

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE JUIZ DE FORA
FACULDADE DE DIREITO
BACHARELADO EM DIREITO**

PEDRO PEREIRA NETTO

**ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA DO
RETROATIVIDADE NORMATIVA**

**JUIZ DE FORA
2021**

PEDRO PEREIRA NETTO

**ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA DO
RETROATIVIDADE NORMATIVA**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Orientador: Prof. Ms. Thiago Almeida
de Oliveira

JUIZ DE FORA

2021

Ficha catalográfica elaborada através do programa de geração automática da Biblioteca Universitária da UFJF, com os dados fornecidos pelo(a) autor(a)

Netto, Pedro.

ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA RETROATIVIDADE / Pedro Netto. -- 2021.
26 f.

Orientador: Thiago Almeida

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Juiz de Fora, Faculdade de Direito, 2021.

1. Trabalho Acadêmico. 2. Direito . 3. Direito Processual Penal. I. Almeida, Thiago, orient. II. Título.

PEDRO PEREIRA NETTO

**ASPECTOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA
RETROATIVIDADE**

Trabalho de conclusão de curso
apresentado à Faculdade de Direito da
Universidade Federal de Juiz de Fora
como requisito parcial para obtenção
do grau de bacharel em Direito.

Aprovada em () de _____ de (2021)

BANCA EXAMINADORA:

Orientador: Thiago Almeida de Oliveira
Universidade Federal de Juiz de Fora

Prof (a). Marcella Mascarenhas Nardelli
Universidade Federal de Juiz de Fora

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

RESUMO

A presente monografia tem o intuito de analisar a possibilidade da retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido na normativa brasileira pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal. São trabalhados de modo crítico e detalhado, mas não exaustivo, os institutos introduzidos pela normativa em questão. Destaca-se de saída que a escolha do legislador por dar o nome de Acordo de Não Persecução Penal é infeliz, pois a persecução penal existe desde a fase inquisitorial. De modo breve, será trabalhada a influência que o modelo norte-americano da *plea bargaining* exerceu sobre a formação desse instituto, e o problema que isso acarreta quando introduzido no modelo processual existente no Brasil, que é pautado em bases principiológicas processuais totalmente diferentes. Ademais, dedicaremos esforço hermenêutico, com a finalidade de fazer a análise comparada do ANPP com o benefício da transação penal exposto no art. 76 da Lei 9.099/95, com o intuito de demonstrar, não a justaposição desses, mas que estes possuem os mesmos fundamentos e bases de direito. O objetivo sobre esse ponto, se faz com a finalidade de aplicar os efeitos acerca da incidência da retroatividade penal, bem como de trabalhar sua eficácia temporal, e qual seria sua delimitação, se esta realmente ocorrer.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Garantias constitucionais. Retroatividade.

RESUMEM

Esta monografía tiene como objetivo hacer un análisis de la posibilidad de retroactividad del Acuerdo Penal de No Persecución (ANPP), introducido en la legislación brasileña por el artículo 28-A del Código Procesal Penal. Los institutos introducidos por el reglamento en cuestión se trabajan de una manera crítica y detallada, pero no de forma exhaustiva. Cabe señalar de entrada que la elección del legislador de nombrar el Acuerdo para la Persecución no penal es lamentable, ya que la persecución penal ha existido desde la fase inquisitorial. Brevemente, se discutirá la influencia que ejerció el modelo norteamericano "Plea bargaining" en la formación de este instituto, y el problema que esto conlleva al ser introducido en el modelo procesal existente en el Brasil, que se basa en principios procesales totalmente diferentes. Además, dedicaremos esfuerzo hermenéutico, con el fin de realizar un análisis comparativo entre la ANPP y el beneficio de la transacción criminal prevista en el art. 76 de la Ley 9.099 / 95, con el intuito de demostrar, no la yuxtaposición de estos, sino los fundamentos y bases de derecho que ellos comparten. El objetivo en este punto se plantea con la finalidad de aplicar los efectos sobre la incidencia de la retroactividad penal, así como trabajar sobre su efectividad temporal, y cuál sería su delimitación, si es que esto realmente se produce.

Palabras-llave: Acuerdo de persecución no penal. Garantías constitucionales. Retroactividad.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	6
2	ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL	9
2.1	DA CORRETA NOMENCLATURA	10
2.2	HISTÓRICO DA JUSTIÇA NEGOCIADA.....	11
2.3	PROBLEMA DO INSTITUTO EM SUA INSPIRAÇÃO NA JUSTIÇA NEGOCIADA AMERICANA	13
2.4	PONTOS DE DESTAQUE DO ANPP, NO ART. 28-A DO CPP	14
2.5	DA CONCESSÃO DO ANPP A PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO E VALORES EXTRAÍDOS DA NORMA	17
3	RETROATIVIDADE PENAL E SEUS ASPECTOS.....	19
3.1	HAVENDO O MESMO FUNDAMENTO, HAVERÁ O MESMO DIREITO	21
3.2	EXIGIBILIDADE DE CONFISSÃO E A QUEBRA DE UM PILAR CONSTITUCIONAL	24
3.3	LIMITE DA RETROATIVIDADE PENAL	26
4	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	30
	REFERÊNCIAS	32

1 INTRODUÇÃO

Segundo dados publicados recentemente pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), a população carcerária no Brasil em 2019 chegou ao número total de 773.151 (setecentos e setenta e três mil, cento e cinquenta e um) presos.

Olhando o número de pessoas que se encontravam reclusas no início do presente século, o crescimento da população carcerária é assustador, pois segundo índices do próprio DEPEN, no ano de 2001, a população carcerária era de 232.755 pessoas¹. Ou seja, em menos de vinte anos, houve um aumento populacional de quase 200%.

Tal fenômeno se explica por uma série de fatores, dentre estes chama atenção o expansionismo penal, marcado principalmente pelo direcionamento político quanto à aplicação de penas. O Estado, de modo populista e simplista, objetivando alcançar soluções aos anseios da sociedade civil em relação à constante sensação de insegurança, passou a adotar uma postura muito mais repressiva.

Este modelo contemporâneo de aplicação da pena se torna marcado pela constante flexibilização dos limites democráticos e pela permissividade crescente, beirando a ilegalidade ou inconstitucionalidade no processo penal. Um exemplo empírico da presente afirmação se faz notar quando se analisam os próprios dados do sistema penal brasileiro, quando se trata da aplicação da prisão provisória.

Na análise de dados informados DEPEN, se destaca que aproximadamente 30% da população prisional brasileira encontra-se detida de modo provisório, ou seja, sem terem sido condenados criminalmente. O Estado de Minas Gerais não escapa desta triste realidade, uma vez que em último levantamento realizado pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais 29,15% dos reclusos encontra-se na qualidade provisória².

Se houve um aumento exponencial quanto à população carcerária, não se pode dizer o mesmo quanto ao número de funcionários no setor judiciário. Segundo índices do CNJ (Conselho Nacional de Justiça), no ano de 2015, o Poder Judiciário possuía um total de 448.964 (quatrocentos e quarenta e oito mil, novecentas e sessenta e quatro) pessoas em sua

¹ A população carcerária triplicou entre 2000 e 2019, segundo mostram dados divulgados nesta sexta-feira, pelo Departamento Penitenciário Nacional (Depen), ligado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública. O estudo informa que, no ano 2000, estavam presas 232.755 pessoas. Em 2019 este índice saltou para 773.151 pessoas.

² Em Minas Gerais, há 21.658 presos provisórios (aqueles que ainda não foram condenados ou que recorrem para instâncias superiores) e outros 52.626 cumprindo pena. Esses dados, segundo o presidente do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), desembargador Nelson Missias de Moraes.

força de trabalho, sendo compostos da seguinte maneira: 18.168 (dezoito mil cento e sessenta e oito) magistrados, 272.093 (duzentos e setenta e dois mil e noventa e três) servidores, 71.969 (setenta e um mil novecentos e sessenta e nove) funcionários terceirizados, 67.708 (sessenta e sete mil setecentos e oito) estagiários e 19.026 (dezenove mil e vinte e seis) conciliadores, juízes leigos e voluntários. (ROCHA, 2018, p. 67)

Após um breve período de dois anos consecutivos de retração, somente no ano de 2017 houve aumento de 4,1% no número de cargos existentes. Mas apesar disto, os números de funcionários superam em pouco aqueles que se encontravam atuantes no ano de 2015. (ROCHA, 2018, p. 69)

Nesse sistema quase que paradoxo, de aumento constante do volume de processos, e de diminuição no quantitativo efetivo humano e falta de recursos, surgem como alento para o enfrentamento mais célere, institutos alternativos que ampliem a efetividade do processo.

Dentre estes institutos, destaca-se o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), expresso no artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, e introduzido mediante a Lei 13.964/19.

Desta maneira, no item a seguir vão ser analisados os pressupostos e condições para sua concessão, para em momento posterior, se atentar a uma análise mais detida a respeito da possibilidade de sua retroatividade.

Também ao longo do presente trabalho serão apontadas críticas doutrinárias, bem como sua semelhança com institutos despenalizadores já existentes no ordenamento brasileiro, especialmente aqueles vertidos junto à Lei dos Juizados Criminais Especiais.

O objetivo acerca deste ponto é buscar junto aos tribunais a jurisprudência já construída ao longo de 26 (vinte e seis anos), visando encontrar parâmetros para serem aplicados no ANPP, com base no princípio *ubi eadem ratio, ibi idem jus*.

Finalizado o ponto comparativo, passaremos à análise da possibilidade de retroatividade do ANPP no plano prático, indo além da questão conceitual, mas buscando sempre a melhor harmonizá-lo junto a outros princípios e preceitos constitucionais.

Destaca-se que o referido instituto foi recebido com entusiasmo por parcela da doutrina. E assim como tudo na vida, deve haver críticas positivas e negativas a respeito do referido instituto, uma vez que se busca na ciência do direito, seu constante aprimoramento.

Quer-se ainda ressaltar, que antes de adentrar propriamente no mérito da questão, o que se busca não é esgotar e nem abarcar todas as peculiaridades do Instituto do Acordo de Não Persecução Penal, mas apenas pensar na aplicabilidade de modo a viabilizar sua efetividade junto ao plano prático. Não se trata da defesa de modo impensável de institutos

que mitigam garantias constitucionais fundamentais ao processo penal, com a visão utilitarista de produtividade, mas unicamente do uso de institutos despenalizadores, dentro de uma estrutura já construída.

2 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO BRASIL

O Referido instituto foi introduzido no Brasil através da resolução n° 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). A normativa em questão tinha como objetivo inicial regulamentar a investigação criminal penal a ser realizada pelo Ministério Público, uma vez que o pleno do Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário (RE) 593727, reconheceu a legitimidade do *Parquet*, de promover, por autoridade própria, a investigação de natureza penal. Frisando que deveriam ser respeitados, sem exceção, os direitos e garantias do investigado³.

Entretanto, a referida resolução além de regulamentar normativas a serem seguidas pelo Ministério Público no momento de investigação criminal, introduziu o ANPP, possibilitando que o órgão ministerial deixasse de oferecer a ação penal, desde que o suposto autor da infração criminal cumprisse alguns requisitos brevemente estipulados.

A época de sua publicação foi marcada por muita polêmica, não havendo unanimidade nem mesmo institucional por parte do Ministério Público no plano nacional. Somente para fins de exemplo, se observa que o Ministério Público dos Estados do Rio de Janeiro e de Minas Gerais recomendaram que seus membros não o fimassem. O órgão no Distrito Federal e Territórios foi além, chegando ao ponto de orientar de modo institucional a sua não aplicação⁴.

Grande crítica à dita resolução ocorre pelo fato de serem normas não emanadas pelo Congresso Nacional, o que sugere uma clara violação ao princípio da legalidade e da reserva legal. Essa violação é facilmente vista quando se faz uma simples leitura ao art. 22, I da Constituição Federal, que prevê como competência exclusiva da União legislar sobre matéria de Direito Penal e de Direito Processual Penal.

³ Após o voto do Senhor Ministro Cezar Peluso, conhecendo e dando provimento ao recurso extraordinário, reconhecendo, entretanto, a competência do Ministério Público para realizar diretamente atividades de investigação da prática de delitos, para fins de preparação e eventual instauração de ação penal apenas em hipóteses excepcionais e taxativas

⁴ Além disso, o conselheiro determinou o envio de cópia do processo para a Corregedoria Nacional do Ministério Público instaurar reclamação disciplinar para verificar o não atendimento, por parte do MPDFT, de decisões do CNMP. Rochadel decidiu, também, oficiar o procurador-geral de Justiça do MPDFT para que, em dez dias, preste informações sobre o assunto. A liminar foi concedida com base em procedimento instaurado a requerimento de promotores de Justiça do Estado do Ceará, que noticiaram ter conhecimento de normas dos Ministérios Públicos dos Estados de Minas Gerais, do Rio de Janeiro e do Distrito Federal e Territórios que contrariam a Resolução CNMP n° 181/2017, sobretudo em relação ao acordo de não-persecução penal.

Foram estabelecidos nos termos do caput do art. 18 da resolução 181/2017, os pressupostos para o oferecimento do acordo. Dentre estes, se destaca que ele deveria ser proposto pelo Ministério Público, havendo a necessidade de confissão formal do acusado, a previsão de restituição de bem, além de prever a possibilidade do *Parquet* de propor algum termo atípico, não previamente descrito.

Paralelo à resolução, houve a proposta do projeto de lei PL 10372/18 e PL 10373/18, que teve como principal patrocinador o então ministro da Justiça e hoje ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes⁵. Em análise desta proposta normativa, é possível observar que houve grande inspiração na própria Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (181/2017), entretanto foram alterados alguns pontos específicos, como a restrição temporal e material das condições que podem ser impostas ao acusado.

O mais recente projeto, trata-se da Lei 13964/19, que foi capitaneada pelo então Ministro da Justiça e ex-Juiz Federal Sérgio Moro. O projeto trata-se quase de uma cópia da resolução elaborada pelo CNPM.

Apesar de não haver nenhuma mudança substancial que se destaque, a normativa publicada no dia 24 de dezembro de 2019 ganha destaque por afastar a principal crítica feita em relação à resolução 181/2017, que era incorrer de modo expresse em violação ao princípio da legalidade.

2.1 DA CORRETA NOMENCLATURA

A nomenclatura conferida pelo legislador, qual seja, Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), é um tanto quanto infeliz e atécnica, uma vez que a persecução penal já se encontra em curso desde o início da investigação realizada pela própria autoridade policial. É importante lembrar que a persecução penal por si, abrange não somente a parte processual, mas também a parte inquisitorial.

Tal alerta nos é feito pelo professor Marcos Paulo Dutra, que afirma: “A persecução penal, em si, encontra-se em curso desde a formalização da investigação pela autoridade policial” E complementa dizendo, que a “[...] nomenclatura versada no art. 28-A do CPP é, na realidade, de não deflagração da ação penal”. (SANTOS, 2020. p. 150-151)

⁵ O ministro da Justiça e Segurança Pública, Sérgio Moro, virá à Câmara hoje para participar de uma reunião fechada com os deputados do grupo de trabalho (GT) responsável pela análise do pacote anti-crime (PL 882/19), enviado pelo governo. O colegiado também examina dois projetos (PLs 10372/18 e 10373/18) elaborados por uma comissão de juristas coordenada pelo ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Alexandre de Moraes.

Nesta toada, percebemos que a nomeação correta do instituto em questão deveria ser acordo de não deflagração da ação penal, pois quando realizado, este impede a ação penal, e não a persecução penal, que já encontrava-se ativa.

2.2 HISTÓRICO DA JUSTIÇA NEGOCIADA

Através da Constituição Federal de 1988, por meio de seu artigo 98, I, foi inserido um novo paradigma no processo penal pátrio, possibilitando a flexibilização de certos princípios processuais penais e tratando com rigor formal menor as infrações de menor potencial ofensivo. Neste ponto nascia a possibilidade de se introduzir um novo modelo de justiça criminal, o da justiça penal negociada.

Apesar desta previsibilidade constitucional, destaca-se que esta não é uma norma de eficácia plena, mas sim de eficácia limitada, ou seja, depende de uma regulamentação posterior para a produção dos efeitos práticos pretendidos.

Com isso, a sua regular eficácia somente ocorreu pela promulgação da Lei 9.099/95 em 1995, em que implementou Juizados Especiais, e inseriu o conceito legal da infração de menor potencial ofensivo, além de passar a prever os institutos da transação penal e a suspensão condicional do processo.

Sobre este ponto, cabe tecer breves comentários. Inicialmente, é importante trazer a conceituação legal acerca da infração de menor potencial ofensivo. Este é previsto no art. 61 da Lei 9.099/95, e são definidos como os delitos com pena máxima de até 02 (dois) anos, além de todas as práticas penais da lei de contravenções penais (Lei nº 3688/41), sejam cumuladas ou não com pena de multa.

Acerca da transação penal, ela está prevista junto ao artigo 76 (9.099/95) e permite ao *Parquet* o oferecimento de proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, e quando o imputado do fato penal aceita a proposta de transação penal, o órgão acusador renúncia ao seguimento do processo.

Por sua vez, a suspensão condicional do processo (*SUSPRO*), previsto junto ao artigo 89 (9.099/95), e prevê que o Ministério Público poderá, no momento de oferecimento da denúncia, propor a suspensão do processo, por um período de dois a quatro anos. Neste período o acusado será submetido a determinadas condições. Destacando que o *SUSPRO* possui a maior amplitude, pois aplica-se aos crimes que têm pena mínima igual ou inferior a um ano, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime.

Apesar da Lei 9.099/95 ser conhecida pelo fato de ter sido pioneira na previsibilidade dos institutos da justiça penal negociada, pode-se afirmar, ainda que de modo tímido, que a introdução dos institutos penais negociáveis no período de pós-redemocratização ocorreu com a Lei nº 8.072/90, conhecida popularmente com a Lei de Crimes Hediondos. Nesta lei, por meio do seu art. 8º, em seu parágrafo único, foi incluída a delação premiada, em que se passou a prever que “O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços.”

Dessa maneira, a Lei dos Crimes Hediondos (8.072/90), bem com a Lei dos Juizados Especiais (9.099/95), foram os pontos de inauguração de um novo paradigma da justiça penal e funcionaram como uma espécie de laboratório, em que se observaram os efeitos práticos acerca da justiça penal negociada. E conforme explicitado por Danilo Kutianski Souza¹ e por Doroteu Trentini Zimiani:

A proposta de aplicação imediata de pena inaugura no sistema penal brasileiro a adoção do **princípio da discricionariedade regrada, que se contrapõe ao princípio da obrigatoriedade** porquanto neste o Ministério Público está obrigado (havendo tipicidade e indícios de autoria) a oferecer a ação penal, nos termos do art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988. O princípio da discricionariedade regrada, por sua vez, conjectura a liberdade que o Ministério Público detém para dispor da ação penal, embora essa liberdade não seja absoluta, mas limitada às hipóteses legais. (KUTIANSKI, DOROTEU; 2018 p. 131-148)

Após estas leis, se tornou cada vez mais corriqueiro introduzir junto a normativas que regulam leis penais normativas acerca da justiça negociada. Dentre estas, merecem destaques a Lei 9.613/1998 (Lavagem de Capitais), a Lei 9.807/1999 (Proteção a Vítimas e Testemunhas) e a Lei 11.343/2006 (Antitóxicos).

Porém, se antes havia a introdução de modo corriqueiro e eventual, o cenário muda completamente com a introdução da Lei nº 12.850/13. Por meio desta normativa foi introduzida a colaboração premiada como uma forma para se obterem provas para o processo. A delação premiada permite a redução de até 2/3 da pena privativa de liberdade. Além desta modalidade de benefício, passou a ser possível que o Ministério Público deixasse de oferecer a denúncia, podendo haver até mesmo o perdão judicial, desde que o acusado dispense o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da Constituição Federal), e mesmo o de não produzir provas contra si mesmo, e preste compromisso de falar a verdade, apresentando provas ao juízo que possibilitem o prosseguimento regular das investigações.

Nesta mesma toada, se observa que a Lei 13.964/19, ao qual introduziu no art. 28-A do Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal, aprofundando cada vez mais nas entranhas da justiça negociada, enraizando a justiça brasileira no panorama da mitigação de preceitos constitucionais.

Este fato parece sem volta, tendo como grande fonte de inspiração para a criação destas novas normativas e direcionamento acerca da justiça penal, os preceitos da justiça anglo-americano, como o do *plea bargaining*, e o trazendo ao processo penal pátrio sem nenhum filtro.

2.3 PROBLEMA DO INSTITUTO EM SUA INSPIRAÇÃO NA JUSTIÇA NEGOCIADA AMERICANA

Junto ao próprio direito anglo-americano, os institutos do *plea bargaining* ou a *plea guilty*, que serviram como principal ponto de referência para o conceito de Acordo de Não Persecução Penal, são duramente criticados. Um dos principais aspectos apontados, se refere ao fato de que a confissão do acusado é usada como moeda de troca pela redução de pena.

Como o benefício é imediatamente aplicado após a confissão, provoca problemas e fissuras estruturais ao devido processo legal, bem como aos valores fundamentais do sistema criminal. Nesta linha de pensamento, vão importante autores. Um exemplo é o caso de Jacinto Coutinho, que afirma:

[...] tudo leva a crer, enfim, que um *plea bargaining* metido em um processo do sistema inquisitorial como o brasileiro seja um desastre, retirando ainda mais o pouco de democracia processual que restou depois da americanização à brasileira promovida nos últimos anos, tudo sem o devido controle por quem de direito, seja lá qual motivo for. Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso, é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus – tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos. (COUTINHO, 2019, p. 4.)

Como um dos pressupostos centrais para a concessão do ANPP é a confissão detalhada do acusado, claramente o objetivo central se trata em punir. Repare na leitura do artigo 28-A do CPP, que não há nenhum mecanismo que busque culpabilização do agente, com a finalidade dele próprio em reconhecer eventual erro pela prática da transgressão penal. O cerne é claramente de sustentar perante toda sociedade, a falsa ideia de efetividade penal. Não importando a quem se puna, desde que se puna alguém.

Além do mais, ao imputar como condição fundamental para realização do acordo a confissão, isso cria um mecanismo para que o acusado busque de modo incessante a realização do acordo a qualquer custo.

2.4 PONTOS DE DESTAQUE DO ANPP NO ART. 28-A DO CPP

O art. 28-A do Código de processo penal possui a seguinte redação:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal).a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

De sua simples leitura, é possível perceber que sua aplicação é possível desde que a pena mínima fique abaixo de 4 (quatro) anos e o crime não seja prática com violência ou grave ameaça.

Além do mais, da cabeça do artigo se extrai que seu oferecimento vai ocorrer desde que não seja o caso de arquivamento do inquérito. Dentre as causas que podem gerar o arquivamento, destaca-se a ausência de justa causa para o oferecimento da ação penal (art. 395, III do CPP), quando houver uma causa clara de excludente da ilicitude (art. 23 do Código Penal), quando incidir uma das causas excludentes de culpabilidade (art. 22 do Código Penal), e quando houver causa de extinção de punibilidade, como a prescrição.

Adiante, na leitura do *caput*, se observa como requisito que o indiciado penal tenha confessado de modo expresso o fato delituoso. Noutra espectro, é referendada a vedação no ANPP no caso de crimes cometidos com violência ou grave ameaça. Cabe apenas fazer a

ressalva, que caso o crime ocorra na modalidade culposa, não há vedação a concessão do benefício, mesmo quando a natureza do delito tenha ocorrido com violência, uma vez que este deve ocorrer de modo deliberadamente intencional. O professor Marcus Paula Dutra afirma que:

A referência à grave ameaça só endossa o alegado, por ser injusto que só comporta a modalidade dolosa, sem dar margem aos culpados. Ademais, enquanto requisito proibitivo do ANPP, a interpretação há de ser restritiva. Nesse sentido, o Enunciado nº 23 do CNPG: É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível. (SANTOS, 2020, p. 150 – 151)

Prosseguindo, outro ponto de destaque que se faz importante tecer comentários, é acerca do inciso V do art. 28-A do CPP, pois este permite ao *Parquet* de modo discricionário impor uma medida que achar cabível ao caso presente para oferecer o acordo. Parece a mais clara influência do *plea bargaining*, pois concede enorme liberdade ao órgão acusador, sem traçar condições minimamente delimitadores de quais condições poderiam ser impostas.

Ademais, a normativa destacada acima, passa a possibilitar abertura para o órgão ministerial ter como mecanismo a imposição de cláusulas impossíveis de serem cumpridas pelo acusado e desse modo, impossibilitar o acordo.

Não se trata aqui de duvidar da idoneidade da instituição em comento, mas deve-se lembrar unicamente que ela é gerida por humanos, e como tal, encontram-se sempre suscetíveis aos seus caprichos e vontades.

A interpretação da normativa deve ser vista junto ao art. 28-A, §1º do CPP, em que se estabelece que a aplicação do benefício está condicionada ao piso do *quantum* penal de 04 (quatro) anos e devem com isso ser consideradas as qualificadoras, porque trazem escalas penais mínimas e máximas de modo abstrato.

Por essa razão, não deve ser esquecido que as causas de aumento ou diminuição da pena, independente se estas se localizem na parte geral ou especial do Código Penal, ou mesmo em legislação extravagante, devem ser consideradas para se fixar o piso do *quantum* penal.

Lembrando que para essa aferição, deve ser reduzida sempre na maior fração e majorada na menor, uma vez que se busca sempre com isso ter de modo abstrato a pena em seu patamar mínimo.

Importante chamar a atenção que as agravantes e atenuantes, são insuscetíveis de projeção da pena em abstrato, pois repercutem apenas na pena *in concreto*. E qualquer projeção destas violaria o contraditório e a ampla defesa.

Por consequência, na eventualidade de haver o concurso material ou o concurso formal entre os delitos, caberá ANPP, somente se a pena mínima cominada estiver totalizando no patamar de 04 (quatro) anos.

Não poderia deixar de estar em comento, que a escolha do legislador pelo piso penal de 04 (quatro) anos, bem como a opção por não conceder o benefício a crimes cometidos com grave violência ou ameaça, é, no mínimo, estranho. Já que ao fixar os critérios do piso de 04 (quatro) anos, bem como não ser concedido em crimes cometidos com violência ou grave ameaça, de modo coincidentemente estranho, observa-se ser possível a concessão do benefício a todas as modalidades delituosas que se encontram previstas nos crimes funcionais, que se encontram no Título IX do Código Penal, indo do artigo 312 ao artigo 326.

Não se trata aqui de defender um ideário punitivista, mas sim de minimamente apontar as incongruências observadas na presente normativa. Tamanha contradição também não passou despercebida pelo professor Marcos Paula Dutra Santos, que afirma: “Aplaudimos sempre, alternativas ao encarceramento, mas a escolha do legislador destila velada seletividade”.

Dando prosseguimento à análise a concessão do benefício, observa-se que o §2º do art. 28-A do CPP ainda enumera mais quatro requisitos para a concessão do benefício.

O inc. I da dita normativa, informa que não será cabível o benefício caso seja possível a transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais. A justificativa para isso ocorrer parece muito clara, deve-se buscar sempre o instituto mais despenalizador, por ser o que traz mais benefício ao acusado. Se formos olhar em uma escala de ordem decrescente, do mais despenalizador ao menos, em primeiro lugar observa-se a composição civil por danos, em segundo lugar a transação penal, em terceiro acordo de não persecução penal e, por fim, a suspensão condicional do processo. Há de se ressaltar que muitos consideram a suspensão condicional do processo mais benéfico, por se tratar de um instituto em que não constrange a parte de ter que confessar a prática do ilícito.

Já o inciso II do §2º do art. 28-A do CPP, afirma ser incabível se conceder o benefício se a parte for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem a conduta criminal de modo reiterado ou profissional, excetuando se insignificantes as infrações penais pretéritas. Se torna assim impedimento a se conceder o benefício a réus reincidentes, caso não tenha decorrido o prazo legal de 05 (cinco) anos vertido no art. 64, I do CP, sendo incluído para a

contabilização deste prazo o período de provas do livramento condicional ou *Sursis* da pena. A segunda parte do inciso em comento, guarda enorme vagueza e falta de objetividade, o que na prática forense pode gerar enorme insegurança jurídica, pois, apesar de ser reconhecido como um princípio que se extrai da normativa pátria, não se há muito bem clara sua abrangência e delimitação, havendo enorme discordância dentre a própria doutrina quanto ao que seria um crime delito insignificante.

O inciso IV, §2º do art. 28-A do CPP diz não ser possível conceder o ANPP “nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.”. A referida normativa vai ao encontro de uma prática que o Brasil tenta erradicar de modo mais incisivo desde a promulgação da Lei 11.340/06, que é a Violência doméstica, em especial contra a mulher. O dispositivo ainda deve incidir efeitos quando o crime for praticado em relação de violência doméstica quando o sujeito tiver como identidade de gênero feminina, sendo este, analisado sempre sob o ângulo biopsicológico.

2.5 DA CONCESSÃO DO ANPP A PRÁTICA DE CRIME HEDIONDO E VALORES EXTRAÍDOS DA NORMA

Apesar de não estar de modo expresso, sempre fica o questionamento se poderá conceder o benefício quando o sujeito tiver praticado crime classificado como hediondo.

De saída se faz importante destacar que a ampla maioria dos delitos hediondos ou equiparados previstos na Lei 8.072/90 possuem pena mínima superior a 04 (quatro) anos, violando assim, o disposto no próprio caput. do art. 28-A do CPP.

Mas ainda sim, de antemão o Conselho Nacional dos Procuradores Gerais (CNPJ) publicou o Enunciado 22, que possui a seguinte redação:

Veda-se o acordo de não persecução penal aos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, bem como aos crimes **hediondos e equiparados**, pois em relação a estes o acordo não é suficiente para a reprovação e prevenção do crime. (*grifo nosso*)

De plano, o CNPJ já se pronunciou a respeito de se vedar a concessão do ANPP quando envolve a prática de crime hediondo.

Em que pese haver enunciado em sentido contrário, não há vedação expressa à sua possível concessão, e efeito contrário seria legislar *in malam* parte, ferindo assim preceitos constitucionais da legalidade penal.

Portanto, caso haja o quantum penal com pena mínima abaixo de 04 (quatro) anos em crimes hediondos, verifica-se que há possibilidade de a concessão do regime inicial de cumprimento de pena ser o aberto, fato esse que demonstra incongruência legislativa muito maior do que se conceder o benefício em comento.

Ademais, é importante ressaltar alguns valores acerca do ANPP. De saída se destaca que este é um instituto não vinculado a partir de um juízo pessoal e subjetivo do membro do Ministério Público, mas sim, quando se observar estarem preenchidos os requisitos previamente fixados em lei, submetendo-se a discricionariedade regrada, haverá a aplicação da norma devidamente.

Outrossim, denota-se que é excepcionado o princípio da indisponibilidade da ação penal (art.42 do CPP), pois prevê que o *Parquet* vem a desistir de ver sua pretensão acusatória julgada em detrimento de um acordo elaborado de modo consensual.

De igual forma, excepciona que na eventualidade do descumprimento dos termos impostos, reestabelece unicamente ao Ministério Público o direito de propor a ação penal, e dar prosseguimento ao processo.

Além do mais, o referido instituto preserva o estado de inocência, exposto junto ao art. 5, LVII, da Constituição Federal, em que preconiza que “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Ademais, a normativa em questão, ainda que diretamente, preserva também a liberdade do acusado.

3 RETROATIVIDADE PENAL E SEUS ASPECTOS

Feita a explanação dos aspectos do ANPP, passemos à análise sobre a possibilidade de sua retroatividade penal, e bem como, qual seria o limite da sua ocorrência.

Antes de adentrar propriamente no mérito, vale a pena tecer alguns comentários referente da retroatividade penal, para com isso obter um direcionamento acerca de seus efeitos.

A retroatividade da lei penal mais benéfica é princípio basilar do Direito Penal, e encontra-se consagrado na Constituição Federal como direito fundamental, previsto no art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988. Ou seja, é previsto de modo explícito no texto maior. Ademais, encontra-se também prevista junto ao Código Penal, em seu art. 2º parágrafo único.

No jugado do Habeas Corpus 100181/RS, o Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) Marco Aurélio de Mello nos apresenta valiosa lição do instituto da retroatividade penal e da incidência de seus efeitos, afirmando que:

O art. 5º, XL, da Magna Carta prevê dois princípios que regem eventuais conflitos de leis penais no tempo: irretroatividade da lei penal mais severa (*lex gravior*) e retroatividade da lei penal mais benigna (*lex mitior*) [...] essa regra é um dos princípios maiores, mais importantes, do Estado de Direito, pois proíbe que as normas que regulam um fato criminoso sejam modificadas posteriormente em prejuízo a situação jurídica. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2019)

Como regra geral e visando sempre a maior segurança jurídica, encontramos a irretroatividade da lei penal. Entretanto, a constituição admite de modo excepcional, a retroatividade da lei penal mais benigna, a favor do agente da prática do fato delituoso.

Um dos principais motivos para ser vedado a retroatividade de lei penal, encontra razão na proteção aos sujeitos contra o superveniente aumento rigoroso do tratamento penal de um fato. Mas essa justificativa inexistente quando a nova lei penal é mais benéfica ao sujeito processual.

Quando uma nova lei é editada, esta não é feita com o pensamento exclusivo de prejudicar ou beneficiar uma determinada categoria de pessoas. Mas o legislador leva em consideração uma série de fatores e elementos. A sociedade também é uma estrutura orgânica, que se encontra em constante movimentação e alteração do pensamento social.

E esses efeitos que a nova lei busca emitir, não possuem de modo expresso a intenção de beneficiar ou prejudicar o réu, mas apresentam sinais, que permitem uma identificação dos efeitos que são mais favoráveis ou desfavoráveis ao imputado de fato delituoso.

Com efeito, sempre ficará o questionamento, se o aplicador do direito deverá aplicar na integralidade a nova norma, ou se haverá a opção de sua separação. Nesse sentido discorre, o Professor da Universidad Católica de Valparaíso, Guillermo Oliver Calderón, nos seguintes termos:

No âmbito das consequências penais, também pode resultar extremamente difícil determinar qual é a lei mais favorável. *Verbi gratia*, poderia acontecer que a lei posterior diminuía o limite inferior da pena privativa de liberdade estabelecida na lei anterior, mas aumentara o limite superior, ou, ainda, que rebaixara o limite superior, porém aumentara o inferior. Poderia ocorrer, também, que a lei nova eliminara a pena privativa de liberdade de muito curta duração contemplada na lei precedente, mas a substituía por uma pena restritiva de liberdade de larga duração ou por uma pena pecuniária de elevada monta. Poderia suceder, ainda, que a lei posterior criara uma nova atenuante de responsabilidade penal, porém estabelecera uma nova agravante. [...] **a maioria dos autores assinala que deve aplicar-se uma ou outra lei, integralmente, em bloco, sem que possam combinar-se os aspectos mais favoráveis delas.** Isso se traduz em uma proibição da denominada *lex tertia* ou princípio de combinação. (SANTIAGO, 2007. p. 56- 61)

Conforme visto acima, sempre remanesce a indagação se haverá a aplicabilidade da nova lei em sua integralidade, ou se ocorrerá fracionamento. Nessa toada, raciocinando em cima deste ponto, o professor Mirabete indaga que “[...] a melhor solução é a de que pode haver combinação de duas leis, aplicando-se ao caso concreto os dispositivos mais benéficos”(MIRABETE, 2019).

Mas acerca do ponto de vista aqui defendido, a lição que parece mais adequada encontra voz nos ensinamentos de Gunther Jakobs:

De acordo com a doutrina majoritária, deve-se comparar a gravidade das consequências do fato da lei antiga, acumuladas, com as da lei nova, também acumuladas, e não cada uma das reações jurídico-penais separadamente (alternatividade das leis). Por conseguinte, em conclusão, só pode ser mais favorável a lei antiga ou a lei modificada, mas não a antiga, apenas com relação a uma consequência, e a modificada, no que atine a outra. **Não se pode manter essa solução; em todo caso, nas reações mencionadas no § 2.5 StGB há que se levar a cabo a determinação individual: a proibição de retroatividade do § 2.5 StGB é completamente idêntica a um mandado de recortar retroativamente a nova lei para alcançar a antiga regulação;** é dizer, rompe a alternatividade. (JAKOBS, 1997. p. 125)

Neste sentido, o correto portanto se faz em analisar a nova lei, e observar seus aspectos que podem ser divisíveis, e aproveitar destes, para retroagir de modo que as normas mais benéficas alcancem fatos anteriores praticados pelo acusado, em contrapartida, as normas mais prejudiciais vão incidir o efeito da irretroatividade.

Um aspecto prático a esse respeito pode ser visto do ponto de vista da Lei 13.964/19, popularmente conhecido como pacote anticrime.

A referida normativa alterou de modo substancial algumas normativas, dentre elas destaca-se que houve alteração junto ao Código Processual Penal, Código Penal e até na própria Lei de Execução Penal.

Dessa maneira, usando todo raciocínio construído acima, o autodenominado pacote anticrime não pode ser visto de modo único. Deve, portanto, ser observado cada aspecto de modo individual e analisado o efeito da retroatividade ou não ao caso concreto.

Um exemplo acerca disso se observa na inserção do § 2º-B, junto ao artigo 157 do Código Penal, que determinou a aplicação da pena em dobro, na possibilidade da violência ou grave ameaça ser exercida com arma de fogo de uso restrito.

A *ratio legis* evidência neste aspecto que o objetivo é o de enrijecer a resposta penal aos crimes praticados com arma de fogo de uso restrito, pois entende-se que aqueles que exercem esse tipo de delito demonstram uma periculosidade maior e, desse modo, podem causar um dano mais grave ao seio social, com isto, a resposta penal deve ser mais gravosa. Consequentemente, não deve haver retroatividade da Lei Penal.

Por sua vez, a mesma leitura não parece correta no tocante ao ANPP, inserido junto ao artigo 28-A do Código de Processo Penal. Mas para falar acerca desta norma, cabe tecer comentários e analisar seus aspectos.

3.1 HAVENDO O MESMO FUNDAMENTO, HAVERÁ O MESMO DIREITO

Assim como os institutos da transação penal no art. 76 e da suspensão condicional do processo art. 89, ambos da Lei 9.099/95, o acordo de não persecução penal tem unívoca natureza híbrida. Ou seja, abarca institutos de Direito Processual e de Direito Material, afinal, evita o julgamento, conservando o estado de inocência e de liberdade do acusado. Traduzindo, se trata de um claro, *novatio legis in mellius*.

Por esse motivo, deverão retroagir. Essa força normativa é extraída do art. 5º, XL da CF, em que de modo bem claro se considera como inafastável a retroatividade de lei penal mais benéfica. Acrescenta-se que a própria Lei de Execuções Penais, 7210/84, em seu art. 61, I fixa que os juízes que atuam junto a execução, tem como competência a aplicação de nova lei benéfica, inclusive a casos com trânsito em julgado, que de qualquer modo favoreça ao sentenciado.

Ao observar o instituto da transação penal, denota-se que inexiste a aplicação de sanção condenação. E em caso de eventual descumprimento, não enseja execução penal, mas sim, o reestabelecimento ao *Parquet* do direito de ação. Nesta toada, o Supremo Tribunal Federal, na Súmula nº 35, fixa entendimento que:

A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 **não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal** mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial.

O ANPP, assim como a transação penal, não se trata de condenação. E caso ocorra o descumprimento dos termos acordados, permite unicamente o direito do Ministério Público em reestabelecer a ação penal.

Ademais, ao comparar a transação penal com o ANPP, denota-se que estes não ensejam os efeitos impostos a reincidência, não ficando nem mesmo registrada mácula na Certidão de Antecedentes Criminais (CAC). Unicamente o que a normativa permite é o registro junto à Folha de Antecedentes Criminas (FAC), com a finalidade de assinalar o período que o acusado foi agraciado por algum dos benefícios, para, com isso, impedir a concessão de qualquer desses institutos novamente no período inferior a 05 (cinco) anos.

Pelo exposto acima, observa-se de modo claro que ambos os institutos possuem identidade de razões e são pautados nos mesmos fundamentos. Estabelece o brocardo latim *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito. Esta analogia consiste nos meios pelos quais o intérprete do direito se valerá para suprir a lacuna do direito positivo e integrá-lo com elementos buscados dentro do próprio Direito.

Tendo isto em mente, se extrai da lição do professor Marcos Paulos Paula Dutra que “[...] os postulados doutrinários e jurisprudenciais construídos desde 1995, em relação a transação penal, aplicam-se, por analogia, ao ANPP, a **começar pela eficácia intertemporal**” (DUTRA, 2019, p. 155)

Deste modo, podemos ter como parâmetro, para aplicação da eficácia intertemporal do ANPP, a decisão fixada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1719. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)

Esta decisão tratava a respeito da constitucionalidade do art. 90 da Lei 9.099/95, pois este fixava que os institutos despenalizadores, como SUSPRO e a transação penal, não seriam aplicados aos processos cuja instrução já havia sido iniciada.

Por esta razão, o pleno do STF, em sede de pretensão cautelar na ADI em comento, decidiu pela suspensão da eficácia do art. 90 da Lei 9.099/95. Assentando entendimento pela retroatividade da lei dos juizados especiais, eis que presentes normas de conteúdo penal mais benéfico ao acusado.

Segue abaixo, *acórdão* referente a decisão cautelar, que teve como Relator o Ministro Moreira Alves.

EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade do artigo 90 da Lei 9.099, de 26.09.95, **em face do princípio constitucional da retroatividade da lei penal mais benigna (art. 5º, XL, da Carta Magna)**. Pedido de liminar. - Ocorrência dos requisitos da relevância da fundamentação jurídica do pedido e da conveniência da suspensão parcial da norma impugnada. Pedido de liminar que se defere, em parte, para, dando ao artigo 90 da Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, interpretação conforme à Constituição suspender "ex tunc", sua eficácia com relação ao sentido de ser ele aplicável às normas de conteúdo penal mais favorável contidas nessa Lei. (ADI 1719 MC, Relator(a): MOREIRA ALVES, Tribunal Pleno, julgado em 03/12/1997, DJ 27-02-1998 PP-00001 EMENT VOL-01900-01 PP-00001)

Dentre as razões sustentadas para esse entendimento, cabe destacar que o Ministro Moreira Alves asseverou que o art. 90 da Lei 9.099/95 não faz distinção entre normas processuais e normas penais. Sendo assim, de modo acertado, asseverou pelo comando constitucional da retroatividade de lei penal mais benéfica.

Já o mérito da ADI 1719 foi julgado apenas no ano de 2007, e teve como relator o Ministro Joaquim Barbosa, já que o Ministro Moreira Alves se aposentou. O plenário do Supremo Tribunal Federal confirmou na íntegra a liminar reconhecida anteriormente, da qual segue abaixo ementa extraída do julgamento.

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, **as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.** (grifo nosso)
(ADI 1719, Relator(a): JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, julgado em 18/06/2007, DJe-072 DIVULG 02-08-2007 PUBLIC 03-08-2007 DJ 03-

08-2007 PP-00029 EMENT VOL-02283-02 PP-00225 RB v. 19, n. 526, 2007, p. 33-35)

Importante razão asseverada pelo Ministro Relator em questão, diz também sobre a natureza híbrida fixada pelos institutos da transação penal e do *SUSPRO*. Sendo assim, como possuem normas de direito material inculcadas junto à sua normativa, devem retroagir, em respeito ao princípio da retroatividade penal, asseverado junto ao art. 5º, XL da CF.

Portanto, se o Acordo de Não Persecução Penal tem como panorama a procura de fins idênticos à transação penal, não deflagrando a denúncia, possuem as mesmas consequências quando do seu regular cumprimento, que é a extinção da pretensão punitiva estatal, sem com isso acarretar reincidência ou mesmos maus antecedentes.

Possuem como impedimento o fato de terem sido beneficiado os imputados penais com tais institutos no prazo inferior a 05 (cinco) anos. E em caso de desrespeito às condições estabelecidas, seja pelo ANPP ou seja pela transação penal, reestabelece unicamente ao Ministério Público o direito de obter novamente propor a ação.

Caso haja dúvidas com as semelhanças de ambos os institutos, basta observar que no próprio art. 28-A, §2º, I do CPP o legislador reconheceu essa semelhança de identidade. E diz, que na eventualidade de haver justaposição entre ambos os institutos, é ordenado que o aplicador de direito opte pelo oferecimento da transação penal.

Conclui-se que estão preenchidas as identidades de razões para aplicar, através da analogia, os precedentes fixados em 25 (vinte e cinco) anos de jurisprudência consolidada junto ao instituto da transação penal junto ao Acordo de Não Persecução Penal, eis que presente *ubi eadem ratio ibi eadem jus*.

3.2 EXIGIBILIDADE DE CONFISSÃO E A QUEBRA DE UM PILAR CONSTITUCIONAL

Se o ANPP possui mecanismos com semelhança intrínseca ao dos institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95, estes também se diferenciam de modo exponencial no tocante à preservação do estado de inocência.

Da leitura do art. 28-A do Código de Processo Penal, de plano chama a atenção para a exigibilidade que o acusado confesse a prática da infração penal, caso objetive ser agraciado com o benefício do Acordo de Não Persecução Penal.

Neste aspecto, cabe abrir parêntese para comentar acerca da irregularidade quanto a este pressuposto.

A normativa constitucional estabelece nos termos do Art. 5º, LXIII da CF e no Art. 186 do Código de Processo Penal o princípio *nemo tenetur se detegere* que é um dos basilares do Estado Democrático de Direito. Renato Brasileiro nos ensina de modo muito didático acerca deste:

O prefalado princípio consiste, em linhas objetivas, na inexistência de obrigação de o(a) investigado(a) produzir quaisquer provas contra si mesmo, tratando-se de autodefesa passiva com a proibição do uso de medidas coercitivas ou intimidatórias para que se obtenha confissão ou para que colabore em atos que eventualmente ocasionem condenação. (LIMA, 2020. p. 58)

Em linhas gerais, esta norma constitucional assegura aos litigantes, seja no âmbito processual judicial ou administrativo a ampla defesa. Esta garantia possui dois importantes pilares, que são formados pela defesa técnica e pela autodefesa, que são complementares.

Ao suspeito de qualquer investigação criminal é imputada a desonrosa carga valorativa de ser o sujeito ativo do fato criminoso, mas também deve-se lembrar que esse momento é marcado pelo nascimento de uma série de direitos e garantias constitucionais.

Por isso, por mais que no momento em que o acusado for fechar o acordo, ele esteja acompanhado de advogado ou da defensoria, que formam a defesa técnica, esta unicamente se trata de um dos pilares; o outro pilar, qual seja, a autodefesa, é quebrado no momento em que se exige como requisito legal a confissão do acusado, fazendo com isso, desmoronar por completo o princípio do *nemo tenetur se detegere*.

O ponto central da questão, refere-se ao fato de que ao imputado penal, no momento em que houve a obrigatoriedade de fazer a confissão acerca do delito, obriga este a colaborar de modo tão direto com a investigação, que acaba por romper de vez com a vedação a não autoincriminação.

Explica ainda Alan Diniz Moreira Guedes de Ornelas que:

Não autoincriminação é um direito fundamental de quem é investigado ou processado criminalmente, tendo por finalidade a proteção do indivíduo na persecução penal em razão de sua clara hipossuficiência quando comparado aos aparatos estatais, justamente para evitar excessos e resguardar qualquer violência de ordem física ou moral, especialmente nos casos cuja finalidade é obrigar o cidadão a contribuir com a investigação. (ORNELAS, 2021)

Com isso, a exigibilidade de confissão formal ao imputado de fato penal, parece ser dotada de total ausência de razoabilidade, bem como não encontra base normativa sequer parecida, uma vez que os demais institutos como a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambos presentes na Lei 9.099/95 não fazem tal exigibilidade.

Tal fato aqui defendido é visto de igual maneira por muitos juristas brasileiros. Prova disto é que foi proposta Ação Direta de Inconstitucionalidade 6304, para discutir quanto à irregularidade acerca desse trecho, e encontra-se em trâmite junto ao Supremo Tribunal Federal. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2020)

3.3 LIMITE DA RETROATIVIDADE PENAL

Pelo exposto acima, fica muito evidente que o Acordo de Não Persecução Penal, por se tratar de uma norma de natureza híbrida, surge sobre ele a força normativa prevista pelo art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988.

Não se ignora que a retroatividade de lei penal mais benéfica, no plano teórico, se faz possível mesmo após trânsito em julgado de sentença penal condenatória, ainda que se trate de norma penal de natureza híbrida.

Porém, mesmo reconhecendo a natureza híbrida do Acordo de Não Persecução Penal, a primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por meio do HC 191464 Agr, cuja ementa segue abaixo, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, se posicionou em sentido diverso acerca do tema.

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia.

1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum.

2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.

3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

(HC 191464 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020)

Observa-se que a primeira turma do STF reconheceu que é possível o oferecimento do ANPP a fatos delituosos ocorridos antes de entrar em vigor a Lei nº 13.964/2019, mas desde que o juízo não tenha recebido a denúncia. Dentre as razões sustentadas para esse entendimento é de que o instituto em comento se esgota na etapa pré-processual, não sendo possível seu oferecimento após a denúncia. Portanto, a denúncia marco limitador da sua viabilidade.

Com a devida vênia, ousamos discordar desse entendimento, pois carece de qualquer fundamento jurídico, sendo utilizado unicamente o puro pragmatismo jurídico, olhando com viés único para as consequências no plano prático, sem levar em consideração os princípios e mandamentos constitucionais.

Importante fazer a ressalva, que a crítica não se atém ao fato de haver decisões jurídicas que buscam harmonizar a norma e seus efeitos no plano prático, mas sim, consiste em criticar quando o judiciário se atém unicamente ao plano prático, sem se apoiar a qualquer viés principiológico normativo.

Com isso, buscando uma melhor solução e uma melhor harmonização do plano prático junto aos princípios e preceitos constitucionais, deve-se buscar uma base de apoio para aplicação da retroatividade penal junto ao ANPP. Partindo desse ponto, importante se faz olhar aos preceitos jurisprudenciais, quando corretamente aplicados, já pré-fixados.

Tendo isso como parâmetros, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça, através do Habeas Corpus 59.267/RS (2006/0106426-9), sob a ótica de que se tratava de um instituto processual material, informou que o limite da retroatividade dos institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 seria o trânsito em julgado. (SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, 2006)

Porém, mesmo se tratando de institutos com enorme semelhança, os Tribunais não podem simplesmente replicar de modo automático o entendimento fixado anteriormente, pois conforme já explicitado ao longo do presente texto, observa-se que por mais que o ANPP e a transação penal apresentem semelhanças intrínsecas, o primeiro, possui uma abrangência muito maior que o segundo.

Dessa maneira, se faz necessário modular os efeitos referentes à retroatividade, com o objetivo de viabilizar o melhor andamento jurisdicional, já que de nada adiantaria reconhecer

a possibilidade de retroatividade do ANPP, nos mesmos moldes fixados pelo STJ para a transação penal, se os tribunais não possuírem estrutura e capacidade para analisarem a enxurrada de processos de revisão criminal ou mesmo *Habeas Corpus* que seriam interpostos.

Neste diapasão, em lições fixadas pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, mediante o controle concentrado através da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 4481, observou ser completamente viável se socorrer da ponderação, feita entre o pressuposto constitucional trabalhado no plano prático, junto a outros princípios constitucionais para análise dos efeitos temporais. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Conforme destacado pela ADI sugestionada acima, constatou-se que a modulação dos efeitos temporais da decisão que declara a inconstitucionalidade decorre da ponderação entre a disposição constitucional tida por violada e outros princípios constitucionais. A supremacia da Constituição é um pressuposto do sistema de controle de constitucionalidade, sendo insuscetível de ponderação por impossibilidade lógica. A ponderação ocorrerá, assim, entre dois valores ou dois dispositivos que têm assento constitucional. Deve-se, portanto, adequar às finalidades para as quais foi editada a lei penal, fixando os limites da aplicação retroativa da *lex mitio*.

É importante abrir um breve parênteses sobre a ADI 4481. Pois, ainda que a decisão em questão se trate do âmbito jurídico-tributário, e busca-se aqui modular os efeitos no âmbito jurídico-penal, a decisão em comento foi referenciada unicamente para se obter um direcionado de como funciona junto ao plano prático a modulação dos efeitos da norma. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2015)

Desta maneira, a retroatividade da lei penal, deve ser vista junto com o princípio da segurança jurídica, bem como, com o princípio da não culpabilidade e de preservação do Estado de inocência.

Por sua vez, olhando do ponto de vista prático, deve-se ter em mente que o ponto de partida da ciência penal deve ser a sua compreensão e inclusão como ciência social, até porque as normas jurídicas não devem ser contempladas como conceitos lógicos desprovidos de sentido social.

Ao contrário, a ciência do Direito deve estar inserida entre aquelas que se ocupam dos fenômenos sociais, e que pretendem cumprir uma determinada função social. Isso acarreta que a interpretação dos preceitos jurídicos penais e a elaboração dos conceitos dogmáticos devem constantemente perseguir a função social que pauta o Estado Democrático de Direito.

Dessa maneira, a dogmática penal que pretenda ser realista deve admitir, desde logo, que só será válida se servir adequadamente à finalidade de aplicação da lei, o que pode lhe revelar um caráter não exclusivamente teórico, mas também pragmático.

Essa percepção do Direito Penal enquanto fenômeno social não deve, entretanto, ser limitada a visualizá-lo como mero instrumento de controle social. Ele paralelamente, e por vezes até paradoxalmente, funciona como modo de garantia de direitos fundamentais.

O Direito, assim, é palco de contradições que devem ser solucionadas na conjunção de sua análise externa, quais sejam, a filosófica e a política, priorizando em um Estado democrático de Direito a supremacia dos Direitos Humanos no plano da aplicação prática.

Tendo como panorama esse pano do fundo, deve-se visualizar o Direito Penal não apenas com um caráter teórico, mas galgado em uma perspectiva pragmática sobre a função da pena, sempre em respeitando aos princípios que emanam do ordenamento maior, se faz adequado como marco extratemporal a sentença penal condenatória em 2º grau.

Nos dizeres de Guilherme Nucci sobre a análise de um ponto de vista prático, junto a valores da dogmática do Direito, “Sob a ótica axiológica, os valores ligados à dignidade da pessoa humana devem prevalecer sob os aspectos formais do sistema legislativo, voltados, primordialmente, a conferir segurança à sociedade.” (NUCCI, 2018, p. 181-183)

Com isso, destaca-se que por mais que a possibilidade de retroatividade, em seu ponto dogmático puro, permita sua incidência após o trânsito em julgado, quando pesado junto a outros preceitos, inclusive constitucionais, e também sob o ponto de vista prático, se demonstra inviável, devendo dessa maneira, ser aplicado **até sentença penal condenatória em 2º grau.**

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho se prestou a analisar no ordenamento jurídico a possibilidade da retroatividade, não só no plano teórico, mas também de maneira prática, do Acordo de Não Persecução Penal previsto junto ao art. 28-A do Código de Processo Penal.

Inicialmente foi tratado do ponto de vista histórico acerca da introdução do referido instituto. De primeiro plano, destaca-se que a introdução ocorreu através da resolução nº 181/2017 do CNMP, algo que claramente feria o princípio da legalidade. Vista está crítica, foram elaborados inúmeros projetos, até que por meio da promulgação da Lei 13.964 de 24 de dezembro de 2019, houve de fato a introdução deste instituto, respeitando os devidos trâmites.

Em que pese ter sido respeitado integralmente o princípio da legalidade, não significa que o referido instituto esteja completamente livre de críticas que visam a construir o melhor aprimoramento da lei.

De início foi observado que o novo instituto despenalizador possui uma grande influência da doutrina anglo-americana, tendo como preponderância a *plea bargaining* ou a *plea guilty*. Ocorre, que estes mecanismos foram todos construídos para o Direito Penal dos Estados Unidos e da Inglaterra, e no momento que são trazidos para o Brasil, quase que sem nenhum filtro, se chocam de tal maneira com a estrutura processual aqui montada, que provocam um distúrbio.

Após se tratar sobre esse aspecto crítico, foi analisada a própria normativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, destacando os critérios e requisitos para o sujeito ser beneficiado com o Acordo de Não Persecução Penal.

Vistos os requisitos para a concessão do dito benefício, antes de adentrar na possibilidade de sua retroatividade, foi explanado exatamente acerca da retroatividade da lei penal e seus aspectos de incidência.

Em análise a julgados do Supremo Tribunal Federal, bem como na construção doutrinária, observamos que a lei processual penal, quando possui institutos de direito material, e esta é benéfica ao acusado, devem-se seguir os preceitos previstos no art. 5º, XL da Constituição Federal de 1988, ou seja, deverão retroagir, ainda que tenha ocorrido o trânsito em julgado da sentença condenatória.

Para abarcar exatamente a possibilidade da retroatividade do ANPP, visto que esta é uma norma híbrida, ou seja, possui aspectos de direito processual penal e de direito material penal, recorreremos também aos institutos despenalizadores da transação penal no art. 76 e da suspensão condicional do processo art. 89, ambos da Lei 9.099/95.

Isso ocorreu, pois é observada enorme semelhança entre esses institutos, já que a transação penal, o ANPP e a própria suspensão condicional do processo não são sanções, também não ensejam os efeitos impostos à reincidência e nem sequer ficam registrados como mácula na Certidão de Antecedentes Criminais (CAC). A única coisa que se permite é o registro junto a Folha de Antecedentes Criminais (FAC), para com isso, impedir a concessão de qualquer desses institutos novamente no período inferior a 05 (cinco) anos.

Estabelece o brocardo latim *ubi eadem ratio ibi idem jus*, que onde houver o mesmo fundamento, haverá o mesmo direito. Tendo isto como lição o professor, nos socorremos aos postulados construídos desde 1995 em relação a transação penal, para aplicá-los por analogia no instituto do ANPP.

Com isso em mente, nos socorremos da decisão fixada na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1719. Nesta decisão, o pleno do STF, acerca da eficácia intertemporal, decidiu pelo entendimento da retroatividade da lei dos juizados especiais, eis que presentes normas de conteúdo penal mais benéfico ao acusado.

O presente trabalho, porém, tem como objetivo a análise na aplicabilidade, não só no plano teórico, mas também ao plano prático. Se atentando sempre a questão estrutural já imposta no judiciário, e procurando harmonizá-la no plano prático.

Os princípios não são trabalhados de modo individual, pois estes não funcionam como ilha, atuando de modos isolados. Qualquer princípio deve ser observado juntos a outros, para se buscar sempre a melhor efetividade do plano prático.

Desta maneira, após um esforço hermenêutico, chegamos à conclusão de que se faz adequado como marco extratemporal a sentença penal condenatória em 2º grau, pois assim se conserva a efetividade principiológica penal brasileira, bem como possibilita junto ao plano estrutural já previamente montado, a possibilidade do efetivo poder judiciário conceder o benefício.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 09 jan. 2021.

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

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de dezembro de 1990.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18072.htm. Acesso em: 13 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 09 jan. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Julgamento do Recurso Extraordinário (RE) **593727**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=291563>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal.** Habeas Corpus 100181. RS – Rio Grande do Sul 0006078-09.2009.1.00.0000, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 15/08/2019, Tribunal Pleno. Data de Publicação: DJe- 027 111-02-2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Justiça em números 2018.** Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2018. E-book.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Pleabargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim IBCCrim**, ano 27, n. 317, p. 3-5, abril de 2019.

CNMP, **Liminar:** resolução sobre investigação criminal a cargo do MP tem aplicação imediata. Brasília, 29 set. 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10733-liminar-resolucao-sobre-investigacao-criminal-a-cargo-do-mp-tem-aplicacao-imediata>>. Acesso em: 05 mar. 2021.

KUTIANSKI, Doroteu. **Rev. Ciênc. Juríd. Soc. UNIPAR**, v. 21, n. 2, p. 131-148, jul./dez. 2018.

LIMA, Renato. **Manual de Processo Penal**, v. único. 8. ed. São Paulo: Juspodivm, 2020.

MATTIELLO, Nicole. Grupo de trabalho sobre pacote anticrime recebe hoje o ministro Sérgio Moro. Fonte: **Agência Câmara de Notícias**. Brasília, 09 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/555031-grupo-de-trabalho-sobre-pacote-anticrime-recebe-hoje-o-ministro-sergio-moro/>. Acesso em: 24 ago. 2021.

MIR PUIG, Santiago. **Derecho Penal**. Parte General. Fundamentos y teoría de La imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Retroactividad e irretroactividad de las leyes penales**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Geral – Vol.1**. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

OHANA, Victor. Número de encarcerados triplicou entre 2000 e 2019 no país, diz Depen. **Carta Capital**. [S.I.], 14 fev. 2020. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/numero-de-encarcerados-triplicou-entre-2000-e-2019-no-pais-diz-depen/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

ORNELAS, Alan Diniz Moreira Guedes de. Sobre o princípio *nemotenetur se detegere* exercido pelo Poder Judiciário. **Consultor Jurídico**. [S.I.], 29 jan. 2021. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2021-jan-29/ornelas-principio-nemo-tenetur-detegere-judiciario>>. Acesso em: 16 ago. 2021.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao pacote anticrime**. Rio de Janeiro: Método, 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. Ação Declaratória de Constitucionalidade 1719. Plenário (Medida Liminar). Rel. José Carlos Moreira Alves. j. 03/12/1997. p. 27/02/1998

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus. Ação Declaratória de Constitucionalidade 1719. Plenário Rel. Joaquim Barbosa. 18/06/2007. p. 03/08/2007

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus 191.464. Plenário. Rel. Min. Alexandre de Moraes j. 08/04/2021. p. 08/04/2021.

TJMG. **TJMG divulga números de mutirão carcerário**. [S.I.], 20 ago. 2018. Disponível em: <<https://www.tjmg.jus.br/portal-tjmg/noticias/tjmg-divulga-numeros-de-mutirao-carcerario.htm#.YdqqiGhKjiU>>. Acesso em: 19 jan. 2021.