentemente que, uma vez preenchidas todas as determinações legais, não soa razoável a recusa infundada do Ministério Público, em oferecer o benefício. Conforme se depreende, as soluções consensuais aventadas desde o surgimento dos Juizados Especiais Criminais possuem um elemento essencial em comum, a saber, a concordância do acusado em cumprir as condições pactuadas em troca de algum benefício.

Após essa breve análise dos mecanismos de justiça negociada trazidos Lei 9.099/95 é fundamental discorrer sobre o acordo de não persecução penal, um recente instituto que veio para expandir ainda mais os espaços de consenso na esfera criminal, reforçando a tendência de se buscar a contribuição do acusado no intuito de abreviar o trâmite processual e, por conseguinte, oferecer uma resposta mais célere aos anseios sociais.

3 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal foi inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), posteriormente alterada pela Resolução 183/2018, do mesmo órgão. Quando da sua criação, o instituto foi alvo de diversas críticas, que apontavam no sentido da sua inconstitucionalidade formal. Isso porque, conforme dispõe o art. 22, inciso I da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre matérias atinentes ao direito penal e processual. Sustentavam alguns autores que, por versar justamente sobre essas matérias, o acordo em comento não poderia ser regulado por meio de resolução, tendo sido então instaurado pela via legislativa inadequada.

Ocorre que, com o advento do chamado “Pacote Anticrime” (Lei 13.964/2019), que inseriu o art. 28-A no Código de Processo Penal, a discussão que pairava em torno da constitucionalidade do instituto restou totalmente superada. Regularmente instituído no sistema processual penal, o acordo de não persecução encontra-se disciplinado no dispositivo supracitado, cuja redação é bastante semelhante àquela do art. 18 da Resolução 181/2017 do

CNMP. As alterações promovidas foram sutis, essencialmente para ampliar as hipóteses de incidência do acordo e para afastar algumas vedações anteriormente previstas.

Ao lado de outros institutos, tais como a transação penal e a suspensão condicional do processo, o acordo de não persecução surge como uma alternativa à política do encarceramento. Ou seja, mais uma medida despenalizadora que visa expandir os espaços de consenso no âmbito do processo penal brasileiro. Insta salientar que, a celebração do acordo em questão implica na mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, já que autoriza a não persecução penal em alguns casos, como será abordado adiante. A lógica utilitarista desse mecanismo de justiça consensual foi reforçada pela própria Resolução 181/2017 do CNMP, consoante se extrai do trecho que ora transcrevo:

Considerando a carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais.

Renato Brasileiro (2020, p. 275) aponta alguns fatores que possivelmente impulsionaram a criação do instituto em comento, originariamente pela Resolução 181/2017 do CNMP e tempos depois pela Lei 13.964/2019, dentre os quais a necessidade de modelos alternativos no processo penal, aptos a promover uma solução mais célere das demandas consideradas menos graves e, por conseguinte, a alocação de recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário ao processamento de demandas mais graves. E ainda, a possibilidade de se evitar uma condenação criminal e os efeitos danosos advindos desta, bem como o desafogamento do sistema penitenciário.

Nesse mesmo sentido, direciona-se o posicionamento de Eugênio Pacelli (2021, p. 123), ao indicar os possíveis interesses envolvidos na criação do instituto. É de se analisar:

Pensamos que há interesse de ambos os lados nessa equação. Há *superlotação* de processos penais no Judiciário brasileiro; há *superlotação* de presos no sistema penitenciário nacional e há, ainda, deficiência de recursos humanos para lidar com todos esses problemas. Talvez seja essa, enfim, uma alternativa que poderá semear novos tempos de conciliação processual penal.

Evidentemente que a busca por novos mecanismos de resolução dos conflitos terá como pano de fundo a eficiência e a funcionalidade dos aparelhos estatais encarregados do trato penal. Há, todavia, que se tomar consciência de que essa discussão sobre o sistema punitivo estatal deve ir muito além de uma lógica meramente efficientista/utilitarista, eis que é dever primordial do Estado garantir os direitos dos cidadãos. Por essa razão, exige-se uma

postura diferenciada dos atores envolvidos na persecução penal. Dito isso, cumpre analisar os quesitos para a celebração do acordo de não persecução penal.

3.1 Requisitos

Para que seja entabulado o acordo de não persecução penal, a lei impõe alguns requisitos, os quais deverão ser preenchidos de forma cumulativa. O art. 28-A, *caput* do Código de Processo Penal, assim dispõe:

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:

O primeiro requisito a ser observado diz respeito ao não arquivamento do procedimento investigatório. Isso implica dizer que, o acordo somente é cabível caso haja viabilidade acusatória, ou seja, quando se estiver diante de lastro probatório mínimo para a deflagração da ação penal. Em sendo o caso de arquivamento da investigação criminal, de modo algum poderá o representante do Ministério Público proceder à celebração do acordo, utilizando-se desse instituto indevidamente, isto é, como alternativa ao arquivamento.

Superada essa primeira exigência, é necessário ainda que o investigado confesse formal e circunstancialmente a prática do delito ora lhe imputado. Trata-se de uma contribuição imposta para a realização do acordo, sendo que essa confissão tanto pode ocorrer ao longo da investigação, quanto por ocasião da sua celebração. Nota-se aqui tamanha similitude com o instituto da *plea bargaining*, dada a exigência de admissão de culpa por parte do acusado. Contudo, Marcella Mascarenhas (2014, p. 342) adverte que o *guilty plea* norte-americano não se confunde com a confissão típica do sistema *civil law* e faz uma diferenciação entre os dois institutos:

Apenas para que fique claro, o *guilty plea* norte-americano diferencia-se sobremaneira do instituto da confissão da *civil law*. O primeiro, como se viu, autoriza imediatamente a aplicação da pena, mostra-se como alternativa ao processo, já que tem a condenação como consequência direta, desde que desprovida de qualquer vício. Já a confissão no sistema romano-germânico se insere no devido processo legal, tendo valor como elemento de prova a ser apreciada livremente pelo julgador e contrastada com as demais existentes.

Nesse aspecto, há que se destacar que o acordo de não persecução penal se difere sobremaneira dos mecanismos de justiça negocial disciplinados na Lei 9.099/95, os quais não

trazem essa exigência de confissão da prática do delito. Por oportuno, convém lembrar que o investigado possui o direito de não produzir prova contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, em face da garantia do *nono tenetur*, resguardada no âmbito da CADH e no art. 5º, inciso LXIII da Constituição Federal. Evidentemente que o acordo não poderá ser buscado a qualquer custo, sob pena deste se converter em um instrumento de coação.

Seria ingênuo negar a existência de ambientes de constrangimentos na esfera criminal. E por razões óbvias a celebração de um acordo, que traz consigo a exigência de uma confissão, pode alargar esse campo de coação, tal como ocorre no modelo norte-americano. O acusado pode se sentir compelido a cumprir tal requisito, por temer uma punição mais austera no futuro. Daí porque deve se cuidar para que a confissão seja totalmente despida de qualquer ameaça, sobretudo de uma pena mais severa, caso o mesmo recuse a proposta oferecida, invocando seus direitos à presunção da inocência e ao devido processo legal, garantias estas constitucionalmente asseguradas.

Dando continuidade, esclarece-se que o cabimento do acordo de não persecução é restrito aos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima cominada seja inferior a quatro anos. Para aferição dessa pena mínima exigida, é necessário que sejam observadas eventuais causas de aumento e de diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme preceitua o §1º do art. 28-A do CPP. Sobre esse cômputo, Aury Lopes (2021, p. 86) reforça que as majorantes devem incidir em grau máximo, ao passo que as minorantes devem incidir em grau mínimo, pois o que se pretende alcançar é a pena mínima cominada. Oportuno destacar que esse limite estipulado pelo legislador é bastante significativo, vez que abarca um número extenso de tipos penais. Mais uma vez, reforça a perspectiva de ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro.

Por fim, a nova lei preceitua que o acordo e suas condições sejam necessárias e suficientes para a reprovação e prevenção do crime. Não se trata propriamente de uma inovação, vez que o art. 59 do Código Penal traz essa mesma exigência, ao tratar das circunstâncias a serem sopesadas, por ocasião da dosimetria das penas. Ressalta-se que, esse critério reforça a responsabilidade da tarefa conferida aos atores envolvidos na celebração do acordo, notadamente o Ministério Público. Abre-se aqui um espaço propício aos excessos, tendo em vista o vasto rol de delitos contemplados pela possibilidade de acordo e o subjetivismo que paira sobre esse critério.

3.2 Hipóteses de vedação

O acordo de não persecução penal é vedado nas hipóteses a que se refere o art. 28-A, §2º do CPP. Trata-se de causas impeditivas de caráter alternativo, isto é, uma vez constatada a presença de qualquer uma delas, e ainda que preenchidos os requisitos anteriormente abordados, resta afastada a possibilidade de oferecimento do acordo. Primeiramente, este não será admitido quando for cabível a transação penal, instituto de competência dos Juizados Especiais Criminais, regulado pela Lei 9.099/95. Portanto, quando tiver lugar a transação penal, não há que se falar em acordo de não persecução, já que aquela prefere a este.

O legislador também levou em consideração as condições pessoais do agente, ao impor a vedação para aplicação do acordo quando este for reincidente ou se existirem elementos que denotam conduta habitual, reiterada ou profissional, salvo se as infrações pretéritas foram insignificantes. Aqui também se abre certa margem de discricionariedade por parte do Ministério Público, dada a imprecisão dos termos contidos no art. 28-A, §2º, inciso II do CPP, ora em comento. Alguns autores têm rechaçado a parte final desse dispositivo, em razão da indefinição quanto ao que seria enquadrado como infração insignificante. A esse respeito, é de grande valia as palavras de Eugênio Pacelli (2021, p. 120):

A se censurar, no ponto, a expressão “*exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*”, que é dotada de inequívoco subjetivismo. Talvez fosse preferível estabelecer um patamar objetivo de pena, para não deixar o investigado ao alvedrio da acusação e do juiz quanto à “insignificância” das condutas anteriores. Com o tempo, espera-se que a jurisprudência possa sedimentar algum parâmetro relativamente seguro para a aplicação da regra.

Visando uma possível solução ao problema anteriormente apontado, Renato Brasileiro (2020, p. 281) interpreta a expressão insignificante, como se referindo às infrações de menor potencial ofensivo, respaldando-se no Enunciado nº 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que dispõe sobre a vedação analisada, trazendo esse entendimento ao final. Segundo o autor supracitado, não faria sentido essa expressão dizer respeito ao princípio da insignificância, vez que nesse caso, não haveria que se falar em crime anterior, ante a ausência de tipicidade material.

Também não poderá ser proposto quando o agente tiver sido contemplado pelo acordo de não persecução penal, pela transação penal ou pela suspensão condicional do processo, nos últimos cinco anos que antecedem o cometimento do delito imputado. A intenção do legislador aqui é justamente evitar a banalização desses institutos, destinados a beneficiar

essencialmente acusados primários. Ademais, não se aplica o acordo, quando se tratar de delito cometido no âmbito de violência doméstica e familiar ou ainda, praticado contra a mulher em razão da condição de sexo feminino. Ao estabelecer tal vedação, o legislador seguiu o mesmo raciocínio do art. 41 da Lei 11.340/06 e da Súmula 536 do STJ, que afastam os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, disciplinados pela Lei 9.099/95.

Em breves linhas, convém lembrar que o art. 18 da Resolução 181 do CNMP, trazia outras hipóteses restritivas, as quais não foram reproduzidas pelo novo art. 28-A do CPP. Dentre as causas impeditivas não incorporadas pela Lei 13.964/19 estão: dano causado pelo delito for superior a vinte salários mínimos; risco de prescrição da pretensão punitiva estatal; delito hediondo ou equiparado; delito cometido por militares que afetam a hierarquia e a disciplina.

3.3 Condições a serem pactuadas

As condições a serem cumpridas pelo investigado estão abarcadas pelos incisos do art. 28-A do CPP e podem ser ajustadas cumulativa ou alternativamente no acordo entabulado. Por ocasião da celebração do acordo de não persecução penal, deve o autor se comprometer a cumprir certas obrigações, que serão apresentadas a seguir. Antes, porém, é mister que se esclareça que não se trata de pena, até mesmo porque sequer chegou a existir um processo. Em vista disso, é imperioso que as condições sejam não privativas de liberdades, atingindo apenas direitos disponíveis.

Dito isso, a primeira condição a ser imposta consiste na reparação ou restituição da coisa ao ofendido, salvo impossibilidade de fazê-lo. Sendo assim, essa condição somente não será estipulada nos casos em que restar demonstrada a inexistência de dano, o perecimento do objeto ou ainda a incapacidade financeira do investigado de arcar com o prejuízo causado. Vale lembrar que essa mesma imposição pode ser vista na suspensão condicional do processo, consoante se extrai do art. 89, §1º, inciso I da Lei 9.099/95. A bem da verdade, a nova lei reproduziu encargos dispersos no ordenamento jurídico, como se pode perceber.

A celebração do acordo também está condicionada à renúncia de bens e direitos, sejam eles instrumentos, produtos diretos ou provenientes do delito, a serem indicados pelo Ministério Público. Nessa hipótese, o investigado consente voluntariamente com o confisco dos bens relacionados com a atividade criminosa, para fins de realização do acordo. É de se

reparar a semelhança dessa condição, com os efeitos extrapenais dispostos no art. 91, inciso II do Código Penal, sem contudo confundi-los, vez que estes últimos são advindos de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

A prestação de serviço à comunidade ou entidade pública e o pagamento de prestação pecuniária também constituem condições a serem pactuadas, quando da celebração do acordo de não persecução penal. Ressalta-se que o ajuste dessas obrigações será feito nos moldes do que dispõem os arts. 45 e 46 do Código Penal. Convém lembrar que, apesar de serem bastante conhecidas como penas restritivas de direitos, aqui elas se comportam apenas como condições para que o acordo seja entabulado, de modo que o descumprimento de qualquer uma delas jamais ensejará a conversão em pena privativa de liberdade.

Por fim, o legislador deixou a cargo do Ministério Público, a fixação de outras condições que entender pertinentes, contanto que sejam proporcionais e compatíveis com o delito imputado. Tarefa semelhante foi conferida ao órgão ministerial no art. 89, §2º da Lei 9.099/95, que versa sobre a suspensão condicional do processo. Partindo-se do mesmo entendimento jurisprudencial predominante em relação a esse último instituto, Renato Brasileiro (2020, p. 284) conclui que essas outras condições podem incluir as demais penas restritivas de direitos, além daquelas já previstas no art. 28-A do CPP, como por exemplo, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana.

4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O DIREITO INTERTEMPORAL

Um dos pontos de maior debate e divisão atualmente refere-se à incidência do acordo nos processos em curso na data da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, com denúncias já oferecidas e recebidas. Nesse ínterim, questiona-se se haveria um limite temporal à retroatividade do acordo, isto é, se haveria uma fase processual que balizaria a sua aplicação aos processos que já tramitavam quando da sua introdução na ordem jurídica.

Desse modo, torna-se necessário debater sobre a (ir)retroatividade desse novo mecanismo de justiça negociada e seu alcance em relação às ações penais em andamento. Seria o acordo de não persecução penal aplicável somente aos casos em que ainda não houve recebimento da denúncia? E quanto aos processos que se encontram em fase de instrução? E àqueles que possuem sentença penal condenatória não definitiva? E até mesmo àqueles em que a sentença condenatória já transitou em julgado?

Cumpra, antes de discutir essas questões tormentosas e no intento de fornecer subsídios à compressão destas, abordar a temática do direito intertemporal, eis que intimamente ligadas.

4.1 Aplicação da lei no tempo e a retroatividade da lei mais benigna

O Código Penal vigente estabelece em seu art. 2º, parágrafo único, que a lei posterior sempre que for mais favorável ao agente, aplica-se aos fatos ocorridos antes de sua entrada em vigor, mesmo que já tenham sido decididos por sentença condenatória transitada em julgado. Essa disposição legal foi trazida pela Lei 7.209/1984, que reformou toda a parte geral do Código Penal de 1940. O conteúdo ora apresentado refere-se ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, consagrado no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal de 1988.

Carlos Roberto Bitencourt (2020, p. 223) traz a seguinte definição para a lei penal mais benigna:

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal.

A contrario sensu, se porventura sobrevier norma mais prejudicial ao acusado, seja porque de alguma forma tangencia direta ou indiretamente no seu direito de liberdade, ou porque agrava as consequências advindas da prática de um crime ou ainda porque incrimina novas condutas, em hipótese alguma esta *lex gravior* poderá ser aplicada àqueles que haviam cometido o delito em data anterior de sua vigência. Vê-se que, resta totalmente vedada a retroatividade da lei que de algum modo agrava a situação do autor do fato, dada a exigência de segurança jurídica e de tutela das garantias constitucionalmente asseguradas. Nessa toada, Luiz Regis Prado (2021, p. 261) afirma que “a irretroatividade da lei penal consubstancia a garantia e a estabilidade do ordenamento jurídico, sem o qual não haveria condição preliminar de ordem e firmeza nas relações sociais e de segurança dos direitos individuais.”

Noutro vértice, “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”, consoante art. 2º do Código de Processo Penal, *in verbis*. Aqui, vige o princípio da imediatidade ou do *tempus regit actum*, segundo o qual a lei produz efeitos a partir de sua entrada em vigor, sem se falar em

retroatividade. Todavia, os atos praticados sob a vigência da norma processual anterior não são afetados. Aury Lopes (2021, p. 45) propõe uma diferenciação entre lei penal e lei processual penal, esclarecendo que a primeira seria aquela que disciplina o poder punitivo estatal, dispondo sobre o conteúdo material do processo, ao passo que, a segunda seria aquela que regula o início, o desenvolvimento ou o seu fim, bem como os diversos institutos processuais.

Compulsando a legislação, depreende-se que os efeitos temporais de uma norma genuinamente penal diferem em relação à norma processual. Parcela considerável da doutrina não vê problema na aplicação imediata da lei processual, sustentando não ser possível o efeito retroativo, uma vez que os atos já teriam sido praticados, logo não haveria possibilidade de renovação. No entanto, alguns autores se insurgem contra essa posição. É o caso, por exemplo, de Aury Lopes (2021, p. 45) que sustenta que “o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP, assim aplicado, não resistiria a uma filtragem constitucional, ou seja, quando confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição” e posteriormente completa “não há como se pensar o Direito Penal completamente desvinculado do processo e vice-versa.”

Paulo Queiroz e Antonio Vieira (2004, p. 15) consideram ser totalmente irrelevante a distinção feita entre lei penal e lei processual penal, tendo em vista a unicidade do Direito e a idêntica finalidade por elas cumpridas, qual seja, a garantia do mais frágil - obviamente, o acusado - perante o Estado. Nas palavras dos autores citados “no que toca ao tema da retroatividade da lei, o que importa, numa perspectiva garantista, não é a natureza jurídica da norma - se penal, se processual penal -, mas o grau de garantismo que encerra.”

Seguindo essa visão ampliativa, Gustavo Badaró (2015, p. 95) defende a aplicação indistinta da regra do direito intertemporal, ao argumento de que todas as normas as quais tratam de direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, seja no sentido de ampliá-los ou limitá-los, mesmo possuindo natureza jurídica de lei processual, não deixam de ter um conteúdo material. No mesmo sentido, direciona-se o posicionamento de Leonardo de Paula (2011, p. 24), ao sustentar que o devido processo legal deve ser aferido pelo tempo da prática delitiva e não por normas posteriores, haja vista que o referido princípio não comporta relativização, sob o manto de proteção individual. Conclui-se, dessa forma, que a lei com repercussão processual penal deve seguir a mesma lógica que aquela com repercussão penal, quando mais favorável ao acusado.

Feitas tais considerações, chega-se a um terceira categoria de normas, as chamadas leis mistas ou híbridas, que são aquelas que comportam conteúdo de caráter penal e processual penal. Há certa discordância no que tange aos caracteres abrangidos por tal espécie de norma. Contudo, pouco importa a posição a ser adotada nesse caso, bastando ter em mente que o tratamento temporal dispensado às normas híbridas é idêntico àquele adotado em se tratando de leis penais: a mais benéfica sempre deve retroagir. Assim, quando uma nova lei mais benéfica e de cunho misto entrar em vigor, admite-se a retroatividade desta para abranger fatos anteriores à sua introdução na ordem jurídica.

Exemplo largamente utilizado pela doutrina é o da Lei 9.099/95, que modificou a natureza da ação nos delitos de lesões corporais leves e culposas, passando a prever que os referidos crimes seriam de ação penal pública condicionada à representação e não mais incondicionada. Na ocasião, foi exigida a representação do ofendido em todos os processos que não haviam transitado em julgado, sob pena de extinção de punibilidade. Evidentemente que a norma em comento é de caráter híbrido, eis que contém características de ordem material e também processual, sendo retroativa já que mais benigna ao acusado. O tópico seguinte será dedicado a discutir mais um exemplo de norma de conteúdo misto, elucidando a imprecisão que paira sobre a sua eficácia temporal.

4.2 Alcance do acordo nos processos criminais em curso

Conforme já antecipado, a norma que disciplina o novo acordo de não persecução penal possui um caráter híbrido, na medida em que traz consigo conteúdo de direito material e processual. Não obstante as controvérsias que ainda residem sobre o tema, pode-se afirmar que o art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe sobre um negócio jurídico pré-processual, a ser celebrado entre o representante do Ministério Público e o acusado, acompanhado de seu defensor. Por outro lado, traz consigo conteúdo de direito material, vez que consiste em uma medida despenalizadora; logo, guarda estrita relação com o poder punitivo estatal. Ademais, o dispositivo em questão menciona dois temas tipicamente de direito penal, quais sejam, a reincidência e a extinção de punibilidade.

Em sentido contrário àqueles que defendem ser possível o acordo de não persecução penal apenas enquanto não houver denúncia oferecida, Aury Lopes e Higyna Josita (2020) posicionam-se da seguinte maneira:

Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo

retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

Com as escusas devidas àqueles que condicionam a aplicação do acordo para fatos ocorridos antes da vigência da Lei 13.964/2019, ao não recebimento da exordial acusatória, seguindo o disposto no Enunciado nº 20 do CNPG, não se mostra razoável obstar a incidência do acordo em relação aos processos em curso, quando do advento da lei anticrime. Isso porque, trata-se de uma norma híbrida indiscutivelmente mais benéfica ao autor do fato, razão pela qual deve ter uma aplicação alargada, em respeito à garantia consagrada no art. 5º, inciso XL da Constituição Federal e também no art. 2º, parágrafo único do Código Penal, anteriormente analisados.

Ainda que se tratasse de norma genuinamente processual, haveria fartos argumentos para sustentar a sua retroatividade, eis que traz em seu bojo relevante carga valorativa. Isso porque, o acordo de não persecução penal, lida com um dos direitos individuais mais estimados, qual seja, o direito à liberdade, que se encontra prestigiado no *caput* do art. 5º da Constituição Federal, sendo este reputado como um dos pilares cruciais do Estado Democrático de Direito. Desse modo, tratando-se de processos já em andamento haveria que se admitir a incidência do acordo, contemplando-os com essa nova norma, de cunho mais garantista.

Uma segunda linha de defesa no sentido da retroação do acordo encontra guarida no princípio da isonomia. Imagine-se que duas pessoas tenham cometido delitos da mesma espécie, na mesma data e na mesma comarca, mas o inquérito relativo a um dos crimes tenha se encerrado primeiro. Nesse caso, o Ministério Público ofereceu denúncia e esta foi recebida antes do advento da Lei 13.964/19. Para aqueles que fixam como baliza temporal o oferecimento/recebimento da peça acusatória, a possibilidade de acordo em relação a esse indivíduo que figurava no inquérito que serviu de base à denúncia, restaria totalmente prejudicada.

Perceba que a depender do andamento do procedimento investigatório, sobretudo no que tange aos fatos ocorridos próximos ao ano da entrada em vigor da lei anticrime, poderá restar afastada a possibilidade de incidência do acordo de não persecução penal, se em relação à algum deles, por menor que seja a diferença temporal, já tenha sido deflagrada a ação penal. Retomando ao exemplo anterior, não parece razoável, tampouco justo que um dos agentes

sofra um prejuízo, somente porque o seu inquérito tramitou de forma mais célere. Enquanto o outro indivíduo, cujo inquérito demorou um pouco mais, tenha a possibilidade de ser contemplado pelo acordo.

A violação ao princípio da isonomia torna-se ainda mais notória e certamente grave em havendo concurso de pessoas, precisamente na hipótese de aditamento da denúncia, para inclusão de novos acusados, seja na condição de coautor ou de partícipe. Isso porque, o primeiro denunciado, no cenário aqui delineado, não faria jus ao benefício. Todavia, não haveria óbices quanto ao seu oferecimento aos acusados incluídos posteriormente no polo da demanda e que atuaram na mesma empreitada criminosa (GOMES; TEIXEIRA, 2020).

Por fim, há que destacar que o acordo aqui em comento, que é um instituto desencarcerador, não desviaria do seu propósito somente porque houve recebimento da denúncia. Cabe lembrar aqui de alguns dos interesses envolvidos na sua criação, quais sejam, o desentulhamento dos órgãos responsáveis pelo tratamento criminal e, por conseguinte, a alocação de recursos financeiros e pessoais, de maneira a possibilitar que o Ministério Público estabeleça uma política criminal, elegendo prioridades para a sua atuação. Há que se destacar ainda, a redução dos danos, por vezes severos, da intervenção estatal.

Deliberada a questão da retroatividade do acordo, para contemplar os processos que já tramitavam, quando da sua inserção no ordenamento jurídico, pela Lei 13.964/19, retoma-se ao cerne de uma questão bastante polêmica, qual seja, o limite temporal para essa retroação.

4.3 Limite temporal para a retroatividade do acordo

Ao se admitir a incidência do acordo de não persecução penal nos processos criminais em curso, quando da sua entrada em vigor, outro grande desafio emerge: o de estabelecer uma baliza temporal para a sua aplicação. Até qual momento processual resta autorizada a celebração do acordo? Diversas são as respostas para tal indagação, não havendo um consenso em torno do tema. Para uns, o limite temporal para celebração do acordo seria o recebimento da denúncia, posição aqui rechaçada. Para outros seria a prolação de uma sentença penal condenatória, chegando alguns a mencionar ainda o trânsito em julgado. Por fim, há quem defenda não haver limite, podendo incidir a qualquer tempo.

Em apertada síntese, torna-se necessário trazer os principais argumentos expendidos por cada uma dessas vertentes. Sob um viés antigarantista, aqueles que condicionam o acordo ao não recebimento da denúncia sustentam que a sua aplicação no tempo pode ser limitada, já

que não se trata de uma norma de cunho estritamente material. A partir de uma interpretação fria da lei, chegam a afirmar que a intenção do legislador foi restringir a possibilidade de acordo à fase de investigação, já que o propósito do instituto é justamente obstar a deflagração de uma ação penal. Para além, defendem que tal posição não constitui afronta à isonomia, vez que esta deixa de existir simplesmente porque a denúncia foi recebida. Melhor dizendo, aquele que ainda figura na condição de investigado possui direito ao acordo, diferentemente daquele que acabou de se tornar réu em uma ação penal.

Em texto conjunto, Aury Lopes e Higyna Josita (2020) posicionam-se no sentido de ser possível a aplicação do acordo a todos os processos não sentenciados até a entrada em vigor da lei. Adeptos dessa posição intermediária, que fixa como marco temporal final a prolação da sentença, sustentam que após tal fase processual, os contornos fáticos e jurídicos do caso já estão delineados, como regra, de modo que a confissão do réu não mais traria contribuições para a atuação do órgão ministerial. Alguns chegam a defender que a incidência ampla e irrestrita do acordo poderia colocar em xeque a eficácia da proteção dos bens jurídicos penalmente tutelados e até mesmo fomentar o descrédito para com os aparatos judiciários. Tal limite temporal foi extraído, por analogia, da decisão do Supremo Tribunal Federal, no HC 74.463-0/SP, ao analisar a retroatividade do benefício da suspensão condicional do processo, em relação aos fatos praticados antes da vigência da Lei 9.099/95.

Alguns defendem ainda que o momento processual que baliza a aplicação do acordo é o trânsito em julgado. É o caso de Aury Lopes (2021, p. 86), que em sua obra mais recente afirma que o acordo “pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.” No intento de refutar o entendimento do STF no julgamento do HC 74.463-0/SP, acima exposto, alegam que apesar das semelhanças, os institutos possuem consequências distintas, o que justificaria a adoção de um tratamento diverso. Para além, ressaltam que a sentença condenatória não encerra a persecução penal, motivo pelo qual não se poderia restringir o alcance do novo instituto, sob pena de causar flagrante prejuízo ao réu. Salientam que o fato de inexistir uma confissão, nesse caso, não obsta a celebração do acordo, devendo ser oportunizada a chance de confessar o delito.

Há, por fim, o entendimento no sentido da inexistência de um momento processual que limite a aplicação do acordo, em relação aos processos em andamento. A principal linha de defesa aqui reside no fato de que o preceito constitucional (artigo 5º, inciso XL) não

impõe qualquer baliza à retroatividade da norma mais benéfica. Firme nessa concepção, Paulo Queiroz (2020) propõe o seguinte questionamento:

Afinal, tem-se aqui, em última análise, uma *novatio legis in mellius*. Mais: se no caso de abolição do crime ou de atenuação da pena, a lei penal retroage, com ou sem trânsito em julgado da sentença penal, por que motivo não retroagiria na hipótese de um instituto como o acordo de não persecução penal que evita o processo penal e assim impede a eventual condenação e execução penal, com todos os efeitos penais que implicam? Também aqui fica clara a inconsistência da distinção entre normas penais, processuais penais e executórias.

Segundo o aludido autor a distinção entre normas penais, processuais e executórias ou mistas é totalmente dispensável, na medida em que importa apenas analisar se aquela lei aumenta ou diminui a esfera de proteção do acusado. Sendo mais protetiva, isto é, mais garantista, deve sempre retroagir para beneficiá-lo. Para o autor, em havendo processos com sentença transitada em julgado, o acordo pode ser perfeitamente celebrado, suspendendo-se a execução penal.

Evidentemente que a divergência aqui lançada não se restringe ao campo doutrinário. A aplicação do direito transitório ao acordo de não persecução penal também é ponto de grande cizânia jurisprudencial. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça havia notória discordância entre suas turmas. No julgamento do AgRg no HC 575.395/RN, em 08/09/2020, a 6ª Turma do STJ admitiu a retroatividade do acordo aos processos não transitados em julgado, invocando o art. 5º, inciso XL da Constituição Federal. De outra banda, no julgamento do RHC 134.071/MS, em 03/11/2020, a 5ª Turma entendeu ser possível a aplicação retroativa do acordo enquanto não recebida a denúncia. No entanto, em março de 2021, ao julgar o AgRg no HC 628.647/SC, por maioria, a 6ª Turma modificou radicalmente o seu entendimento, estabelecendo ser possível a aplicação retroativa do acordo, desde que a denúncia não tenha sido recebida.

No tocante à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tem-se que a temática em debate foi afetada ao Plenário, com vistas a uniformizar o entendimento acerca da possibilidade de aplicação desse novo instituto, regrado no art. 28-A do Código de Processo Penal. Ao remeter o HC 185.913/DF à deliberação pelo Plenário, o Min. Gilmar Mendes assentou algumas questões a serem decididas pela Corte. Vejamos: 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? Releva notar que até o presente momento ainda não foi proferida uma decisão definitiva pelo Plenário.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por tudo aqui exposto, pode-se concluir que o acordo de não persecução penal, com suas características singulares, constitui um mecanismo promissor, que exige extrema cautela na sua aplicação. Idealizado com o propósito de fortalecer a concretização do poder punitivo estatal e de conferir celeridade e eficiência na resolução dos litígios criminais, o instituto em questão veio para alargar as portas da justiça negociada no Brasil. Há que se ponderar que, assim como a abertura dos espaços de consenso exige bastante prudência, sob pena de se utilizar da via negociada de forma irrestrita e ilimitada, culminando na supressão de direitos, a aplicação do novo acordo demanda uma postura diferenciada dos atores responsáveis pela persecução penal, delineando padrões fidedignos às garantias basilares do indivíduo.

As reflexões em torno da incidência do acordo nos processos criminais em curso quando da sua inserção no ordenamento jurídico revelam-se delicadas, na medida em que tocam em direitos essenciais do indivíduo, a exemplo do direito à liberdade. Analisando as diversas concepções sobre essa temática, tem-se que deve ser rechaçado, de pronto, o posicionamento restritivo e antigarantista, no sentido de vetar a retroatividade do acordo em tais casos. Também não soa razoável fixar como marco final a sentença condenatória, vez que o acordo, por mais que não seja capaz de apagar os efeitos deletérios de um trâmite processual, traria ao indivíduo um benefício, eis que o mesmo não ostentaria maus antecedentes criminais, tampouco poderia se falar em reincidência.

A bem da verdade as vertentes aqui apresentadas servem de norte para a construção do posicionamento a ser formado por juízes e tribunais. Almeja-se, nesse ínterim, que o entendimento jurisprudencial a ser uniformizado, não retroceda na busca de um processo penal que se pretenda legítimo e justo, sendo, pois, o mais consentâneo com os direitos e garantias constitucionalmente assegurados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Processo Penal**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 13. mar. 2021.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 13. mar. 2021.

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: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 13 mar. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 12 mar. 2021.

BRASIL. **Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 12 de março. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AgRg no HC 575.395/RN. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Sexta Turma. Dje: 14/09/2020. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Habeas Corpus. AgRg no HC 628.647/SC. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Sexta Turma. Dje: 07/06/2021. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10 ago. 2021.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus. RHC 134.071/MS. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. Quinta Turma. Dje: 16/11/2020. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 74.463-0/SP. Relator: Ministro Celso de Mello. Primeira Turma. Dje: 07/03/1997. **Jus Brasil**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br>. Acesso em 10 ago. 2021.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus. HC 185.913/DF. Relator: Ministro Gilmar Mendes. **Consultor Jurídico**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>. Acesso em 10 ago. 2021.

BITENCOURT, César Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. vol 1. 26. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

FARACO NETO, Pedro; LOPES, Vinicius 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, v. 28, n. 331, p. 22-25, jun.. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156656. Acesso em: 25 ago. 2021.

FURQUIM, Gabriel Martins; SCARPELLI NETO, Salvador. Expansão e seletividade: a justiça penal negociada no pacote anticrime. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 323, p. 24-25, out. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=153650. Acesso em: 26 jul. 2021.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal**: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto São José da Costa Rica. 3.ed. rev., atual. e ampli. São Paulo: Atlas, 2016.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça Criminal Negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão do consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, vol. 20 - n. 3, set-dez 2015. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/11346>. Acesso em: 26 jul. 2021.

LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR. Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, 06 mar. 2020. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 13 mar. 2021.

LOPES JR. Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”**: remédio ou veneno? **Consultor Jurídico**, 22 fev. 2019. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrim-remedio-ou-veneno>. Acesso em 28 jul. 2021.

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

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. **Revista Eletrônica de Direito Processual - REDP**, Rio de Janeiro, vol. XIV, p. 331-365, 2014. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/viewFile/14542/15863>. Acesso em: 26 de jul. 2021.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PRADO, Geraldo Luiz Mascarenhas. Justiça penal consensual. *In*: ZAFFARONI, Eugenio Raúl; KOSOVSKI, Ester. **Estudos em homenagem ao prof. João Marcello de Araujo**

Junior. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 269-278. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=3437. Acesso em: 27 jul. 2021.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro: parte geral.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

PAULA, Leonardo Costa de. **A aplicação imediata da norma processual penal apenas pro reo:** o devido processo legal ao tempo da prática delituosa. Congresso Internacional de Ciências Criminais, II Edição, 2011. Disponível em: [file:///C:/Users/Dalene/Downloads/Leonardo Paula.pdf](file:///C:/Users/Dalene/Downloads/Leonardo%20Paula.pdf). Acesso em: 09 ago. 2021.

QUEIROZ, Paulo de Souza; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 143, p. 14-17, out.. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=48841. Acesso em: 12 ago. 2021.

QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime.** 2 mar. de 2020. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em 10 ago. 2021.

TEIXEIRA, José Jairo Gomes; TEIXEIRA, Torres Daniela. Acordo de não persecução penal e sua aplicação a processo em curso. **Migalhas**, 27 abr. 2020. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/depeso/325403/acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-aplicacao-a-processos-em-curso>. Acesso em: 13 mar. 2021.

TODESCHINI, Gabrielle Thomaz. **Sentença Penal Negociada e Verdade Processual:** uma análise de riscos a partir da experiência estadunidense. Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Disponível em: https://www.pucrs.br/direito/wp-content/uploads/sites/11/2019/09/gabrielle_todeschini.pdf. Acesso em: 30 jul. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial:** análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2015. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124538. Acesso em: 26 jul. 2021.