

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
MAURÍCIO DE SOUZA MACIEL**

**LEI 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME”: breve análise do artigo 28-A (ANPP) do
CPP**

**Juiz de Fora
2021**

MAURÍCIO DE SOUZA MACIEL

**LEI 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME”: breve análise do artigo 28-A (ANPP) do
CPP**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao Programa de graduação em Direito, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz de Fora, como requisito à obtenção do título de Bacharel.

Orientador: Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago.

**Juiz de Fora
2021**

FOLHA DE APROVAÇÃO

Maurício de Souza Maciel

LEI 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME”: breve análise do artigo 28-A (ANPP) do CPP

Artigo apresentada 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 Penal submetido à Banca Examinadora composta pelos membros:

Orientador: Prof. Dr. Prof. Dr. Cristiano Álvares Valladares do Lago.
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Cleverson Raymundo Sbarzi Guedes
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof. Dr. Luiz Antônio Barroso Rodrigues
Universidade Federal de Juiz de Fora

PARECER DA BANCA

APROVADO

REPROVADO

Juiz de Fora, 03 de setembro de 2021

LEI 13.964/2019 – “PACOTE ANTICRIME”: breve análise do artigo 28-A (ANPP) do CPP

Maurício de Souza Maciel

Resumo

O presente trabalho inicialmente se propôs a tratar questões referentes à Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), com as inovações, alterações realizadas, tanto no Código Penal e Processual Penal, quanto em Leis Extravagantes de cunho Penal. Abordamos de forma sintética seu tramite, percalços, vetos e suspensões de alguns dispositivos, para então abordarmos o tema central, que é o ANPP, previsto no artigo 28-A do CPP. Realizamos uma abordagem do que é o dispositivo e sua aplicação prevista, para então entrarmos na discussão sobre o tema, qual seja, a divergência jurisprudencial entre turmas do STJ, que se refere à retroatividade ou não da aplicação do instituto. Ao final de toda exposição chegamos a conclusão preliminar que tal dispositivo tratar-se de norma PENAL MISTA, portanto comportar aspetos materiais, e por isso deve retroagir em benefício do réu, conforme está previsto no art. 5º, inciso XL da CF/88. Concluimos também que, uma vez o indivíduo preenchendo os requisitos subjetivos e objetivos para a propositura do acordo de não persecução penal torna-se direito subjetivo do mesmo, não podendo dessa forma ser ato discricionário do MP. Todavia a Tese sobre o tema ficará a cargo do STF que, por meio do Pleno da Corte no julgamento HC 185.913/DF, onde firmará a Tese a ser aplicada, com vistas a dar previsibilidade e segurança jurídica a ser aplicada ao dispositivo ora tratado.

Palavras chaves: Acordo de não persecução penal. Retroatividade. Norma penal mista.

Abstract

The present work initially proposed to deal with issues related to Law 13,964/19 (Anti-Crime Package), with the innovations, alterations made, both in the Penal Code and Criminal Procedure, as well as in Extravagant Criminal Laws. We syncretically address its progress, mishaps, vetoes and suspensions of some provisions, and then address the central theme, which is the ANPP, provided for in article 28-A of the CPP. We carried out an approach of what the provision is and its foreseen application, and then we enter into the discussion on the subject, that is, the jurisprudential divergence between STJ groups, which refers to the retroactivity or not of the institute's application. At the end of the entire presentation, we reach the preliminary conclusion that this provision is a MIXED CRIMINAL rule, therefore it includes material aspects, and therefore it must be retroactive to the benefit of the defendant, as provided for in art. 5, item XL of CF/88. We also conclude that, once the individual fulfills the subjective and objective requirements for the proposition of the non-criminal prosecution agreement, it becomes a subjective right of the same, and therefore cannot be a discretionary act of the MP. However, the Thesis on the subject will be the responsibility of the STF, which, through the Full Court in judgment HC 185.913/DF, where it will sign the Thesis to be applied, with a view to providing predictability and legal certainty to be applied to the provision dealt with herein.

Keywords: Non-criminal prosecution agreement. Retroactivity. Mixed criminal rule.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a ser um ensaio, isso se deve ao pouco tempo de vigência do “Pacote Anticrime” que introduziu e alterou diversos dispositivos no ordenamento jurídico Penal pátrio, acrescentando o artigo 28-A ao Código de Processual Penal (BRASIL, 1941), por meio da Lei 13.964, de 24-12-2019, o qual será o objeto central desse Ensaio.

Justifica-se a forma de Ensaio o fato de diversos institutos estarem gerando controvérsias e divergências na jurisprudência, o que impõem a necessidade de pacificação por meio do Superior Tribunal Federal.

Em relação ao artigo 28-A do CPP, inclusive, a controvérsia tem gerado divergência jurisprudencial, fazendo com que se tenha a necessidade de fixação de uma Tese que possa ser aplicada em todos os casos concretos, com vistas a gerar segurança jurídica, pacificação jurisprudencial e a previsibilidade das situações processuais. Exemplo dessa controvérsia sobre o artigo 28-A está entre a 5ª e 6ª Turma do STJ, além de outros entendimentos na jurisdição, a exemplo do TRF4, o que será elucidado nos capítulos seguintes.

Ressalta-s que o dispositivo está em vigor, não suspenso, como alguns dispositivos introduzidos no CPP - como exemplo o artigo 3º-A ao F, que se refere ao Sistema Acusatório e ao Juiz de Garantias, e a nova redação dada ao artigo 28, *caput* e parágrafos – por meio da lei 13.964/19.

2 BREVES APONTAMENTOS SOBRE O PACOTE ANTICRIME, LEI 13.964/19, NO CONGRESSO NACIONAL

Como bem elucidada Nucci (2020), o governo atual em sua campanha presidencial prometeu o referido Pacote, com vistas a dar um trato mais rigoroso aos criminosos, com destaque aos membros de organizações criminosas e aos crimes de colarinho branco. Conforme salientado pelo mesmo autor, o resultado foi uma reforma bem promissora em diversos aspectos, pois a legislação tornou-se mais rigorosa em pontos que havia necessidade, porém, como ele mesmo salienta, a reforma poderia ter ido mais além.

Ao se referir o Pacote Anticrime como reforma se deve ao de que a Lei 13.964/19 alterou e acrescentou dispositivos no Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/41) no Código Penal, na Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/84), entre outras Leis Extravagantes de

cunho Penal. Lei essa que foi sancionada pelo Presidente Bolsonaro no dia 24/12/2019, entrando em vigor no ordenamento jurídico pátrio no dia 23/01/2020.

Na época da sanção do Pacote Anticrime, o Presidente Jair Messias Bolsonaro vetou, por meio do (VET) 56/2019, 24 dispositivos, vetos esses nos quais o Congresso Nacional derrubou parcialmente. O que mais adiante será tratado.

2.1 Inovações oriundas da Lei 13.964/20

A título de exemplo dessas inovações do Pacote Anticrime, destacamos algumas que consideramos de suma importância:

No Código Penal destacamos a elevação do cumprimento de pena de 30 para 40 anos sem perder de vista o caráter não perpétuo do cumprimento de pena, adaptando a realidade atual; o deslocamento da execução da pena multa da seara civil para o juízo de execuções; mudanças no livramento condicional, pois veio a incorporar o que se mostrava ser o entendimento jurisprudencial.

Já no Código de Processo Penal, além do instituto que será tratado nesse ensaio, inovou prevendo o Processo Penal pelo Sistema Acusatório, o que está previsto de forma bem clara no artigo 3º-A, criou-se também o *Juiz de Garantias*, com previsão nos artigos 3º-B ao 3º-F, figura essa destinada a ser um magistrado voltado a fiscalizar o desenrolar do inquérito policial, além de ser o legitimado a deferir ou não medidas cautelares; já o artigo 3º-A, citado acima, que prevê o Sistema de Processo Penal como Acusatório, conforme pode vislumbrar *in verbis*: “O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 2020).

Para atuação na fase de investigação, conforme citado acima, tem-se o Juiz de Garantias. Porém como verificado no art. 3º-B, a atuação probatória deverá ser exercida exclusivamente pelo órgão do MP, titular da Ação Penal, pretendendo com isso zelar pela imparcialidade do juiz, assim como também manter incólume a formação de seu convencimento, por meio do conjunto probatório produzido pelas partes da relação processual penal.

Ainda nas inovações introduzidas pelo Pacote Anticrime no Código de Processo Penal, destaca-se “a cadeia de custódia para recolhimento e guarda do vestígio do crime, com vários detalhes, para conferir mais idoneidade à prova pericial” (NUCCI, 2020, p.2). Com previsão nos artigos 158-A ao 158-F do CPP.

Por fim, quanto a inovações e alterações oriundas dessa reforma Penal, cabe ressaltar o novo tabelamento para que o indivíduo em cumprimento de pena venha a progredir de regime, ou seja, do fechado para semiaberto, e do semiaberto para o aberto. Tal alteração foi promovida no artigo 112 da lei 7.210/84. Além de outras alterações e inclusões promovidas por esse Pacote em outras Leis Extravagantes.

2.2 Percalços e sucessos do Projeto de Lei 882/19 no Congresso Nacional

Antes de abordar o art. 28-A, tema desse trabalho, e as controvérsias surgidas na jurisprudência sobre dispositivo, convém realizar – de forma sintética - alguns apontamentos sobre o tramite legislativo do Pacote Anticrime, Lei 13.964/20.

A Lei 13.964/20 (Pacote Anticrime) foi apresentada à Câmara dos Deputados sob o nº PL 882/2019 no dia no dia 19/02/2019, de autoria do Poder Executivo, pelo Ministério da Justiça, na pessoa do então Ministro Sérgio Fernando Moro, tendo a participação de deputados, a exemplo o Dep. Marcelo Freixo, e de uma equipe de juristas sob a orientação e comando do Ministro Alexandre de Moraes do STF.

O projeto obteve no parlamento mais celeridade do que outros Projetos de cunho reformador na seara Penal, como projetos encaminhados pelo Governo anterior (Michel Temer), que não obtiveram êxito necessário para seguimento e, conseqüentemente aprovação e sanção.

O Pacote Anticrime foi fruto de uma promessa do atual Governo Federal (governado pelo presidente Jair Messias Bolsonaro), em que sua Ementa¹, visou “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa”.

Todavia, como bem apontado por Nucci (2020), ao seguir para o Congresso Nacional o Pacote Anticrime “foi amplamente desidratado em 30%” (NUCCI, 2020, p.1), isso porque do Projeto de Lei original 11 pontos foram retirados, além de sofrer alterações em suas proposições. Não adentrando ao mérito do que foi retirado e alterado do Projeto de Lei enviado ao Parlamento, pois não é o objeto desse Ensaio, destaca-se a título ilustrativo as três principais derrotas sofridas pelo ex Ministro da Justiça Sérgio Moro, quais sejam: “mudanças

1 Ementa-Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa.

nas regras para o "excludente de ilicitude"; criação do "plea bargain" e prisão após condenação em segunda instância" (BBC NEWS BRASIL, 2019).

Em relação ao início de cumprimento de pena após a confirmação da sentença condenatória em sede de Segunda Instância, que fazia parte do projeto enviado ao Parlamento pelo Ex Ministro da Justiça, Sr. Dr. Sérgio Fernando Moro, o dispositivo se viu prejudicado devido ao julgamento das Ações Diretas de Constitucionalidade 43, 44 e 54 pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, realizada no dia 07/11/2019, cuja decisão julgou a constitucionalidade do artigo 283 do CPP em relação ao artigo 5º, inciso LVII da CF/1988, cujo teor se transcreve sinteticamente, *in verbis*:

Decisão: O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Plenário, 07.11.2019 (BRASIL, 2011).

Portanto como se vislumbra, a decisão primou pelo Princípio da Presunção de Inocência, e vedou o chamado "cumprimento antecipado da pena", sem haja o trânsito em julgado da sentença condenatória. Dessa forma o grupo de trabalho responsável pelo tratamento da proposta, resolveu diante da decisão tomada pelo STF, no julgamento das ADC's, retirar o dispositivo da proposta, já que diante da decisão a medida cabível para o cumprimento da sentença após a confirmação em Segunda Instância seria uma PEC e não uma Lei Ordinária. O que em nosso entender também ser inviável tal propositura de uma PEC para alteração do inciso LVII do artigo 5º da CF/88, pois é cláusula pétrea, e conforme o artigo 60, § 4º da CF/88: "Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...), IV – os direitos e garantias individuais."

Quanto às mudanças propostas sobre as "excludentes de ilicitude" constante no Projeto Inicial do Pacote Anticrime, propunha a ampliação da excludente de ilicitude da Legítima Defesa, já presente no Código Penal, na qual já isentava de culpa ao agente que: "(...) quem usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão atual ou iminente a direito seu ou de outrem".

O texto enviado propunha uma ampliação a essa excludente de ilicitude, pois previa a redução até a metade ou a não aplicação da pena caso os excessos cometidos pelo agente fossem em decorrência de violenta emoção, medo ou surpresa. Tal proposta gerou grande

repercussão, sendo até apelidada de “licença para matar”. A temática gerou embates entre o ex MJ Sérgio Moro com o ex Presidente da Câmara dos Deputados Rodrigo Maia (DEM-RJ), ocasionou a retirada da redação proposta como estava redigida, mas gerou a edição do parágrafo único do artigo 25 do CP, conhecido vulgarmente como “legítima defesa funcional ou de terceiros”: “Parágrafo único. Observados os requisitos previstos no *caput* deste artigo, considera-se também em legítima defesa o agente de segurança pública que repele agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes” (NUCCI, 2020).

Antes de abordar o último “Plea Bargain”², que é uma das três principais derrotas do Projeto inicial do Pacote Anticrime enviado ao Congresso, pois foi da rejeição do “Plea Bargain” que veio a surgir o ANPP (art. 28-A do CPP) – tema central desse trabalho, que será abordada posteriormente.

Na época da sanção do Pacote Anticrime, o Presidente Jair Messias Bolsonaro vetou, por meio do veto 56/2019, 24 dispositivos, vetos esses nos quais o Congresso Nacional derrubou parcialmente. Dentre dos 24 vetos presidenciais, o Congresso derrubou 16 dos então 24 vetos presidenciais. Dentre os vetos derrubados estão:

Captação ambiental -O novo texto autoriza a instalação de equipamento de captação ambiental por meio de operação policial disfarçada ou no período noturno, exceto na casa do investigado. A captação ambiental feita por um dos interlocutores sem o prévio conhecimento da autoridade policial ou do Ministério Público pode ser utilizada pela defesa, quando demonstrada a integridade da gravação.

Homicídio qualificado - Passa a haver mais um qualificador para os crimes de homicídio, aumentando a pena de prisão: o uso de armas de fogo de uso restrito ou proibido, como fuzis. Nesses casos, o criminoso está sujeito a reclusão de 12 a 30 anos.

Audiência de custódia -O preso em flagrante ou em prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias em 24 horas, momento em que será feita audiência de custódia com a presença do Ministério Público e da

² Em uma explanação técnica, o *Plea Bargaining* consiste em uma negociação entre acusador e acusado dentro do processo-crime, no qual o órgão de acusação oferece uma proposta de acordo que pode reduzir a pena pleiteada, modificar o tipo de crime ou mesmo reduzir o número de crimes imputados na denúncia (*charge bargaining*), bem como a possibilidade de negociar aspectos ligados diretamente a uma sentença a ser recomendada ao juiz - como o tipo de pena a ser aplicada, atenuantes a serem reconhecidas e o local da pena a ser cumprida – ou de não se opor ao requerimento de sentença feito pela defesa (*sentence bargaining*), com a condição de que o acusado se declare culpado, seja por meio da confissão da prática do crime (*guilty plea*), seja pela não contestação da ação penal (*plea of nolo ou nolo contedere*). A ideia principal desse mecanismo consensual é a de que o réu, acusado de um delito dentro do processo judicial, possa receber uma condenação mais branda do Estado da que teria caso fosse submetido ao julgamento pelo juiz togado ou pelo júri, em virtude de colaborar para uma justiça mais célere, reduzir o número de processos nos tribunais e, conseqüentemente, economizar gastos do sistema judiciário. Acessado em 24/04/2021.

Defensoria Pública, ou de advogado constituído. Fica vedado o emprego de videoconferência.

Crimes contra a honra - Se o crime contra a honra for cometido ou divulgado em alguma rede social, a pena será aplicada em triplo.

Segurança pública - Os profissionais da área de segurança pública, quando investigados por crimes com força letal no exercício da profissão, poderão contar com a assistência de um defensor público. Isso caso eles mesmos não indiquem um advogado, ou se a instituição na qual trabalham não indicar um defensor.

Amostras de DNA - O condenado por crime doloso praticado com violência grave contra a pessoa, crimes contra a vida, contra a liberdade sexual ou crime sexual contra vulnerável será submetido obrigatoriamente à identificação do perfil genético mediante a extração do DNA, assim que ingressar no estabelecimento prisional. A amostra só poderá ser usada para a identificação pelo perfil genético, não estando autorizadas as práticas de fenotipagem genética ou busca familiar. Após identificado o perfil genético, a amostra deverá ser imediatamente descartada. A coleta e a elaboração do laudo serão feitas por perito oficial.

Bom comportamento - A Lei de Execução Penal (Lei 7.210, de 1984) determina que o bom comportamento é um dos requisitos para o preso obter a progressão de regime (com execuções penais menos rigorosas que a prisão) e que o cometimento de uma falta grave interrompe o prazo para a obtenção deste benefício. O novo texto deixa claro que o bom comportamento é readquirido após um ano da ocorrência do fato, ou antes, após o cumprimento do requisito temporal exigível para a obtenção desse direito (critérios de 16% a 70% da pena cumprida, segundo a gravidade de cada caso) (BRASIL, 2021).

Oito vetos foram mantidos pelo Congresso e estão relacionados à Lei de improbabilidade administrativa, e se referem à possibilidade do Ministério Público oferecer e celebrar o Acordo de Não Persecução Penal em ações civis referentes a dispositivos constantes da referida Lei. A derrubada parcial do VET 56/19, realizada pelo Congresso Nacional, foi no dia 19/04/2021, tendo sua promulgação presidencial publicada no dia 30/04/2021 no Diário Oficial da União.

2.3 Suspensões de dispositivos da Lei 13.964/19 pelo STF

Como citado no tópico anterior, alguns dispositivos tiveram sua aplicação e eficácia suspensos por Liminar como Medida Cautelar pelo Ministro Fux Relator das ADIs 6.298(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 6.298/DF), 6.299, 6.300 e 6.305. A título de exemplo de dispositivos suspensos, cita-se aqui um exemplo dado por Junior (216), qual seja:

os artigos e 3-A ao 3-F da Lei 13.964, que incluiu esses dispositivos no Código de Processo Penal, e referem-se ao Juiz de Garantias e da adoção do Sistema Acusatório.

Como visto acima os dispositivos estão suspensos, *sine die*, que versam justamente sobre a adoção expressa do Sistema Processual Acusatório e sobre a atuação do Juiz de Garantias, que em seu artigo 3º-B prevê, *ipsis litteris*:

Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do poder judiciário, competindo-lhe especialmente: (BRASIL, 2020).

Conforme visto pela leitura do caput do art. 3º-B, e que são elucidados pelos demais dispositivos citados, o juiz de garantias se insere como um controlador da legalidade do inquérito policial ou investigação promovida pelo MP, garantindo também os direitos e garantias individuais do investigado/indiciado, como também garantir nesta fase o direito de acesso, ou seja, contraditório, no seu primeiro momento, o exercício da defesa, seja ela técnica ou pessoal, “direito a que a defesa produza provas e requeira diligências do seu interesse, enfim, guardião da legalidade e da eficácia das garantias constitucionais que são exigíveis já na fase pré-processual”. Além de ficar sob sua tutela a aplicação e autorização de qualquer medida cautelar que se mostrem nesse momento não processual, ente outras funções.

A suspensão do artigo 3º-A, em nosso entendimento, não tem lógica, pois já de muito tempo a compreensão que o Sistema Processual Penal deva adotar o Sistema Acusatório, com intuito de evitar o viés parcial do julgador, e que cabe as partes a produção das provas, para que assim o julgador se utilize de sua prerrogativa do Livre Convencimento Motivado.

Diante dessa exposição inicial da Lei 13.964 (Pacote Anticrime), entremos no tema central desse trabalho, o art. 28-A do CPP.

3 ARTIGO 28-A DO CPP: ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP)

Como dito anteriormente, abordariamos o “Plea Bargain” – uma das três principais “derrotas” do projeto inicial enviado ao Congresso por Sérgio Moro – que como mencionado anteriormente seria abordado em tópico em separado, como será feito nesse momento. Isso porque da propositura desse dispositivo no Projeto inicial do Pacote Anticrime, e consequente a sua rejeição e retirada, por meio da Câmara dos Deputados, veio originar o Acordo de Não Persecução Penal (art. 28-A do CPP).

O ex Ministro da Justiça em sua proposta almejava uma versão do “*Plea Bargain*”, que é adotado pelo Sistema Norte Americano, que em síntese funcionaria como “mecanismo que permiti que o acusado faça um acordo com o Ministério Público, no qual se declara culpado do crime em troca de vantagens, como uma pena mais branda, por exemplo, abreviando o processo judicial e em muitos casos evitando até que o caso seja levado a julgamento” (BBC NEWS BRASIL, 2019).

Todavia ao invés de aprovarem a proposta de Moro, a Câmara de Deputados resolveu aprovar a proposta do Min. Alexandre de Moraes do STF, que modifica as regras da "transação penal", instrumento usado pelo Ministério Público para propor o cumprimento de penas alternativas antes do início do processo judicial nos Juizados Especiais Criminais, de acordo com o artigo 76 da Lei 9.099/95(JUSBRASIL, 2015). Que em síntese consiste em ser:

[...] um instituto despenalizador pré-processual inserido pela Lei 9.099/95, que se baseia no direito penal consensual, ou seja, uma mitigação da exigência de um devido processo legal, o qual exige que, para a imposição de pena, é necessário que o agente venha a ser processado e tenha, contra si, uma sentença condenatória transitada em julgado (JUSBRASIL, 2015).

Conforme elucidada Junior (2020), mesmo não seguindo a proposta inicial sugerida por Moro, o ANPP se coloca como um instrumento de negociação processual penal – mas não na forma do *plea bargain* - com vistas a evitar a ação penal, pois ele é oferecido pelo MP ao réu antes oferecimento da denuncia, sob certas condições (como por exemplo, reparar o dano ou restituir a coisa à vítima; prestar serviço á comunidade; pagamento de prestação pecuniária, dentre outras previstas no dispositivo em questão), e preenchimento de determinados requisitos.

3.2 Quando seria então cabível o ANPP?

O Acordo de Não Persecução Penal, contido no artigo 28-A do CPP, é cabível nos casos em que:

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 cumulativa e alternativamente (BRASIL, 2020).

Como visto pela leitura do dispositivo constatamos os requisitos subjetivos e objetivos para se fazer jus, e no caso como foi redigido, ser proposto ao indiciado o acordo de não

persecução penal. O dispositivo muito se assemelha ao da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, conforme prevê o art. 44, inciso I do CPP, todavia no ANPP não há ação penal, tão pouco pena imposta, pois é celebrado antes do oferecimento da denúncia pelo MP, baseando-se na pena mínima em abstrato cominada ao tipo penal. O que o faz, ao lado da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, da suspensão condicional da pena (art. 77 do CP) e o Suspro (suspensão condicional do processo), previsto no art. 89 da Lei 9.099/95, como mais um dos institutos que objetivam evitar o encarceramento por outras medidas que se mostram mais adequadas ao caso concreto.

Mais uma indagação se mostra pertinente, qual seja: caso o réu preencha todos os requisitos para o oferecimento do ANPP e o MP não o ofereça o que deve ser feito? A princípio o imputado deverá fazer um pedido de revisão, no prazo de 30 dias, nos moldes que determina o § 14 do mesmo dispositivo. Porém nós concordamos com o entendimento de Aury Lopes Junior (2020), que, por ser tratar de um direito público subjetivo do réu, estando presentes todos os requisitos legais, é garantido o direito ao indiciado o benefício do acordo de não persecução penal. Portanto o verbo não deveria ser “**poderá**” propor o acordo, mas sim “**deverá**” propor o acordo de não persecução penal, pelos motivos expostos acima.

Portanto não caberia essa discricionariedade ao MP em propor ao não o ANPP, pois, como já referenciado, cumprindo todos os requisitos de ordem objetiva e subjetiva, torna-se um direito público subjetivo do imputado e, dessa forma, vincular o MP a propositura do acordo de não persecução penal. Além de que, conforme o §§ 5º e 7º do mesmo dispositivo, a homologação passar pelo crivo do magistrado que pode vir considerar inadequada ao caso concreto, e poderá recusar a homologação.

3.2 A questão da divergência na Jurisprudência entre 5ª e 6ª Turma do STJ: Retroage ou não o benefício previsto no art. 28-A do CPP?

Aqui está um dos principais tópicos desse Ensaio (um já fora tratado no tópico anterior, e se referiu ao direito subjetivo do indiciado ao oferecimento do ANPP, caso o mesmo tenha se enquadrado em todos os requisitos objetivos e subjetivos aptos a propositura do acordo), ou seja, o da retroatividade ou irretroatividade do que dispõem o artigo 28-A do Código de processo Penal. Tema importante e atual, devido sua repercussão ter gerado divergência jurisprudencial entre 5ª e 6ª Turmas do STJ.

Mas o que se entenderia por retroatividade ou não do ANPP? Refere-se à aplicação do novo instituto aos processos ativos na data de entrada em vigor do Pacote Anticrime, porém com dois entendimentos, que serão agora explorados.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça ao analisar o AREsp 1.658.686 (VALENTE, 2020) firmou o entendimento que o novo instituto pode ser aplicado aos processos em tramitação desde que não tenha sido oferecida a denúncia, o que se extrai da leitura literal do artigo 28-A do CPP. No ARE de SP aludido acima, o paciente pediu para “seja oportunizado ao paciente a proposta de acordo de não persecução penal, diante da aplicação do princípio da retroatividade, nos termos do artigo 5º, inciso XL, da Constituição da República e pelo artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal” o que foi rejeitado conforme pode se vislumbrar o trecho a seguir:

[...] da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, **na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmada por Tribunal de segundo grau.** (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020) (BRASIL, 2021).

Como visto no trecho reproduzido acima do acórdão proferido pela 5ª Turma do STJ admite-se a retroatividade do ANPP, desde que seja oferecido na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia. Todavia o entendimento da 6ª Turma do STJ é oposto ao entendimento exarado pela 5ª Turma, pois a 6ª Turma entende que o conteúdo contido no art. 28-A do CPP ser Norma Penal de natureza **Mista**, ou seja, versa sobre aspectos formais, mas que também contém conteúdo material. Isso pode ser constatado no Agr. do HC nº 575.395/RN, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, onde esse argumenta que:

É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), **de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)**". (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020) (BRASIL, 2021).

Esse entendimento é também o exarado pelo TRF4, expresso por sua 8ª Turma, tendo por relator o Des. João Pedro Gebran Neto, ao julgar a Correição Parcial 5009312-62.2020.4.04.0000, como exposto a seguir:

O acordo de não persecução penal consiste em novatio legis in mellius, vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento. 3. É possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal (REsp. no 2004.00.34885-7, Min. Félix Fischer, STJ - 5ª Turma). 4. Cabe aferir a possibilidade de acordo de não persecução penal aos processos em andamento (em primeiro ou segundo grau), quando a denúncia tiver sido ofertada antes da vigência do novo artigo 28-A, do CPP (TRF 4, Correição Parcial 5009312-62.2020.4.04.0000, Des. João Pedro Gebran Neto, Oitava Turma, DJe 14.5.2020) (BRASIL, 2021).

Normas de natureza jurídica Mista como definem Nucci (2018) e Lima (2016) são “aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de direito material” (NUCCI, 2018, p.198). E para Lima (2016, p.96):

[...] normas processuais materiais (mistas ou híbridas): são aquelas que abrigam naturezas diversas, de caráter penal e de caráter processual penal. Normas penais são aquelas que cuidam do crime, da pena, da medida de segurança, dos efeitos da condenação e do direito de punir do Estado (v.g., causas extintivas da punibilidade). De sua vez, normas processuais penais são aquelas que versam sobre o processo desde o seu início até o final da execução ou extinção da punibilidade. Assim, se um dispositivo legal, embora inserido em lei processual, versa sobre regra penal, de direito material, a ele serão aplicáveis os princípios que regem a lei penal, de ultratividade e retroatividade da lei mais benigna.

Diante do atual quadro de divergência entre Turmas de uma mesma Corte (STJ), o Min. Gilmar Mendes afetou, em decisão monocrática, em colocar o tema para apreciação do Plenário da Corte, com vistas a resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, tendo em vista o debate sobre o tema e a divergência jurisprudencial, de modo que o Plenário da Corte, por meio do HC nº 185.913/DF, para que possa se estabelecer a Tese a ser aplicada ao dispositivo contido no art. 28-A do CPP, com os seguintes quesitos a serem respondidos:

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? Publique-se. Brasília, 22 de dezembro de 2020 (GERBER, ARIZA, 2021).

Em parecer dado pelo MPF ao STF no HC nº 185.913/DF, em que foi suscitada a retroatividade da aplicação do ANPP, a tese defendida pelo MPF é que “A aplicação retroativa do acordo de não persecução penal (ANPP) deve necessariamente se desenrolar em momento anterior ao trânsito em julgado da sentença”. Parecer esse dado pelo Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Humberto Jacques de Medeiros, no dia 08/02/2021.

3.3 Conclusões preliminares acerca das questões apresentadas sobre o artigo 28-A

Ante tudo exposto acima sobre o ANPP, concluímos ser ele mais um dispositivo despenalizador, ou seja, uma medida alternativa ao cárcere, assim como o SURSIS, SUSPRO, a Substituição da Pena Privativa de Liberdade por Restritiva de direitos, tal como a Transação Penal. Cada dispositivo com suas peculiaridades e requisitos, mas que ao final evita que o réu/indiciado venha a cumprir pena e não tenha sua liberdade restringida, por meio de outras medidas ou formas de sanção.

Pela leitura literal do artigo 28-A do CPP, verifica-se que propositura do acordo de não persecução penal deve ocorrer antes do oferecimento da denúncia pelo MP, se o réu cumprir ou se enquadrar nos requisitos objetivos e subjetivos já mencionados. Conforme já afirmado anteriormente, concordamos com o argumento de Aury Lopes Junior (2020) que a propositura do acordo de não persecução penal é um direito subjetivo do indiciado, caso cumpra os requisitos objetivos e subjetivos para realização da proposta do acordo, e não ser ato discricionário do MP, como se faz entender pela leitura do dispositivo, que utiliza do verbo “**poderá**”, onde deveria ter sido utilizado o verbo “**deverá**” ser feita a proposta do ANPP.

Concordamos também com os entendimentos da 6ª Turma do STJ e o TRF4, que entendem que o conteúdo contido na art. 28-A ser **Norma Processual Mista**, ou seja, nele está contida norma formal, mas também de caráter material, portanto deva retroagir em benefício do réu, mesmo que já tenha sido ofertada a denúncia ou até mesmo condenação, porém com o limite estabelecido pelo parecer dado pelo o MPF no HC 185.913/DF, desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado.

Todavia, deveremos aguardar a tese a ser firmada pelo Plenário do STF, por meio do julgamento do HC 185.913/DF, submetido à análise do Plenário do STF, determinado pelo Min. Gilmar Mendes, sobre o artigo 28-A, que firmará a Tese a ser aplicada sobre retroatividade ou não do ANPP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se propõe a ser um Ensaio, pois a Lei 13.964/19 tem pouco tempo de vigência e alguns de seus institutos estarem gerando divergências jurisprudências, as quais serão sanadas a partir de Teses a serem firmadas pelo STF, como é o caso do artigo 28-A do CPP, conforme decisão monocrática do Min. Gilmar Mendes que propôs que o tema seja discutido pelo Plenário da Corte, como elucidado acima.

Concordamos que a presente Lei inovou o Código Penal e Processual Penal, além de várias Leis Extravagantes em matéria Penal, como por exemplo, a LEP (Lei 7.210/84), em especial o artigo 112 dessa Lei que trata sobre o quantum de pena cumprida para Progressão de Regime. Inovou por adequar vários institutos a atual realidade. Poderia ter avançado mais, mas como discutido o projeto inicial ao chegar ao Congresso Nacional foi desidratado, alterado e rejeitado várias propostas do Projeto Inicial.

Quanto a instituto 28-A do CPP, tema central desse ensaio, procurou-se de forma sintética demonstrar o que seria, quando caberia sua proposição e a divergência em torno do instituto, a qual será firmada a Tese a ser aplicada por meio do Pleno do STF.

Todavia nosso entendimento é que o instituto é mais um instrumento que procura aplicar sanções outras, que não seja o encarceramento. Porém, entendemos que o mesmo ser direito subjetivo do indiciado que, se enquadrando nos requisitos subjetivos e objetivos **deverá** ser proposto o ANPP pelo MP. Além disso, concordamos ser o instituto Norma Penal Mista, a qual deve retroagir em benefício do réu, mesmo que já tenha sido oferecida e recebida a denúncia, ou até mesmo a condenação, com a ressalva de não ter havido o trânsito em julgado da Sentença Penal Condenatória.

Todavia o entendimento prevalecente será firmado por Tese a ser firmada pelo Plenário da Corte, com vistas a unificar os entendimentos sobre o instituto e gerar previsibilidade quanto sua aplicação. Portanto aguardaremos o Pleno do STF se manifestar.

REFERÊNCIAS

BBC NEWS BRASIL. O que sobrou do pacote Anticrime após aprovação na Câmara, 5 de dez. de_2019. Acessado em 19/04/2021. Disponível em: <https://www.bbc.com>.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Projeto de lei 882 de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Brasília, DF, 2019. Acessado em: 17/04/2021. Disponível em:

https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1719464

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Veto 56/2019, Pacote Anticrime**. Brasília, DF, 2019. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/vetos/-/veto/detalhe/12945>. Acessado em: 11/07/2019.

BRASIL. **Código de Processo Penal**. São Paulo: Editora Saraiva Jur, 26ª Ed., 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil** (1988). São Paulo: Editora Saraiva Jur, 26ª Ed., 2020.

BRASIL. Decreto-Lei Nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. **Código Penal**. Brasília, DF, 1940. Acessado em 08/04/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm

BRASIL. Decreto-Lei Nº 3.689/41 de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Brasília, DF, 1941. Acessado em 08/04/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm

BRASIL. Lei Nº 7.210, de 11 de Julho de 1984. **Institui a Lei de Execução Penal**. Brasília, DF, 2011. Acessado em 08/04/2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm

BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer no Habeas Corpus 185.913/DF**. 2021. Acessado em 19/06/2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/mpf-retroatividade-anpp-nao-ocorre.pdf>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Julgamento das ações declaratórias de constitucionalidade 43,44, 54**. Relator: Min Marco Aurélio. 2011. Acessado em 19/04/2021. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.298 Distrito Dederal** (ADI 6.298/DF). Relator: Min. Luiz Fux Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840274>. Acessado em: 11/07/2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 185.913 Distrito Federal**. Relator: Min. Gilmar Mendes, 2021 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>. Acessado em: 23/05/2021.

GERBER, Daniel; ARIZA, Rafael Ariza. A dissidência quanto à retroatividade do acordo de não persecução penal. 2021. **CONSULTOR JURÍDICO** Disponível em: <https://www.conjur.com.br>. Acessado em: 30/05/2021.

JUNIOR, Aury Lopes. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Editora Saraiva Educação, 17ª Ed., 2020.

JUSBRASIL. O que é e como funciona a "Transação Penal"? 2015. Disponível em: <https://endireitados.jusbrasil.com.br/noticias>. Acessado em 10/07/2021.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. volume único – 4ª ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**. 15ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2018. Pag. 198.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Pacote Anticrime Comentado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1ª Ed., 2020.

SENADO FEDERAL. Vetos derrubados do pacote anticrime são promulgados. 03 de mai. de 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/04/30/vetos-derrubados-do-pacote-anticrime-sao-promulgados>. Acessado em: 10/07/2021.

VALENTE, Fernanda. Aplicação retroativa do acordo de não persecução será julgada em Plenário. **Consultor Jurídico**, 2020 Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-24/retroatividade-acordo-nao-persecucao-julgada-plenario>. Acessado em: 23/05/2021.