



UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA  
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS  
DEPARTAMENTO DE DIREITO  
CURSO DE DIREITO

Luiza Schenkel do Amaral e Silva Beber

**O Acordo de Não Persecução Penal e a (ir)retroatividade do instituto:  
um dilema jurisprudencial e doutrinário**

Florianópolis  
2023

Luiza Schenkel do Amaral e Silva Beber

**O Acordo de Não Persecução Penal e a (Ir)retroatividade do Instituto:  
um dilema jurisprudencial e doutrinário**

Trabalho de Conclusão do Curso de Graduação em Direito do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Santa Catarina como requisito para a obtenção do título de Bacharela em Direito.  
Orientador: Prof. Dr. Francisco Quintanilha Vêras Neto  
Coorientador: Glexandre de Souza Calixto

Florianópolis

2023

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor,  
através do Programa de Geração Automática da Biblioteca Universitária da UFSC.

Beber, Luiza Schenkel do Amaral e Silva

O Acordo de Não Persecução Penal e a (Ir)retroatividade do Instituto : um dilema jurisprudencial e doutrinário / Luiza Schenkel do Amaral e Silva Beber ; orientador, Francisco Quintanilha Véras Neto, coorientador, Glexandre de Souza Calixto, 2023.

93 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (graduação) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Graduação em Direito, Florianópolis, 2023.

Inclui referências.

1. Direito. 2. Acordo de não persecução penal. 3. Retroatividade. 4. Limite temporal. I. Véras Neto, Francisco Quintanilha. II. Calixto, Glexandre de Souza. III. Universidade Federal de Santa Catarina. Graduação em Direito. IV. Título.

## AGRADECIMENTOS

Quando saiu o resultado do vestibular, no verão de 2017, soube que fui aprovada para cursar direito na Universidade Federal de Santa Catarina. Para além das tantas lágrimas que despejei (e das tantas comidas que me foram despejadas), o sentimento predominante foi o de felicidade. Por muito tempo, inclusive mesmo antes do começo das aulas, conseguia revisitar essa realização toda vez que me perguntavam “o que você faz?”.

O presente, porém, demanda uma alteração no tempo verbal. Com o mesmo sorriso no rosto (e agora, entendendo o que, de fato, significa ter frequentado a nossa Universidade), tenho orgulho de dizer que estudei na UFSC. Foram 13 semestres; um intercâmbio em Salamanca; optativas nos mais diversos centros do campus; revista *Avant*; NEDT nos últimos minutos do segundo tempo; alguns cursos de línguas; uma infinidade de aulas-palestras-congressos-monitorias-debates; — tudo isso (e um tanto mais), em 6 anos de ensino público, gratuito e de qualidade.

Desde o primeiro semestre, brinco que a Universidade foi responsável por me manter no curso de Direito. Agora, em retrospectiva, mantenho minha opinião. Muito além do jurídico, a Federal aguçou a minha curiosidade e me convidou a questionar tudo aquilo que é posto. Assim, espero que o meu lado “do contra” (característica ressaltada pelo Seu Antônio), me ajude a retribuir o investimento popular que viabilizou meu ensino.

Agradeço, na pessoa do meu Orientador, Francisco Quintanilha Vêras Neto, a todos os professores que tive o prazer de escutar e debater. Sem vocês, a UFSC seria apenas um conjunto de prédios espalhados pelo estado. Demonstro minha gratidão, também, ao meu Coorientador, Glexandre de Souza Calixto. Para além de me guiar pelo último trabalho da faculdade, foi quem conseguiu tornar a experiência divertida.

Agradeço e dedico esta monografia a meus pais, Katize e Samir, que, nas tantas vezes que pedi ajuda, sempre encontraram tempo. Saímos de uma “tomada do conteúdo” do colégio, a discussões do campo ético-jurídico. Obrigada por me proporcionarem essa vivência ímpar.

Ao meu irmão e melhor amigo, agradeço o apoio incondicional. Sem dúvidas, poder dividir com você os “grandes dilemas da vida” faz com que eles pareçam menores. Obrigada, Lucas, por tanta parceria e leveza. Você é minha inspiração.

Agradeço à Júlia e Ana Maria por serem meu norte desde os nossos primeiros anos de vida. São mais de 20 anos de amizade em que celebramos conquistas, dividimos fardos e crescemos juntas.

Às minhas amigas de trajetória, agradeço Clara, Gabriela, Paula, Paola, Carolina, Ana Camila, Vitória, Manuela, Julia, Joana e Camila. Uma boa parte dos aprendizados da faculdade resulta da convivência com vocês. Obrigada por tudo que dividimos e pelo tanto que ainda será compartilhado.

Agradeço, ainda, ao meu namorado, quem chegou de manso e assim ficou. A vida tem sido muito boa ao teu lado. Obrigada pelo equilíbrio dos debates: contigo vou de sociopolítica a aprendizados da cultura pop.

Os agradecimentos são muitos e, sem dúvida, o espaço não comporta a quantidade de pessoas, instituições e figuras que marcaram a minha trajetória universitária. Sim, a situação é de uma (quase) bacharela em direito que, ironicamente, encontra demasiada dificuldade nessa escrita.

A Luiza que começou seus estudos em 2017 sabia muito pouco (inclusive, desconhecia esse fato sobre si). Hoje, saio certa da magnitude de conhecimento que ainda falta ser explorado. O faço com o espírito leve, de quem manterá viva a curiosidade típica do estudante, a fim de ir cada vez mais fundo, para além da graduação.

*A humanidade é tão adaptável, diria minha mãe. É verdadeiramente espantoso as coisas com que as pessoas conseguem se habituar, desde que existam algumas compensações.*

Margaret Atwood em “O Conto da Aia”.

## RESUMO

O presente trabalho propõe-se a analisar a (im)possibilidade do acordo de não persecução penal ser aplicado a casos já em trâmite quando do advento da Lei n. 13.964/2019. A pesquisa atravessa as variadas justificativas que substanciam as opiniões sobre a retroatividade e adentra nos distintos marcos temporais criados por aqueles que defendem tal efeito ao art. 28-A, do Código de Processo Penal. Ademais, aborda-se o contexto político e social da apelidada “Lei Anticrime”, bem como são examinados os critérios do instituto. Posteriormente, debruça-se o estudo sobre a justiça penal negocial, sobretudo no âmbito brasileiro, tendo como comparativo o *plea bargain*, adotado pelo ordenamento estadunidense. Finalmente, por meio de abordagens teóricas e do exame de decisões judiciais, os diferentes limites temporais alegados sobre a temática são analisados. A pesquisa foi delineada através da revisão bibliográfica de artigos científicos, livros, levantamentos e pareceres, além da análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Não obstante as diferentes perspectivas sobre a temática, observou-se um padrão argumentativo. Tanto na doutrina, como nas decisões dos Tribunais de Vértice, as conclusões divergem, ainda que adotem, em grande parte, os mesmos fundamentos.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Retroatividade. Limite temporal.

## ABSTRACT

The present work aims to analyze the (im)possibility of the “acordo de não persecução penal” being applied to cases already in progress at the time of the enactment of Law N. 13.964/2019. The research delves into the various justifications that substantiate opinions on retroactivity and explores the different temporal frameworks created by those who advocate for such an effect regarding article 28-A of the Brazilian Criminal Procedure Code. Additionally, it addresses the political and social context of the so-called “Anti-Crime Law,” and examines the criteria of the institute. Subsequently, the study focuses on negotiated criminal justice, especially within the Brazilian context, comparing it with the plea bargain adopted by the U.S. legal system. Finally, through theoretical approaches and the examination of judicial decisions, the different temporal limits asserted on the topic are analyzed. The research was outlined through a bibliographic review of scientific articles, books, surveys, and opinions, in addition to the analysis of jurisprudence from the “Superior Tribunal de Justiça” (STJ). In spite of the different perspectives on the subject, a pattern of argumentation was observed. Both in legal doctrine and in the rulings of the highest Brazilian Courts, the conclusions vary, even though they largely adopt the same foundations.

**Keywords:** Retroactivity. Temporal framework.

## **LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS**

ADI Ação Direta de Inconstitucionalidade

ANPP Acordo de não persecução penal

CNI Confederação Nacional da Indústria

CNMP Conselho Nacional do Ministério Público

CNPG Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União

CPP Código de Processo Penal

CF/1988 Constituição Federal de 1988

EUA Estados Unidos da América

GNCCRIM Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal

HC Habeas Corpus

MJSP Ministério da Justiça e Segurança Pública

MP Ministério Público

OAB Ordem dos Advogados do Brasil

PL Projeto de Lei

Res Resolução

STF Supremo Tribunal Federal

STJ Superior Tribunal de Justiça

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO.....</b>	<b>p. 10</b>
<b>2. O ADVENTO DA LEI N. 13.964/2019 .....</b>	<b>p. 13</b>
2.1. O prelúdio à promulgação do Pacote Anticrime: contexto sociopolítico e populismo penal.....	p. 13
2.2. Tramitação da Lei n. 13.964/2019.....	p. 17
2.3. O acordo de não persecução penal.....	p. 21
2.3.1. Razões legislativas.....	p. 21
2.3.2. Natureza jurídica de normas (processuais) penais e seus efeitos .....	p. 24
2.3.2.1. Natureza jurídica do acordo de não persecução.....	p. 25
2.4. Requisitos, condições e procedimento do instituto.....	p. 26
<b>3. A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL.....</b>	<b>p. 35</b>
3.1. Crise do processo penal.....	p. 35
3.2. Fundamentos do gênero negocial e uma (breve) análise da espécie do modelo estadunidense em paralelo com o contexto brasileiro.....	p. 37
3.3. A justiça penal negociada no ordenamento pátrio.....	p. 44
<b>4. A (IR)RETROATIVIDADE DO ART. 28-A DO CPP.....</b>	<b>p. 49</b>
4.1. Irretroatividade do ANPP.....	p. 51
4.2. Retroatividade do ANPP.....	p. 55
4.2. a. Retroatividade até o recebimento da denúncia.....	p. 56
4.2. b. Retroatividade desde que não haja prolação de sentença.....	p. 61
4.2. c. Retroatividade mesmo em grau de recurso.....	p. 65
4.2. d. Retroatividade após o trânsito em julgado.....	p. 71
4.2. d. i. Retroatividade na fase de execução.....	p. 72
4.2. d. ii. Retroatividade após o cumprimento da pena.....	p. 75
4.3. O acordo de não persecução penal na prática.....	p. 76
4.4. Considerações finais.....	p. 80
<b>5. CONCLUSÃO.....</b>	<b>p. 83</b>
<b>REFERÊNCIAS .....</b>	<b>p. 85</b>

## 1. INTRODUÇÃO

Sancionada na noite de natal de 2019, a Lei nº 13.964 vige desde 23 de janeiro de 2020. Com inúmeras alterações previstas às normas penais, em especial no âmbito processual penal, o apelidado Pacote Anticrime alinha-se às novas diretrizes da Justiça, ampliando o espaço do consenso no ordenamento jurídico brasileiro através do acordo de não persecução penal (ANPP).

Tal como outros institutos despenalizadores (transação penal, suspensão condicional do processo e colaboração premiada), o pacto previsto pelo art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) reforçou a discricionariedade regrada, relativizando, assim, os princípios da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal pública (Brasil, 2019).

Todavia, em se tratando de mecanismo ainda recente, a sua aplicação levantou alguns questionamentos que resultam em diferentes decisões no âmbito dos Tribunais. Dentre as divergências apuradas, o objeto deste trabalho de conclusão de curso versa sobre a (im)possibilidade do oferecimento do ANPP após o recebimento da denúncia.

Muito embora o considerável volume de julgados pelos tribunais de vértice, ainda não há entendimento pacificado sobre a temática. Em análise à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), por exemplo, nota-se que a questão é discrepante entre os ministros: em parte tendendo a não reconhecer a retroatividade da Lei às ações que já foram recebidas a denúncia; e, noutro caminhar, julgando legal a aplicação de lei penal mais benéfica ao agente.

Em específico, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), em junho de 2021, afetou dois Recursos Especiais (um do Rio Grande do Sul e outro de Santa Catarina) como paradigmas da controvérsia repetitiva estabelecida no Tema n. 1098 (sem efeito suspensivo), o qual busca definir a "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia" — ainda pendente de julgamento<sup>1</sup>.

Assim sendo, diante das divergências na aplicação do art. 28-A do Código de Processo Penal, bem como das constantes mutações nos pronunciamentos dos tribunais superiores, nos quedamos com o seguinte questionamento: caso o acordo de não persecução penal seja instituto passível de retroagir, haveria um limite temporal para tal efeito?

A partir do exposto, esse trabalho se propõe a trazer à discussão os conflitos envolvendo (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal. A fim de se obter os

---

<sup>1</sup> O processo pode ser acompanhado em:

[https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas\\_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo\\_pesquisa=T&cod\\_tema\\_inicial=1098&cod\\_tema\\_final=1098](https://processo.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp?novaConsulta=true&tipo_pesquisa=T&cod_tema_inicial=1098&cod_tema_final=1098)

resultados almejados, a metodologia abordada será a revisão bibliográfica e análise jurisprudencial. A pesquisa centrou-se nas decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no período de 01/01/2023 a 30/06/2023 (sendo esta última a data de publicação, não de julgamento). A escolha do Tribunal deu-se em razão do seu papel uniformizador da jurisprudência, sendo buscados em seu acervo os termos "ANPP" e "acordo de não persecução penal". O resultado foi de 102 acórdãos, selecionados quando presente um exame em relação à (in)aplicabilidade do instituto. Decisões que se restringiram à admissibilidade recursal, abstenção por risco de supressão de instância, falta de prequestionamento, entre outras, foram excluídas.

O pressuposto teórico, por sua vez, será o processo penal constitucional. Pautando-se em autores como Aury Lopes Jr. e Alexandre Morais da Rosa.

A presente monografia está estruturada em três capítulos. Inicialmente, apresenta-se: (2) o advento da Lei nº 13.964/2021, explicando o (2.1) contexto sobre o qual foi promulgado o Pacote Anticrime; a (2.2) tramitação da Lei 13.964/2019; e, por fim, o ANPP, observando (2.3) suas razões legislativas, natureza jurídica, requisitos e procedimento do instituto.

Em um segundo momento, o tema da justiça criminal negocial é levantado em dois subcapítulos, quais sejam: (3.1) os fundamentos do modelo; e (3.2) a justiça penal consensual no ordenamento pátrio. Naquele, abordar-se-á o modelo estadunidense, comparado com o contexto nacional.

Por fim, o quarto capítulo se debruça sobre a (ir)retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal (4.1) e aborda a questão sob as diferentes perspectivas que substanciam a temática (4.2). Observando o próprio rito procedimental, a temática avança desde uma análise dos argumentos que substanciam a tese da irretroatividade, até os fundamentos adotados por aqueles que creem na retroatividade até mesmo depois do trânsito em julgado.

Ou seja, à luz da doutrina e jurisprudência (sob o enfoque do STJ, no recorte temporal do primeiro semestre de 2023), a temática perpassa os descrentes na aplicação do instituto aos casos já em trâmite quando promulgada a lei até os que defendem a retroatividade. Quanto a essa última, a celeuma se desdobra em quatro grandes hipóteses que divergem a respeito do limite temporal. Há aqueles que julgam ser correta a retroação: (4.2.a) até o recebimento da denúncia; (4.2.b) desde que não haja prolação de sentença; (4.2.c) mesmo em grau de recurso; e, por fim, (4.2.d.) após o trânsito em julgado, que, por sua vez, se subdivide ao enfoque da (4.2.d.i) fase de execução e (4.2.d.i) após o cumprimento da pena. Por fim, o estudo é concluído analisando o acordo de não persecução penal, na prática (4.4). Observou-se o perfil do agente

que firma o ANPP, os números que envolvem o pacto e os dilemas atualmente constatados pelos operadores do direito no primeiro grau.

## 2. O ADVENTO DA LEI N. 13.964/2019

### 2.1. O prelúdio à promulgação do Pacote Anticrime: contexto sociopolítico e populismo penal

Após o resultado das eleições de 2018, a Confederação Nacional da Indústria (CNI) publicou um estudo tratando das perspectivas dos brasileiros com relação ao futuro governo. A corrupção e a segurança pública/violência foram dois dos cinco principais problemas apontados, ficando atrás, apenas, da saúde e do desemprego (CNI, 2018).

As prioridades definidas pelos brasileiros para 2019, portanto, não poderiam ser outras. Para além da melhora dos serviços de saúde e a geração de emprego, o combate à corrupção e à violência/criminalidade ficaram empatadas em terceiro lugar, conforme apurado. Não obstante o lugar de bronze, a segurança pública foi a celeuma em que a população mostrou-se mais otimista, estando a melhora do problema da corrupção em segundo lugar no ranking de expectativas ao primeiro ano do governo Bolsonaro (CNI, 2018).

Os números publicados pela Confederação Nacional da Indústria demonstram o anseio popular pelo combate à criminalidade. Tal demanda, para Ana Carolina Filippou Stein, está associada à facilidade de difusão de notícias, na medida em que as diversas mídias viabilizaram a sociedade a debater questões criminais, como se tais fossem um folhetim de jornal e, assim, os instintos mais primitivos de busca por vingança privada e atribuição de culpas vieram à tona (Stein, 2022).

Em sistemas de justiça de viés autoritário — a exemplo daqueles que existem no contexto pós-democracia —, em nome da luta contra o crime, ou outras variantes igualmente populares, o órgão de acusação e de julgamento tendem a se confundir. Atuando em conjunto, afastam direitos e garantias fundamentais, bem como desconsideram as formas processuais que deveriam servir como salvaguardas contra arbitrariedades, passando a confirmar as teses acusatórias. Como resultado, ocorrem ilegalidades, as quais são cometidas ou toleradas (ironicamente) em nome do combate à ilegalidade, tornando o julgamento de casos penais um mero simulacro de justiça em meio a um simulacro de democracia (Casara, 2017).

Assim, diante desse clamor, o Direito Penal é visto como a única resposta aos problemas nacionais, de forma que ampliam sua atuação e enrijecem o sistema, desrespeitando o princípio da fragmentariedade, bem como do direito penal como *ultima ratio* — e o fazem adotando um discurso populista, voltado ao apelo das massas (Lopes Jr., 2023a).

Na seara penal, Erika Nobre Martins Gaia Duarte (2020) explica que o populismo, valendo-se da mídia, introduz no imaginário popular a ideia de que o crime é um fenômeno

onipresente e onipotente. Ou seja, trata-se de um movimento capaz de difundir o medo, porquanto cria um mal-estar generalizado em que todos estão prestes a sofrer inimagináveis consequências, independente de posição social para repelir essa mazela.

Assim, conquistado o apoio popular no enfrentamento à criminalidade, o discurso populista atribui a culpa à insuficiência e fraqueza das leis. Tal visão promove discursos punitivistas e culminam na utilização do Direito Penal como meio de aliviar a insegurança. Essa leitura rasa da realidade ignora que o crime é um fenômeno social complexo, com variadas causas e motivações, de modo que medidas jurídicas, por si sós, são ineptas a solucionar a questão (Duarte, 2020).

A respeito desse modo insuficiente de se construir o político, Luiz Flávio Gomes (2018, p. 3) esclarece que o

[...] populismo penal tem origem no clamor público, gerando novas leis penais ou novas medidas penais, que inicialmente chegam a acalmar a ira da população, mas depois se mostram ineficientes, porque não passam de providências simbólicas (além de seletivas e contrárias ao Estado de Direito vigente).

A discussão sobre a criminalização de comportamentos, portanto, não deve ser confundida com os objetivos políticos da segurança pública, pois esta é uma das condições inerentes do Estado Democrático. Em outras palavras, a preservação dos bens jurídicos deve servir como um limite ao poder exercido na política de segurança. Tal baliza é reforçada pela atuação do judiciário, que desempenha o papel de órgão fiscalizador e controlador, em vez de agir como uma agência seletiva que decide quem merece ser punido, diante das ações do Legislativo ou do Executivo (Tavares, 2003).

Logo, a base do populismo penal encontra respaldo no medo coletivo, de forma que direitos e garantias individuais passam a ser relativizadas sob a prerrogativa da proteção social. Não obstante a promessa de reduzir a criminalidade, Luigi Ferrajoli (2015, p. 125) menciona que o efeito é justamente o oposto, porquanto ocorre

[...] o esgotamento do tecido civil, que forma o primeiro pressuposto não apenas da democracia, mas também da segurança. O medo, de fato, rompe os laços sociais, alimenta tensões e lacerações, fomenta fanatismos, xenofobias e secessionismos, gera desconfianças, suspeitas, ódios e rancores. Em suma, envenena a sociedade, fazendo-a regredir ao estado selvagem e incivil. E esta regressão, como é óbvio, representa o principal terreno de cultura da criminalidade e da violência, além de a mais insidiosa ameaça à democracia.

Não obstante a irracionalidade do movimento (porquanto pautado em critérios emocionais e apelativos), o populismo penal, em muito, se estabelece dado o apoio midiático.

Quanto à ascensão da relevância das mídias, em detrimento à ciência, Casara (2017, p. 54) tece o seguinte comentário:

Não se pode esquecer também que, no finado Estado Democrático de Direito, a função das ciências penais (direito penal, processo penal e criminologia) era a de racionalização e contenção do poder. Infelizmente, isso não ocorre mais, muito em razão da influência exercida sobre os cientistas penais e os atores jurídicos (juízes, promotores, defensores etc.) pela mídia e suas propostas/produtos de ampliação do poder penal, apresentadas como remédio para os mais variados problemas sociais, isso sem que exista um estudo sério a comprovar os “efeitos mágicos” atribuídos ao poder penal. A cada dia, a fala dos chamados “formadores de opinião”, em especial dos jornalistas e âncoras de programas televisivos, passa a importar mais aos atores jurídicos do que os estudos e pesquisas produzidos na academia. Inegável, pois, a importância da mídia e da indústria cultural na instauração do Estado Pós-Democrático, bem como do ódio ao conhecimento, que caracteriza todo movimento autoritário, no aumento das penas e na redução das garantias processuais.

Mais à frente, o autor ainda pontua que no Estado Democrático de Direito, não cabe qualquer espécie de populismo judicial, logo, órgãos jurisdicionais não poderiam relativizar a Constituição, a fim de satisfazer a “opinião pública(da)”. Todavia, no Estado Pós-Democrático, essas regras e procedimentos podem ser alterados, a depender dos interesses daqueles que detém o poder econômico, ou, também, dos espectadores. Em resumo, “[...] sem coragem para fazer valer as ‘regras do jogo’, não há Estado Democrático de Direito, e sim mero simulacro, aquilo que se está a chamar de Estado Pós-Democrático” (Casara, 2017, p. 105).

Erika Nobre Martins Gaia Duarte, por sua vez, define a mídia como um agente condutor da realidade social, que estabelece as pautas do debate público e modula a opinião das massas. Aludindo a um panorama deturpado acerca da criminalidade, logo, tal medida respinga nas demandas populares e afeta a produção legislativa (Duarte, 2020).

Para além da natural influência das campanhas na sociedade brasileira, há de se mencionar que o rumo punitivista da população antecede a corrida eleitoral. Os números apurados pelo CNI em 2017 indicam que, no tocante à segurança pública, 82% dos brasileiros acreditavam que a impunidade era uma das principais causas da elevada criminalidade<sup>2</sup>. Dessa forma, a maioria (83%) apoiava uma política de tolerância zero, inclusive defendendo a redução da maioria penal (85%) e a imposição de penas mais severas (75%) (CNI, 2017).

Assim sendo, a sistemática estabelecida é de uma articulação simbiótica entre: mídia, clamor popular e discursos populistas penais. Tal elo culmina em uma produção legislativa

---

<sup>2</sup> “É essa cegueira ideológica que faz com que a população brasileira reproduza o discurso, apresentado pelos meios de comunicação de massa (em especial a televisão, esse importante aparelho de produção de subjetividade), que aponta a impunidade como um dos principais problemas brasileiros, ao mesmo tempo que o Brasil figura entre os quatro países que mais encarceram no planeta” (Casara, 2017, p. 57).

punitivista que, não obstante a concordância social, é desprovida de respaldo científico no que tange ao desenvolvimento de políticas criminais (Gazoto, 2010).

O empobrecimento do diálogo público no Brasil, em paralelo ao surgimento do Estado Pós-Democrático, manifesta-se na simplificação do pensamento ao modelo binário-bélico (amigo/inimigo, bem/mal etc.), consoante Casara (2017). Esse antagonismo da relação “nós/eles” é responsável por criar uma identificação política de quem é o inimigo, estabelecendo, na mesma medida, sua existência — a fim de viabilizar a contingência dessa figura (Mouffe, 2005). Tal visão também é desenvolvida por Zaffaroni na obra “O inimigo no Direito Penal”.

É nessa medida que “nas experiências populistas, o povo e os seus inimigos podem somente ser conhecidos no momento exato em que a relação antagônica tem lugar” (Mendonça e Resende, 2021). Ou seja, o “nós” surge politicamente pela presença do outro — que é o responsável por atravancar a identidade e a constituição do “povo” (Mouffe, 2005).

Tal dicotomia acaba por negligenciar a complexidade dos fenômenos sociais, podendo levar a uma diminuição da relevância ou à completa ignorância de correntes de pensamento que buscam abordar com profundidade as diversas questões relacionadas aos conflitos sociais. Essa ausência de reflexões fortalece “fenômenos como o ‘messianismo’ e a ‘demonização’” (Casara, 2017, p. 87), que tanto se vê nessa linha de discurso.

Mais do que o desmedido rigor penal, a inadequação do populismo se revela pela suscetibilidade popular em formar ideias imprecisas com base em informações manipuladas (em especial, pela mídia), bem como pelas deficientes sondagens sociais e inadequada interpretação de tais pesquisas. Com efeito, a vantagem de adotar tal discurso se limita a uma seleta parcela social: os (aspirantes a) políticos, enquanto apresentam soluções rápidas, fáceis e falsas à criminalidade (Gazoto, 2010).

À luz dessa atuação do populismo penal no legislativo brasileiro, Luís Wanderley Gazoto apresenta sua pesquisa sobre a aprovação do Congresso Nacional em Projetos de Lei no âmbito criminal. O autor pontua que, desde a implementação do Código Penal de 1940 até 2009, 80% das normas aprovadas resultaram no enrijecimento do sistema. Ademais, conclui que

- 1) as exposições dos motivos dos projetos de leis quase sempre trazem como argumento a necessidade da repressão, sem, todavia, a apresentação de dados empíricos que possam sustentar suas posições; 2) é comum o apelo exagerado, puramente retórico, do valor ético-moral da proteção estatal ao interesse em questão, mas sem nenhuma referência a critérios de proporcionalidade; 3) não poucas vezes, os parlamentares deixam expresso que suas preocupações decorrem de leituras de jornais e influência da mídia, em geral; 4) em projetos que envolvem o tema proteção de menores, mulheres, idosos e minorias é prática comum a criação de medidas

extrapenais meramente programáticas, mas que, concretamente, aumentam penas e incidências de aplicação de leis penais; tais projetos têm tido como autoras indiretas entidades e associações representativas de interesses desses segmentos sociais; 5) recentemente, houve uma maior focalização nos temas dos crimes praticados na direção de veículo automotor – mormente quando há embriaguez –, bem como na pedofilia, corrupção e infrações de menores; fatos que sempre ocorreram, mas que tiveram forte presença na mídia dos últimos anos; 6) as representações, influências e tendências ao rigor penal são encontradas, em um mesmo grau de intensidade, na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, bem como em todos os principais partidos políticos; 7) diversamente, muitos projetos penalizantes são de autoria de parlamentares oriundos de profissões ligadas à repressão criminal: policiais civis e militares e membros do Ministério Público. De tudo, pode-se extrair a conclusão geral de que o Poder Legislativo brasileiro contemporâneo muitas vezes justifica o maior rigor penal nas representações sociais, na opinião pública e da mídia indicativas da necessidade da repressão penal, porém, tal procedimento, afastado dos demais princípios que regem as sanções penais, vem resultando em penas excessivamente rigorosas, caracterizando um populismo penal legislativo (Gazoto, 2010, p. 5).

Portanto, denota-se que o populismo penal impede uma análise crítica e apropriada das questões sociais. Assim, criam-se normas de forma atécnica, despreocupadas em justificar a intervenção penal. Ao expor os motivos para uma nova lei penal, como mostrado na pesquisa acima, o argumento invicto é a necessidade de repressão do crime, sendo a base de tal iniciativa comumente vinculada às notícias de jornais.

Ainda que o referido estudo tenha sido concluído há pouco mais de uma década, a tendência se mantém. Apesar da problemática do populismo penal, fato é que esse discurso norteou a eleição de 2018, por quem o propagava, pela adesão popular e/ou pelos veículos midiáticos que o noticiava. Com o resultado da corrida eleitoral, a expectativa recaiu sobre o combate à criminalidade.

## **2.2. Tramitação da Lei n. 13.964/2019**

Dentre as diversas promessas de campanha assumidas por Jair Bolsonaro, a mais esperada era a do chamado Pacote Anticrime, tema encaminhado pelo então Ministro da Justiça e Segurança Pública (MJSP), Sérgio Moro. O compromisso foi previsto na ação n. 15 das metas nacionais prioritárias prevista na Agenda de 100 dias de Governo:

PL Anticrime - Propor projeto de lei para aumentar eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção. Pretende reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal (Brasil, 2019, p.5).

Visando combater tais delitos, o Projeto de Lei (PL) n. 882/2019 foi apresentado ao Congresso Nacional, sob as seguintes justificativas, elencadas no próprio texto:

O Brasil atravessa a mais grave crise de sua história em termos de corrupção e segurança pública. Corrupção, diz-se com certa descrença, faz parte de nossa história, acompanha-nos desde a chegada de Pedro Álvares Cabral em nosso território, pois, afirma-se que Pero Vaz de Caminha, em carta ao Rei de Portugal, teria solicitado

liberdade para o seu genro que estaria preso na ilha de São Tomé. Corrupção, portanto, sempre existiu, porque é inerente à condição humana. Coisa diversa é a elevação acentuada de tal prática nas duas últimas décadas, fato este exibido pela mídia diariamente.

[...] Na outra ponta, mas totalmente conectada à corrupção, encontra-se a questão da segurança pública. Esta, tal qual a primeira, avança de forma assustadora. É possível afirmar que nunca o Estado brasileiro se viu tão acuado pela criminalidade, seja urbana ou rural. É um fato notório que dispensa discussões (Brasil, 2019, p. 19 e 20).

A perspectiva combativa, no intuito da norma, demonstra, portanto, que o cerne do projeto estava no endurecimento do sistema como um fim em si. Desprovido de fundamentos teóricos e científicos para lhe sustentar, conforme abordado no tópico anterior, o PL reitera o movimento da hipercriminalização desmedida e o faz porquanto tal movimento vai ao encontro do projeto político visado naquele governo recém-eleito. Tal conexão, é explicada por Casara (2017, p. 55):

Não se pode esquecer que o Sistema de Justiça Criminal integra a estrutura do Estado e, portanto, é um espaço político, locus em que se dá o controle social e outras funções típicas de governo da sociedade. Não há governabilidade neoliberal sem que exista um Sistema de Justiça Criminal voltado para assegurar esse projeto, isso porque nele se exterioriza não só a constituição e o desenvolvimento de um modo de produção material, como também relações estruturais de poder, exclusão, segurança e dominação.

[...] É impossível, portanto, deixar de prestar atenção à dimensão política do Sistema de Justiça Criminal, pois é essa condição “política” que irá explicar e direcionar seu funcionamento real — e, conseqüentemente, torná-lo democrático ou seletivo, isonômico ou classista, racista, sexista etc. São sempre opções políticas que fazem que se respeitem ou que se afastem direitos, que a Constituição seja considerada ou ignorada, que os juízes garantam direitos fundamentais ou atuem como agentes da segurança pública. O Estado Pós-Democrático é o resultado de uma opção política.

Esse “fetichismo normativista”, de que leis combatem crimes, é insuficiente. Retomando as lições de Alberto Binder, Lopes Jr., Pinho e Rosa há uma necessidade de transformar mentalidades e moldar a cultura, a fim de provocar uma real mudança — sendo esse o desafio. A crença de que a lei, por si só, pode engendrar mudanças é, de certa forma, simplista, embora não seja completamente equivocada. Afinal, a Constituição deveria “constituir”, enquanto a legislação deve ser imperativa, compelindo o cumprimento de seus preceitos. No entanto, é inegável que a equação é mais complexa, e os espaços, frequentemente inadequados, para a discricionariedade judicial podem conduzir ao decisionismo. Além disso, o Brasil apresenta uma cultura jurídica peculiar, onde algumas leis “pegam” e outras não (Lopes Jr., Pinho e Rosa, 2021).

Assim, o intervencionismo penal, pautado nos anseios sociais por uma resposta rápida ao problema da criminalidade no Brasil, é insuficiente para prevenir práticas delitivas. A respeito desse despropósito, assevera Chiavelli Facenda Falavigno (2020):

O que se observa hoje é a proliferação de leis sem qualquer racionalidade em um plano de política criminal perverso (não declarado), acéfalo (sem objetivos claros ou possíveis) ou inexistente (sem qualquer objetivo ou estrutura lógica), que adota qualquer meio (legal), pois sequer tem definido o que pretende alcançar. A verdade é inescapável: não estamos caminhando para a diminuição da criminalidade, da violência ou do uso das prisões. Aliás, não estamos caminhando para lugar algum.

Inclusive, para Guilherme Madeira Dezem e Luciano Anderson de Souza (2020, p. 10), já no primeiro artigo da Lei n. 13.964/2019, temos uma sugestão dessa base populista da Lei Anticrime. O texto aprovado se limita a dizer “esta Lei aperfeiçoa a legislação penal e processual penal” (Brasil, 2019). Acerca de tal *aperfeiçoamento*, os autores tecem o seguinte comentário:

Contextualizado o autoelogio subjacente à frase com o panorama político de produção da legislação em análise, e seu teor principal de forte recrudescimento, percebe-se que se cuida, em parte, de proposição demagógica, apelativa ao chamado populismo punitivo.

Apesar da Lei Anticrime possuir aspectos positivos, principalmente em matéria processual penal, onde há reafirmação do sistema acusatório mediante ampla reestruturação, em termos de Direito Penal, no geral, ocorre o inverso, conformando um texto legal com desequilíbrios, incongruências e diversas atecnias.

O conteúdo material introduzido pela Lei Anticrime criou tipos penais, bem como elevou a pena base de crimes já previstos no código, “[...] partindo-se da visão criminológica equivocada de que as razões da suposta ‘impunidade’ estariam na ‘brandura’ da legislação brasileira” (Dezem; Souza, 2020, p. 10).

Logo, a proposta apresentada ao Congresso Nacional foi na contramão do direito penal constitucional e assim se manteve, apesar dos inúmeros vetos e alterações à redação originária.

No Legislativo, as reformas pautaram-se, especialmente, no PL n. 10.372/2018.

Presidida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Alexandre de Moraes, tal proposta de 2018 é fruto de um anteprojeto criado por uma comissão de juristas por determinação do ex-presidente da Câmara dos Deputados, Rodrigo Maia. A iniciativa decorreu do clamor social pelo combate da impunidade, motivado pelo sensacionalismo midiático em torno da Operação Lava Jato (Rodrigues; Kazmierczak, 2020).

Haja vista a similaridade temática, o Projeto de Lei de 2019, proposto pelo primeiro Ministro da Justiça do Governo Bolsonaro, foi apensado ao PL n. 10.372/2018 e, ao fim, o texto aprovado

aproxima-se mais das proposições decorrentes da comissão citada do que as encampadas pelo Governo Federal. Sua aprovação decorreu de costura política que retirou os aspectos mais controvertidos do texto, a ponto de ter o PL no 10.372/2048 recebido 408 votos a favor, 9 contrários e 2 abstenções. Encaminhado para sanção presidencial, duas semanas após, houve vetos em mais de vinte pontos, apesar dos

quase quarenta sugeridos pela Advocacia-Geral da União, pela Casa Civil e pelo Ministério da Justiça (Dezem e Souza, 2020, p. 9-10).

Assim, após a apreciação pelo Legislativo Federal e os 24 vetos do chefe do Executivo, em 2019 foi sancionada a Lei n. 13.964.

No âmbito jurídico, por sua vez, a discussão pautou-se no prazo para entrada em vigor do Pacote Anticrime, após o prazo de 30 dias. Isso, pois, a *vacatio legis* transcorreu durante o recesso dos Tribunais, de forma que não houve tempo suficiente para operacionalizar e atender à nova sistemática. Diante desse cenário, por decisão do Supremo Tribunal Federal, dilatou-se o prazo inicialmente previsto e, em fevereiro de 2020, em sede de liminar concedida pelo Ministro Luiz Fux, suspendeu-se a eficácia de alguns artigos da ordem processual (Lopes Jr., Pinho e Rosa, 2021).

Não obstante as inúmeras Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o STF (a exemplo das ADI's n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305<sup>3</sup>), bem como a permanência da suspensão de parte da eficácia normativa, fato é que a legislação vigora desde 23 de janeiro de 2020.

A Lei n. 13.964/2019, para além das mudanças previstas às normas penais e processuais penais, alterou, também, 15 legislações extravagantes. Tendo em vista o novo contexto no ordenamento brasileiro, o âmbito criminal sofreu mudanças estruturais com os novos institutos, aproximando-nos do sistema de *common law*. No tocante a tal direcionamento, é apresentado o art. 28-A do CPP (Brasil, 2019), que versa acerca do acordo de não persecução penal (ANPP).

Ainda que de recente disposição em nosso sistema normativo, o tema do ANPP já era previsto na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), modificada posteriormente pela Res. 183/2018.

Contudo, ao legislar sobre matéria processual penal, a Resolução violou a cláusula de reserva privativa da União, estabelecida em nossa Carta Magna, art. 22: “comete

---

<sup>3</sup> Em síntese, extraí-se do voto do Ministro Luiz Fux, quando analisado o pedido liminar formulado na ADI n. 6.298, que essa ação, “ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE), impugna a) o artigo 3º da Lei n. 13.964/2019, que acrescentou os artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C, 3º-D, 3º-E e 3º-F ao Código de Processo Penal e institui a figura do juiz das garantias, e b) o artigo 20 da Lei n. 13.964/2019, que determina o prazo de *vacatio legis* para a vigência respectiva. A ADI n. 6.299, ajuizada pelos partidos políticos PODEMOS e CIDADANIA, impugna os mesmos dispositivos supracitados, além do artigo 157, §5º, do Código de Processo Penal, inserido pela Lei n. 13.964/2019. A ADI n. 6.300, ajuizada pelo Diretório Nacional do Partido Social Liberal (PSL), impugna os artigos 3º-A a 3º-F do Código de Processo Penal, na mesma linha das ações anteriores. Por fim, a ADI n. 6.305, ajuizada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público - CONAMP, impugna os artigos 3º-A; 3º-B, incisos IV, VIII, IX, X e XI; 3º-D, parágrafo único; 28, caput; 28-A, incisos III e IV, e §§ 5º, 7º e 8º; e 310, §4º, do Código de Processo Penal, todos introduzidos pela Lei n. 13.964/2019” (Brasil, 2020).

privativamente à União legislar sobre: [...] I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; [...]” (Brasil, 2023).

Assim, diferentes entes da sociedade apresentaram Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) (Távora; Araújo, 2020). Destaca-se que o ajuizamento de tais ADI's deu-se tanto por iniciativa da Associação dos Magistrados Brasileiros (ADI n. 5.790), como pelo Conselho Federal da OAB (ADI n. 5.793).

Agora, com o respeito ao rito legislativo, o ANPP está devidamente regulado, tendo eficácia plena. Porém, sendo instituto recente, a sua interpretação mostra-se diversa, especialmente pelos magistrados de primeiro grau. Nesse mesmo caminho de incertezas, os Tribunais tampouco têm entendimento consolidado, sendo seu estudo essencial à construção e ao assentamento da matéria.

## **2.3. O acordo de não persecução penal**

### **2.3.1. Razões legislativas**

Extraí-se da justificativa apresentada sobre o PL n. 10.372/2018 que a adoção do ANPP tem como uma de suas finalidades aliviar a justiça criminal. Tal medida permitiria que magistrados, promotores e defensores pudessem concentrar suas atividades no “efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves” (Brasil, 2018, p. 32). Nas palavras do Ministro presidente da comissão,

[...] há uma divisão em 3 partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos no Brasil: 1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas.

Em que pese quase 40% serem presos provisórios, há necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível, as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas (Brasil, 2018, p. 31).

Não obstante a inconstitucionalidade presente nas Res. 181/2017 e 183/2018 do Conselho Nacional do Ministério Público, a análise dos fundamentos que sustentam tais normas mostram-se elucidativos, uma vez que o prenúncio do ANPP está nesses textos.

Dentre tantas justificativas apresentadas no âmbito do CNMP, os últimos preceitos lá apresentados vão ao encontro do PL n. 10.372/2018. Cita-se, nesse sentido: (i) o alto volume de trabalho na seara criminal tem consequências sociais, tal como a morosidade de se viabilizar a justiça aos cidadãos; (ii) o interesse no estabelecimento de soluções alternativas a conflitos a

fim de viabilizar a realocação de pessoal e recursos — não só no âmbito do *parquet*, como de todo judiciário — aos crimes mais gravosos (Brasil, 2017).

A medida prevista no PL n. 10.372/2018 foi posta como um favorecimento aos “acusado em geral”, porquanto passível de evitar uma condenação. Ademais, afastaram os efeitos sociais aos quais o apenado estaria suscetível (quando diante de uma sentença desfavorável), além de aliviar o volume populacional nas penitenciárias (Brasil, 2017).

Contudo, a respeito dessa suposta redução do encarceramento, necessário alguns apontamentos. A proposta inicial do PL 882/2019 buscava implementar um instrumento da justiça negociada muito próximo ao *plea bargain* (do Ordenamento Estadunidense). Ou seja, com uma condenação a partir do reconhecimento da culpa —, podendo, inclusive, serem impostas penas privativas de liberdade ainda que sem o devido processo criminal (Martinelli; Silva, 2022).

Diante das incongruências desse com a Justiça brasileira, foi apresentado um parecer pelo Conselho Federal da OAB à comissão da Câmara dos Deputados que analisou o pacote anticrime. Desse, extraem-se as seguintes considerações do IBCCrim (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais):

[...] A introdução da justiça penal negociada no ordenamento jurídico nacional, por meio da figura do “*plea bargain*”, é outro ponto que merece atenção. Ela é apontada nos Estados Unidos como um dos institutos propulsores do encarceramento em massa. Seus defensores esquecem que não há negociação possível num sistema penal inquisitório marcado pela assimetria de forças entre as partes e pelo racismo estrutural. Frente ao consórcio acusatório formado por policiais, promotores e juízes, terá um jovem pobre e negro — assistido por uma Defensoria Pública ainda carente de estrutura, quando exigente — alguma opção além de assumir a culpa, mesmo que inocente?

O acordo penal, assim como o *plea bargaining*, traz como principal vantagem a redução de custos, na medida em que acordos são mais rápidos e mais baratos do que processos (embora ainda não se tenha uma estimativa do custo médio de um processo criminal no Brasil, ele será bem superior ao custo médio do processo de execução fiscal, hoje calculado em R\$ 20.000,00). Contudo, as desvantagens do modelo superam as vantagens, o que justifica o parecer pela rejeição dessa proposta.

A primeira desvantagem também envolve custos. O uso em larga escala dos acordos nos EUA (variando entre 90% e 97% dos crimes gerou o aumento da população prisional, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões (Ordem dos Advogados do Brasil, 2019, p. 31 e 32).

Mesmo com a aprovação do instituto mais próximo àquele previsto em 2018 (em detrimento à proposta do Pacote Anticrime), os argumentos trazidos pelo IBCCrim, mostraram-se pertinentes. O parecer indica a impossibilidade de uma efetiva negociação quando diante de

uma estrutura de caráter inquisitorial (como a originalmente apresentada pelo então Ministro Sérgio Moro).

Diante disso, suscita-se, inevitavelmente, a dúvida sobre os efeitos desse encarceramento (ainda mais) massificado, a partir da formalização desmedida de ANPPs — como visto nos EUA. Comenta-se que o Brasil, em números absolutos, é o terceiro país com maior população carcerária do mundo<sup>4</sup> — ficando atrás, apenas, da China e Estados Unidos, que ocupa o 1º lugar no ranking<sup>5</sup>. Assim sendo, há de se ter cautela sobre a premissa da redução do encarceramento brasileiro pelo emprego do instrumento negocial.

Quando pensamos na aplicação do instituto àqueles já aprisionados, a perspectiva mostra-se interessante. A respeito, cita-se o levantamento realizado por Schmitt de Bem e Fuziger acerca do hiperencarceramento no Brasil:

Nos seis primeiros meses de 2019, o total de presos no sistema penitenciário era 758.676 pessoas. Considerando os requisitos necessários à aplicação do acordo, em especial a pena mínima cominada ao delito, pode-se estimar, a partir de dados mais detalhados referentes ao INFOPEN de 2017, que mais de 120 mil segregados poderiam ser beneficiados.

A partir deste contingente, correspondente à aproximadamente 15% da população encarcerada, um último recorte operacional é necessário, porquanto alguns tipos penais que compõem o percentual informado não são perpetrados rotineiramente por pessoas carentes de recursos<sup>6</sup> (Bem; Fuziger, 2022, p. 116-117).

A partir da premissa de que a desigualdade social não é diretamente responsável pelo surgimento do crime (adotando uma abordagem multifatorial para compreender o fenômeno criminal, em vez de simplificá-lo como efeito da pobreza), é inegável que ela contribui para o aumento da criminalidade. Tomando como exemplo o crime de furto (cujos agentes, de regra, são aqueles que enfrentam dificuldades socioeconômicas), cerca de 60 mil detentos poderiam, ao menos em tese, beneficiarem-se com o acordo (Bem; Fuziger, 2022). Assim, uma perspectiva

---

<sup>4</sup> Consoante dados da Secretaria Nacional de Políticas Penais, de janeiro a junho de 2023, o Brasil apresentava quase 840 mil pessoas encarceradas. Dessas, 649.592 estavam em carceragens do Corpo de Bombeiros e Polícias Cíveis, Militares e Federais — e, em prisão domiciliar, apurou-se um total de 190.080, com e sem monitoramento eletrônico. Do total, os dados apontam que quase 1/4 dos aprisionados são presos preventivos (Brasil, 2023).

<sup>5</sup><https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2021/05/17/com-322-encarcerados-a-cada-100-mil-habitantes-brasil-se-mantem-na-26a-posicao-em-ranking-dos-paises-que-mais-prendem-no-mundo.ghtml>

<sup>6</sup> “Valendo-se dos dados do INFOPEN de 2017, foram considerados os crimes de furto simples (art. 155), furto qualificado (art. 155, §§ 4º e 5º), apropriação. Indébita (art. 168), estelionato (art. 171), receptação (art. 180), moeda falsa Cart. 289), falsificação de documentos públicos (art. 227), falsidade ideológica (art. 299) uso de documento falso (art.304), contrabando ou descaminho (art.334). Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 14 da Lei nº 10.826/2005) pose ou porte de arma de fogo de uso restrito (art. 16), crimes de trânsito (Lei nº 9.503/1997) e contra o meio ambiente (Lei nº 9.605/1998)” (Bem; Fuziger, 2022, p. 117).

retroativa ao instituto mostra-se de grande valia, inclusive para satisfazer as razões que fundaram a edição da norma.

Por fim, no âmbito dos objetivos do ANPP, impossível não estudar o modelo que o sustenta, qual seja, da justiça penal negocial. Isso, pois, as prerrogativas que embasam o sistema negocial são a base do instituto, objeto desta monografia. E, diante da complexidade da temática, tal aspecto será tratado no segundo capítulo.

### 2.3.2. Natureza jurídica de normas (processuais) penais e seus efeitos

Inicialmente, imprescindível definir a natureza do acordo, uma vez que a eficácia temporal da norma varia, a depender se estamos diante de uma lei penal ou processual penal. Nessa linha, contextualiza-se as três possíveis naturezas de uma norma jurídica, antes de adentrarmos, especificamente, naquela correspondente ao do ANPP.

No tocante às leis materiais, o texto constitucional, na forma do art. 5º, XL, CF/88, estabelece que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Ou seja, a eficácia da norma depende de seu conteúdo, na medida em que, se mais gravosa, é irretroativa, sendo aplicável apenas para fatos praticados após a vigência da lei. Por outro lado, quando benéfica, a normativa penal deverá ser aplicada aos fatos ocorridos antes da entrada em vigência do texto legal (Coutinho; Milanez, 2022).

O critério temporal, no campo das leis processuais penais, por sua vez, exige a observância do art. 2º do CPP, que prevê a aplicação imediata da norma: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”. Logo, a (ir)retroatividade, consoante Coutinho e Milanez (2022),

é determinada pelo conteúdo (benéfico ou prejudicial ao cidadão) do texto legal e tem por base a data dos fatos em que praticada a infração penal (*tempus commissi delicti*).

A imediatidade da lei processual penal, segundo a criticável posição dominante, desconsidera o conteúdo do texto legal — ou seja, aplicam-se imediatamente quaisquer regras novas, independentemente de serem benéficas ou prejudiciais ao acusado — e leva em consideração o momento da prática do ato processual penal (*tempus regit actum*).

Todavia, as normas podem não ser puras. Os referidos autores destacam a hipótese de leis mistas (também chamadas de híbridas ou bifuncionais), que são dotadas de um caráter tanto material, como processual penal. Sendo assim, aplicável o critério *tempus commissi delicti*, previsto às normas penais. Nesse contexto, há de se ter em mente que tal análise não depende de onde a legislação foi inserida (se no CPP ou no CP), — mas sim de seu conteúdo (Martinelli e Silva, 2022).

Complementando o estudo, cita-se a lição de Aury Lopes Jr. (2023, p. 50):

Alguns autores chamam de normas mistas com prevalentes caracteres penais, eis que disciplinam um ato realizado no processo, mas que diz respeito ao poder punitivo e à extinção da punibilidade. Exemplo: as normas que regulam a representação, ação penal, queixa-crime, perdão, renúncia, perempção etc.

Seguindo essa doutrina, se alguém comete um delito hoje, em que a ação penal é pública incondicionada, e posteriormente passa a ser condicionada à representação, o juiz deverá abrir prazo para que a vítima, querendo, represente, sob pena de extinção da punibilidade. É retroativa porque mais benéfica para o réu. Foi o que aconteceu com a Lei n. 9.099/95 e a representação nos delitos de lesões leves e culposas. Os processos que não tinham transitado em julgado baixaram para a vítima representar e, se não o fizesse, extinguiu a punibilidade.

A respeito da retroatividade da lei processual penal mais benéfica, Lopes Jr. (2023) ressalta a (necessária) simbiose entre o processo penal e o direito penal, a fim de dar coesão ao próprio sistema. Para justificar a (in)aplicação de uma nova norma penal ou processual-material a fatos anteriores, há de se observar se a mesma é prejudicial ou benéfica ao réu. Aludindo ao trabalho de Paulo Queiroz e Antônio Vieira (2004), o autor reforça que, para dirimir a dúvida, o questionamento necessário é: com tal normativa, as garantias processuais foram ampliadas ou reduzidas? Não sendo uma lei penal pura e havendo a expansão de garantias, essa deverá retroagir em favor do réu.

### **2.3.2.1. Natureza jurídica do acordo de não persecução**

No tocante ao ANPP, ainda que previsto no Código de Processo Penal, o instituto é de natureza híbrida. O aspecto processual da lei se dá na medida em que essa é apta a alterar o rito previsto às infrações com pena mínima inferior a quatro anos por meio de um negócio jurídico. Ademais, a possível extinção da punibilidade confere ao acordo um caráter também material penal (Coutinho; Milanez, 2022). Nesse sentido, observa-se que norma dispõe acerca da pretensão punitiva do Estado, haja vista que, cumpridos os requisitos estabelecidos no acordo, o juízo competente decretará a extinção da punibilidade (na forma do § 13 do art. 28-A, do CPP) (Brasil, 2019).

Portanto, em se tratando de norma com natureza híbrida, a eficácia temporal aplicável à espécie tem de observar o critério constitucional definido no art. 5º, XL, CF/88 — conforme apontado anteriormente.

Superada tal premissa, há de se voltar à questão subjetiva, qual seja: o ANPP é norma benéfica (e, dessa forma, retroativa)?

A resposta positiva, consoante Coutinho e Milanez (2022), é evidente: (i) as condições estabelecidas nos incisos I a IV e §1º, do art. 28-A do CPP são menos penosas que as decorrentes de uma eventual condenação; (ii) também, pois, cumprido o acordo, a punibilidade é extinta e o ocorrido não constará na certidão de antecedentes criminais (conforme art. 28-A, § 12 e § 13, do CPP).

Em consonância, entende Aury Lopes Jr. (2023, p. 94):

[...] nosso entendimento [é] no sentido de que se trata de norma mais benigna que deverá retroagir. Como explicamos no início dessa obra, ao tratar da lei processual no tempo (para onde remetemos o leitor), na concepção clássica, essa seria uma norma mista, com prevalentes caracteres penais (pois uma vez cumprido, extingue a punibilidade) que retroagem para beneficiar o réu. Portanto, pode ser aplicado aos processos nascidos antes da vigência da Lei n. 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado.

A modulação dos efeitos para fins de inadmitir a retroatividade do ANPP, contudo, tem sido comum no debate jurisprudencial, como será elucidado no último capítulo deste trabalho. Coutinho e Milanez (2022), pontuam que não há respaldo constitucional ou mesmo infralegal para sustentar a medida. Acerca da imposição injustificada de um limite temporal para se firmar o acordo, os autores transcrevem um trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no contexto do HC 185.913/DF:

[...] limitando-se a uma análise terminológica, o instituto é denominado de “acordo de não persecução penal” e não “acordo de não oferecimento da denúncia”. A persecução penal não se exaure com o início do processo, mas envolve toda a atuação do Estado até o oferecimento e até a liberação do poder punitivo com o trânsito em julgado da condenação. A finalidade do instituto é facilitar a persecução como um todo [...].

Nesse caminhar, diante do reconhecimento do conteúdo misto desse instrumento, a retroatividade da Lei Penal mais benéfica se afigura aplicável aos casos anteriores à promulgação do Pacote Anticrime, como será demonstrado no item próprio.

#### **2.4. Requisitos, condições e procedimento do instituto**

Trata-se de negócio jurídico-processual em que o Ministério Público e o agente intimado estipulam condições para, no caso concreto, aplicar a discricionariedade regrada. Nesse cenário contratual, ambos os polos processuais renunciam à parte de seus interesses: no caso do *parquet*, à continuidade da persecução penal; enquanto o agente, outrora investigado, abdica do processo e, por conseguinte, de uma eventual absolvição.

Ou seja, concluído o inquérito policial ou o procedimento investigatório do MP, caberá a esse órgão: (i) oferecer a denúncia; (ii) requerer novas diligências à polícia; (iii) ou propor o ANPP, caso observadas as condições legais (Lopes Jr., 2023b).

Nessa terceira hipótese, necessário observar os requisitos cumulativos elencadas no art. 28-A, *caput*, do CPP:

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 [...] (Brasil, 2019).

Extrai-se do referido artigo as seguintes demandas legais: (i) não ser o caso de arquivamento, ou seja, necessária a presença de justa causa à ação penal, de modo que o contexto fático-jurídico possua o condão de respaldar tanto a oferta do ANPP, como uma eventual ação penal (viabilidade acusatória); (ii) confissão formal e circunstancial da conduta praticada, ato esse passível de ocorrer já na investigação ou quando realizado o acordo; (iii) infração penal com sanção mínima inferior a quatro anos, sendo que para apurar o *quantum*, dever-se-á considerar as causas de aumento (no patamar mínimo) e diminuição (em grau máximo) do caso concreto, buscando sempre a pena mínima cominável; (iv) ausência de violência ou grave ameaça na conduta praticada; e, por fim, (v) que a medida seja necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime, observando a regra da proporcionalidade (Lopes Jr., 2023b).

Dessa breve análise, conclui-se que os requisitos para oferta do acordo de não persecução penal são majoritariamente critérios objetivos. A única condição subjetiva determina que o pacto seja medida necessária e suficiente para reprovar e prevenir o crime, consoante a parte final do art. 28-A, *caput*, CPP (Brasil, 2019).

Tal subjetividade é o que evidencia o espaço de barganha na seara do ANPP. Isso, pois, os termos propostos são negociados e têm como base essa (in)suficiência e/ou (des)necessidade das condições apresentadas pelas partes (Lopes Jr., Pinho e Rosa, 2021).

Outro requisito que demanda uma breve observação é no tocante à obrigatoriedade de que o agente confesse.

Ana Carolina Filippou Stein, questiona o quanto a confissão pode estar relacionada à insegurança individual sobre procedimentos criminais. O receio do sujeito em responder a um procedimento investigativo (e, posteriormente, quiçá a um processo) não pode se pautar na certeza de que suas garantias não serão respeitadas devido à negligência ou falta de conhecimento do Estado e de seus agentes (Stein, 2022).

Ademais, Rogério Sanches Cunha (2020) defende que não há, nessas circunstâncias, reconhecimento expresso de culpa, mas tão-só uma admissão implícita, de ordem moral, sem

consequências jurídicas, pois, a fim de se caracterizar a culpa, necessário o devido processo penal.

Nesse sentido, alega-se que, em favor do agente, opera o direito constitucional a não produzir provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), consagrado pelo art. 5º, LXIII, CF/88 (Rodrigues, 2020). Existindo, inclusive, Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 6304) impugnando tal requisito.

Todavia, a celeuma não está pacificada. Parte da doutrina, a exemplo de Renato Brasileiro de Lima (2020), entende que se rescindido o acordo por conta do próprio investigado, a confissão poderá servir de suporte à denúncia do Ministério Público. Nesse sentido, o Enunciado n. 27 do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União:

Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo) (Brasil, 2019).

No mais, essencial pontuar as causas impeditivas do acordo. Previstas pelo § 2º do art. 28-A, CPP, tais critérios têm natureza alternativa, de modo que basta a presença de uma delas para obstar a formalização do pacto. A respeito, tem-se que:

- a) Não poderá ser proposto o acordo quando for cabível transação penal (cuja proposta antecede e prevalece, pois mais benéfica para o imputado);
- b) Quando as circunstâncias pessoais do imputado não recomendarem, por ser ele reincidente ou existirem elementos probatórios suficientes de que se trata de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, exceto quando as infrações penais anteriores forem insignificantes. Esse é um critério vago e impreciso, que cria inadequados espaços de discricionariedade por parte do MP;
- c) O imputado não poder ter-se beneficiado, nos últimos 5 anos anteriores ao crime, de acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo;
- d) Ainda que a pena mínima seja inferior a 4 anos, não caberá o acordo quando se tratar de crime de violência doméstica ou familiar (Lei n. 11.340/2006) ou o crime praticado constituir violência de gênero (praticado contra mulher em razão da condição de sexo feminino) (Lopes Jr., 2023b, p. 95).

Para além dos requisitos essenciais e das causas impeditivas, há condições que devem ser acordadas. Tais circunstâncias poderão ser fixadas de forma cumulativa ou alternativa, na forma dos incisos do art. 28-A do CPP:

- 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; ou  
 V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (Brasil, 2019).

Assim, cabe ao membro do *parquet*, quando propor o acordo, analisar qual das medidas é mais adequada ao caso concreto. No entanto, a respeito desse ônus, destaca-se uma das conclusões alcançadas pelo Levantamento Nacional da Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil<sup>7</sup>, produzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), publicado em setembro de 2023. Voltado a apresentar um diagnóstico sobre a incidência real do instituto, bem como as dificuldades na implementação do ANPP, verificou-se a permanência de dúvidas

[...] quanto aos limites da atuação de cada ator do sistema de justiça criminal, notadamente no que diz respeito a magistrados e membros do ministério público. Quais os parâmetros a partir dos quais o MP deve propor os acordos? Quais as condições que determinam acordos abusivos? Que parâmetros os juízes e as juízas devem assumir ao analisar os acordos no momento de sua homologação? (Brasil, 2023, p. 160).

Para além do entrave prático, é dever do Ministério Público, caso entenda pelo não oferecimento da benesse, fundamentar sua decisão. Para muitos, esse encargo se dá pelo fato de que o ANPP constitui direito subjetivo do investigado<sup>8</sup>. Tal perspectiva é defendida por Alexandre Morais da Rosa, que se pauta no entendimento fixado pelo STF acerca da suspensão condicional do processo, quando julgado o HC 83.926/RJ (Morais da Rosa, 2021).

Segundo Vasconcellos (2015), estamos diante de um exemplo do princípio da “oportunidade legalmente regulada”, onde o mecanismo consensual obsta o curso legalmente estabelecido à persecução. Isso se dá por conta de um acordo entre as partes, não pela vontade exclusiva do órgão ministerial.

Ademais, comenta-se que a ampliação da justiça consensual na seara criminal, especialmente com o ANPP, não é óbice ao reconhecimento desse como direito público subjetivo do agente. Ou seja, plenamente compatível afirmar que o acordo previsto pelo art. 28-

<sup>7</sup> O relatório menciona que, “ao mapear a realidade dos tribunais e seções judiciárias, por meio de entrevistas com magistrados e magistradas de todos os estados brasileiros e analisar 946 processos em que houve acordos de não persecução penal em cinco estados das cinco regiões brasileiras – e, neste estados, das conversas com defensores públicos e membros do Ministério Público –, foi possível chegar a algumas conclusões e, sobretudo, a novas perguntas que deverão ser respondidas por novos levantamentos de cunho quanti e qualitativo. Este produto é um primeiro grande esforço do CNJ em procurar entender o ANPP, pensar seus principais desafios e possíveis caminhos” (Brasil, 2023, p. 161).

<sup>8</sup> Resende esmiúça tal expressão jurídica, explicando-a da seguinte forma: “Direito subjetivo significa, em síntese, o poder, conferido pelo direito objetivo, de alguém exigir algo a outrem, sendo inerentes à condição de direito subjetivo o poder de exigir a sua realização e a sua sindicabilidade judicial. Por sua vez, o termo direito subjetivo público se refere aos direitos dos cidadãos em face do Estado, regidos pelo direito público, inclusive, o direito processual penal” (Resende, 2020, p. 31).

A, CPP é tanto um ato negocial, como um direito do investigado — inclusive cabendo a impetração de HC em caso de recusa do *parquet* no oferecimento da benesse (Resende, 2020).

Em sentido oposto, tem julgado o STJ<sup>9</sup>. O voto do Ministro Ribeiro Dantas no HC 161.251 tornou-se notícia no site institucional e menciona que a Quinta Turma do STJ, “seguindo posição do Supremo Tribunal Federal (STF), reafirmou que o oferecimento de acordo de não persecução penal é decisão de competência exclusiva do Ministério Público – não se constituindo, portanto, em direito subjetivo do investigado” (Superior Tribunal de Justiça, 2022).

A respeito da posição do STF, cita-se um dos votos de Alexandre de Moraes<sup>10</sup>, relator dos casos relacionados aos atos antidemocráticos de 8 de janeiro de 2023, quando analisou o não oferecimento da denúncia por parte do MP, pontuou que:

[...] se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, tampouco garante ao acusado o direito subjetivo em realizá-lo . Simplesmente, permite ao Parquet que, de forma devidamente fundamentada, exerça a opção entre oferecer a denúncia ou o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição, a qual deve levar em consideração todos os aspectos relevantes, conforme já reconhecido pelo PLENÁRIO DESSA SUPREMA CORTE (PET 9456/DF, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, 28/04/2021) (Brasil, 2023).

Higyna Josita e Lopes Jr., nesse sentido, sustentaram que o referido benefício legal do ANPP é uma mera faculdade do *parquet* e não constitui um direito subjetivo. Contudo, pontuam a obrigação do Ministério Público em fundamentar a recusa, particularmente quando o acusado atenda aos requisitos legais (Josita e Lopes Jr., 2020).

Não obstante tal afirmação inicial, Lopes Jr., posteriormente reviu seu entendimento filiando-se à opinião de que se preenchidos os requisitos, trata-se de direito público subjetivo do agente (Lopes Jr., 2023b). Todavia, indo de encontro com sua mudança, o autor comentou o entendimento do STJ, no sentido de que o “ANPP não constitui direito subjetivo do investigado, assim pode ser proposto pelo Ministério Público conforme as peculiaridades do caso concreto, quando considerado necessário e suficiente para reprovar e prevenir infrações penais” (Brasil, 2022).

<sup>9</sup> Nesse sentido, cita-se também: AgRg no REsp 1942402 / SP; AgRg no REsp 2025524 / TO; AgRg no RHC 179107 / SP; AgRg no RHC 170457 / SC; AgRg no REsp 1931168 / SP; AgRg no REsp 1931168 / SP; AgRg nos EAREsp 1775493 / PR; AgRg no REsp 1912425 / PR.

<sup>10</sup>Inq 4921 RD-centésimo quinquagésimo segundo, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Tribunal Pleno, julgado em 09-05-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 31-05-2023 PUBLIC 01-06-2023).

Nesse caminhar, o pronunciamento do Conselho Nacional de Procuradores Gerais (CNPGE), através da Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), examinou a Lei Anticrime: “Enunciado nº 19 - o acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, que avaliará, inclusive em última análise (§ 14), se o instrumento é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto” (Brasil, 2020).

Mesmo que a questão ainda não esteja pacificada, fato é que o respaldo à negativa deve estar pautado no caso concreto e em suas singularidades — em especial quando o motivo se der pelo não cumprimento do critério subjetivo do art. 28-A, *caput*, CPP (Lopes Jr.; Pinho; Rosa, 2021). E, caso haja recusa da autoridade ministerial em apresentar o acordo, ao agente é prevista a possibilidade de pleitear a remessa dos autos ao órgão superior do Ministério Público, nos termos do § 14 do art. 28-A, do CPP.

A respeito de eventuais restrições subjetivas ao oferecimento do acordo pelo Ministério Público, Resende aponta-se que o ANPP está inserido no domínio de tutela do direito fundamental à liberdade de locomoção, de modo que obstar, de forma arbitrária, o exercício desse direito é conduta vedada em nosso ordenamento (Resende, 2020):

O direito à liberdade de locomoção opera, concomitantemente, como um direito de defesa e como um de direito de prestação, possuindo, portanto, dupla dimensão positiva e negativa. Nessa esteira, o Ministério Público não pode deixar de propor o “Acordo de Não Persecução Penal” ao interessado se presentes todos os requisitos legais do benefício, sob argumento de conveniência e oportunidade para a promoção da ação penal em juízo (Resende, 2020, p. 19).

A negativa da proposta poderá, também, vir do magistrado. Caso considere inadequados os requisitos dispostos no pacto, o juiz poderá, conforme o art. 28-A, §§ 5º e 7º, CPP: (i) devolver os autos ao *parquet* para que esse reformule a proposta; (ii) ou denegar o acordo nos termos firmados, não procedendo à homologação.

Em consonância com o exposto, preconiza Lopes Jr.:

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional. Mas já imaginamos que essa posição encontrará resistência e que a tendência poderá ser pela aplicação do art. 28 do CPP (seja o art. 28 antigo ou pelo novo dispositivo — cuja liminar suspendeu a eficácia — quando entrar em vigor) (Lopes, Jr., 2023b, p. 96).

Presentes todos os requisitos e inexistindo qualquer hipótese impeditiva do ANPP, esse (de regra) será proposto antes do recebimento da denúncia, a ser homologado pelo juiz das garantias (Lopes Jr., 2023b).

Apontam-se dois comentários ao idealismo do momento de oferta e confirmação do acordo. Inicialmente, cabe destacar que a figura do juiz de garantias está com sua eficácia suspensa por força de liminar deferida de forma conjunta nas ADI' s n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.

Inobstante a retomada do julgamento em junho de 2023, até a conclusão deste trabalho, não houve decisão definitiva sobre a matéria. Posto isso, o ônus homologatório, por ora, recai sobre o magistrado que atua tanto na fase pré-processual, como na instrução e julgamento do caso concreto.

Ademais, observa-se que os §§ 4º a 8º do art. 28-A, CPP, apenas mencionam a figura do “juiz”, não definindo qual magistrado é responsável pela homologação do pacto — e, por conseguinte, silente, também, sobre o momento em que cabível a negociação do ANPP. Parte desse encargo vê-se no capítulo próprio do juiz das garantias, no texto do art. 3º-B, XVII, CPP:

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:

[...]

XVII - decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, **quando formalizados durante a investigação** (Brasil, 2019, grifos nossos);

Logo, quanto ao momento para se solenizar o pacto, é prevista a possibilidade de ser formalizado ainda no período de investigação. Todavia, seu momento ideal é na conclusão do inquérito policial ou do procedimento investigatório criminal, movido pelo MP. Isso, pois, finalizados os atos administrativos, há a formação da *opinio delicti* pelo titular do direito de ação, de modo que, se presente justa causa (ou seja, não sendo caso arquivamento), tem-se caracterizado o primeiro requisito previsto no *caput* do art. 28-A, do CPP.

Contudo, tal critério temporal não é rígido. A retroatividade, objeto desta monografia, será melhor estudada no capítulo quatro, todavia, pontua-se a breve consideração de Aury Lopes Jr.:

[...] poderá ser oferecido aos processos em curso quando da sua entrada em vigor, na medida em que se trata de norma mista (retroage para beneficiar o réu). Também não vislumbramos obstáculos a que seja oferecido em qualquer fase do procedimento, caso não tenha sido acordado no início do feito [...] (Lopes Jr., 2023b, p. 96)

No âmbito prático do procedimento, cabe mencionar que o acordo será formalizado, por escrito, entre o Ministério Público e o agente, este na presença de seu defensor (art. 28-A, § 3º, CPP).

À homologação, faz-se necessária a oitiva do imputado em audiência, a fim de verificar a sua voluntariedade em firmar o pacto (art. 28-A, § 4º, CPP); e que as condições dispostas sejam adequadas e suficientes (art. 28-A, § 5º, CPP). Quanto a essa última exigência legal, oportuno o comentário de Resende:

É verdade que a legislação ordinária conferiu ao Ministério Público certa liberdade interpretativa para analisar, em um primeiro momento, o requisito subjetivo da 'suficiência do acordo para a prevenção e repressão do crime', uma vez que se está diante de um conceito jurídico indeterminado, isto é, vago ou ambíguo, cujo significado será construído a partir das circunstâncias do caso concreto. Mas mesmo nesse caso, a análise não é e não deve ser solipsista, que acaba, como adverte Lênio Luiz Streck, "em decisionismos e arbitrariedades interpretativas, isto é, em um mundo jurídico em que cada um interpreta como (melhor) lhe convém" (Resende, 2020, p. 20).

Cumpridos tais requisitos, a norma prevê dois mandamentos: (i) a vítima, se houver, deverá ser informada (art. 28-A, § 9º, CPP); e (ii) caberá ao MP promover a execução perante o juízo competente (art. 28-A, § 6º, CPP).

Na hipótese de descumprimento do acordo, o *parquet* deverá informar o ocorrido ao juízo, dando azo à rescisão do ANPP e ao oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 10, CPP). Prevê a lei, ainda, que tal desrespeito de alguma das condições estipuladas, pode ser utilizado como justificativa para não oferecimento da suspensão condicional do processo (art. 28-A, § 11, CPP).

Todavia, no tocante à rescisão do pacto, comenta-se que há de se respeitar o contraditório, devendo o magistrado designar audiência para seu exercício. Em tal cenário, dever-se analisar a proporcionalidade entre as consequências da resolução e a cláusula transgredida. Ao final, em se tratando de revogação, essa deverá ser por decisão fundamentada, nunca proferida unilateralmente ou de forma automática (Lopes Jr., 2023b).

Ademais, ressalta que:

Considerando a sistemática de homologação do acordo, pensamos que deve ser mantida a coerência com o sistema adotado, que estabelece uma postura intervencionista do juiz, também no momento da rescisão. Assim, eventualmente, poderá o juiz entender que está justificado o descumprimento ou mesmo que ele não ocorreu, indeferindo o pedido de rescisão e determinando a continuidade do acordo. Considerando ainda que estamos diante de um negócio jurídico processual, é aplicável, por exemplo, as teorias civilistas da boa-fé e também a do adimplemento substancial, para fins de manutenção do acordo ou extinção da punibilidade por cumprimento das condições. Somos contra a importação de categorias do direito civil e do processo civil para o processo penal, mas aqui justifica-se, não só por coerência,

mas também pela hibridez do próprio instituto da negociação no processo penal (Lopes Jr., 2023b, p. 96).

Por fim, sendo o caso de cumprimento integral do acordo, haverá a extinção da punibilidade do agente (art. 28-A, § 13, CPP). O único efeito desse negócio jurídico, quando regularmente executado, é o impedimento do agente em firmar novo pacto dentro do prazo legal de 5 anos (art. 28-A, § 2º, III, CPP).

### 3. A JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL

#### 3.1. Crise do processo penal

A fim de compreender o direcionamento da justiça criminal às zonas de consenso, faz-se necessário analisar qual a base (e as lacunas) do processo penal que viabilizaram o caminhar a outras formas de fixação da pena. Assim sendo, voltamo-nos a um breve estudo sobre o processo e a crise que o perpassa.

O monopólio do poder punitivo pelo Estado é estabelecido quando proibida a vingança privada. Em tal momento, os critérios de justiça foram definidos e, havendo violação de um bem jurídico, a tutela jurisdicional deverá ser invocada por uma estrutura pré-estabelecida: o processo penal (Lopes Jr., 2023a).

O processo penal, portanto, opera como um limitador do poder punitivo do Estado, de modo que constitui uma garantia àquele submetido a um processo. Não se trata de defender a impunidade, mas, sim, de chegar à pena legitimamente, ou seja, respeitando as garantias fundamentais (regras do devido processo legal) (Lopes Jr., 2023a).

Tal observância opera no âmbito do polo mais fraco da relação. Lopes Jr. (2023a), em referência a Ferrajoli, defende que, na hora do cometimento do crime, a hipossuficiência recai sobre a vítima, de forma que essa recebe a tutela penal. Todavia, na seara processual, o acusado substitui a vítima porquanto tem, contra si, o poder acusatório do Estado, a violência processual e, por fim, a pena.

Inegável, portanto, o caráter complementar entre delito, pena e processo. Isso, pois, “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena” (Lopes Jr., 2023a, p. 22). Tal premissa encontra respaldo na teoria garantista.

Elaborada por Luigi Ferrajoli (2010), o garantismo está baseado em dez axiomas<sup>11</sup> que perpassam o âmbito penal e processual penal a fim de estabelecer um sistema punitivo que respeite os direitos fundamentais.

Desses axiomas, extraem-se onze princípios indispensáveis e sucessivos de legitimidade do sistema penalista, quais sejam: pena, delito, lei, necessidade, ofensa, ação, culpabilidade, jurisdição, acusação, prova e defesa. Todos esses princípios são considerados condições para

---

<sup>11</sup> “Não há pena sem crime; Não há crime sem lei; Não há lei penal sem necessidade; Não há necessidade sem ofensa a bem jurídico; Não há ofensa ao bem jurídico sem ação; Não há ação sem culpa; Não há culpa sem processo; Não há processo sem acusação; Não há acusação sem prova; Não há prova sem ampla defesa” (Ferrajoli, 2002).

responsabilização penal, de modo que, se ausente qualquer dos citados, a resposta do Estado é ilegítima (Morais da Rosa, 2013).

Em síntese, a tese garantista está pautada na imutabilidade de, ao menos, alguns princípios que a Constituição define como fundamentais, sob a premissa de que inexiste um poder constituído que seja superior ao poder constituinte. A justificativa para tal rigidez é a salvaguarda essencial à soberania popular. Dessa forma, as futuras gerações, bem como os poderes dessas futuras maiorias, seguem preservadas, sendo imperturbáveis pelas gerações presentes (Ferrajoli, 2015).

Decorre da supremacia dos direitos previstos em Constituições de caráter rígido (tal como a CF/88) e do princípio da legalidade (sobre o qual os poderes se submetem) — o dever de garantir os direitos ali previstos, em especial aos sujeitos submetidos a um processo criminal (Morais da Rosa, 2013).

A teoria garantista resgata a Carta Magna, porquanto a entende como o documento que constitui a sociedade. Como tal, estabelece um núcleo jurídico essencial que permite: (i) organizar a estrutura e a unidade política das funções do Estado; (ii) definir os procedimentos para resolver conflitos; (iii) estabelecer os limites materiais do Estado à luz das garantias e direitos fundamentais que ela mesmo estabelece; e também, (iv) regular o processo de desenvolvimento político e jurídico do Estado, adaptando-se às mudanças (Morais da Rosa, 2013).

No modelo idealizado por Ferrajoli (2010), todos os dez axiomas sustentam a justiça penal. Contudo, observado o terceiro (*nullum crimen sine iudicio*), sobre o qual se funda o princípio da necessidade —, temos a justificativa da existência do processo penal (Lopes Jr., 2023a).

A impossibilidade de se fixar uma pena sem o devido processo é uma acepção vigente no ordenamento brasileiro, ainda que mitigada tal exigência por conta dos espaços de consenso. Aury Lopes Jr. associa a relativização do princípio ao (crescente) hiato entre o tempo do direito e o imediatismo social. A demanda por agilidade, segundo o autor, favorece dois cenários: a violação de direitos e garantias fundamentais (o que é inaceitável); e a exigência por um trâmite processual célere (Lopes Jr., 2023a).

Sob a perspectiva garantista, os direitos fundamentais não podem ser alienados, negociados ou disponibilizados, seja por setores privados, seja pelo “mercado penal”, onde os acordos encontram respaldo. Todavia, à luz da justiça negocial, atualmente fala-se em regimes especiais, onde a disponibilidade da ação penal vigora (Morais da Rosa, 2017).

Ademais, a respeito dessa busca por uma duração razoável do processo, é

[...] especialmente forte no viés economicista, eficientista e utilitarista que tanto exige do processo penal. É talvez a mais cruel das “acelerações” que o processo penal pode sofrer, pois implica grave violação e restrição de direitos e garantias fundamentais (Lopes Jr., 2023a, p. 32).

O autor menciona, ainda, o ciclo vicioso — e autofágico — do contexto brasileiro, em que a banalização do direito penal (tema elucidado no capítulo anterior) sobrecarrega nosso sistema de justiça, congestionando-o de tal forma que nos voltamos à negociação:

Não existe sistema de justiça que funcione nesse cenário e o nosso é um exemplo claro disso. A banalização do direito penal gera uma enxurrada diária de acusações, muitas por condutas absolutamente irrelevantes, outras por fatos que poderiam ser objeto do direito administrativo sancionador ou de outras formas de resolução de conflitos e, ainda, uma quantidade imensa de acusações por condutas aparentemente graves e relevantes, mas carentes de justa causa, sem um suporte probatório suficiente para termos um processo penal (em decorrência da má qualidade da investigação preliminar, também fruto — no mais das vezes — da incapacidade de dar conta do imenso volume de notícias-crimes).

Diante do volume gigantesco de acusações e processos, é óbvio que o sistema de administração de justiça (dos juízes de primeiro grau às cortes superiores, o congestionamento é colossal) não funciona adequadamente (Lopes Jr., 2023a, p. 32).

Cita-se, por fim, a crise relacionada à credibilidade do processo e da jurisdição. Lopes Jr. (2023a) comenta a ilusão de que, ao acelerar o andamento dos processos de forma utilitária (restringindo recursos, limitando o uso do *habeas corpus* e ampliando o espaço para negociações na justiça), é possível chegar mais rapidamente a uma condenação. Sob o argumento da eficiência, optou-se por uma condenação sem o devido processo legal em que liberdades, direitos e garantias legais são reduzidos.

Não obstante a expectativa de aumentar a confiança na justiça, há críticas à sistemática negocial nessa seara, pois

[...] ninguém gosta de negociar sua inocência. Não existe nada mais repugnante que, diante de frustrados protestos de inocência, ter de decidir entre reconhecer uma culpa inexistente, em troca de uma pena menor, ou correr o risco de se submeter a um processo que será desde logo desigual (Lopes Jr., 2023a, p. 33).

Tecidas essas considerações, passaremos à análise concreta do modelo estrangeiro e sua aplicação no cenário nacional.

### **3.2. Fundamentos do gênero negocial e uma (breve) análise da espécie do modelo estadunidense em paralelo com o contexto brasileiro**

Vinícius Gomes de Vasconcellos (2015) explica que a justiça consensual, também conhecida como negociada, é um modelo baseado na concordância entre acusação e defesa. As

partes firmam um acordo colaborativo no âmbito processual em que o réu abdica de exercer resistência ao caso. Assim, via de regra, há uma abreviação ou supressão de parte do processo, podendo culminar em seu encerramento completo.

Nesse contexto, as opções do investigado, segundo Morais da Rosa (2017, p. 320-321), são três:

(a) confessar a culpa (*plead guilty*); (b) negar a culpa (*not guilty*); e, (c) não se defender (*no contest, nolo contendere*). Nas hipóteses de confessar e não querer se defender, abre-se caminho para a barganha (17.3.3.), com negociação sobre o conteúdo da acusação e da pena.

O objetivo é facilitar a imposição da sanção penal ao polo passivo, todavia, sem esquecer que parte dessa penalidade será abatida. Logo, o réu renuncia ao devido processo penal e das respectivas garantias desse processo, em troca do abatimento de parte da pena (Vasconcellos, 2015).

A tendência na implementação das zonas de consenso no processo penal está sustentada, em suma, pelos seguintes argumentos: (i) conformidade com os princípios do modelo acusatório; (ii) se tratar de um ato voluntário; (iii) contribuir com a celeridade na administração judiciária (Lopes Jr., 2023a). Todavia, conforme a pesquisa realizada pelo *2023 Plea Bargain Task Force Report* acerca do instrumento estadunidense (a ser dissecada ainda neste subtópico), tais fundamentos operam mais sob o prisma teórico, que prático.

O modelo encontra respaldo no sistema jurídico da *common law*, tradição clássica que remonta aos séculos XVII, XVIII e primeira metade do século XIX. Nesse lapso temporal, foram sedimentadas as decisões que materializaram a jurisprudência. A prerrogativa é: conjunturas fáticas similares devem produzir respostas padrões (chamadas de *standards*), sendo tal raciocínio responsável por conferir estabilidade aos pronunciamentos jurisdicionais (*stare decisis*) (Morais da Rosa, 2017).

Inúmeros são os países que seguem esse regime jurídico, mas, para os fins desta monografia, volta-se a análise aos Estados Unidos e o instituto da *plea bargaining*, o qual inspirou o ANPP (Martinelli e Silva, 2022). Ainda que devam respeitar o *Federal Criminal Code* e a tradição, cada estado norte-americano tem autonomia em editar suas regulamentações. Todavia, os julgamentos, sejam esses pelo Júri, ou pelo magistrado togado, têm sido cada vez menos comuns (Morais da Rosa, 2017).

A pesquisa realizada pela instituição *Pew Research Center* revelou que, em 2018, menos de 2% dos casos federais foram a julgamento. Desses, apenas 320 conseguiram uma absolvição. 8% foram arquivados, e os outros 90% foram resolvidos por meio de *guilty pleas*. Essa taxa de julgamento representa uma diminuição significativa: em 1998, 7% dos casos foram julgados.

Em contrapartida, o número de casos ajuizados nos tribunais federais, no mesmo período, aumentou (Gramlich, 2019).

No âmbito estadual, segue-se a mesma tendência. Na última década, estados como Nova Iorque, Pensilvânia e Texas tiveram taxas de julgamento inferiores a 3%, havendo relatos, inclusive, de inexistência de julgamentos criminais em anos (Smith; MacQueen, 2017).

Em paralelo, no Brasil, com o neonato acordo de não persecução penal, o Ministério Público Federal (MPF), apurou que, até 2022, 21.466 acordos foram propostos (excluídas as demais formas de negociação previstas no ordenamento brasileiro) (Brasil, 2022). A respeito dos números, o ministro Reynaldo Soares da Fonseca considerou baixa a adesão. Valendo-se dos dados do Conselho Nacional do Ministério Público, o magistrado do STJ comentou que menos de 3% dos casos foram resolvidos no modelo de Justiça Penal negociada, o “que ainda muito é pouco, se pensarmos na Justiça Consensual Civil, que vem consolidado a cultura da mediação desde o fim do século passado e início deste século” (Assessoria De Comunicação Social, 2022).

Não obstante a discrepância entre os dois países — que, por ora, apresentam respostas opostas —, inegáveis os esforços em consolidar a negociação no âmbito penal brasileiro. Assim sendo, a fim de compreender os possíveis celeumas que encontraremos (ou agravaremos) com esse movimento, importante voltar a atenção às questões já suscitadas nos Estados Unidos, país esse que, historicamente, adota a via negocial.

Neste ano de 2023, a *American Bar Association*<sup>12</sup>, através da *Criminal Justice Section*, publicou um relatório acerca do *plea bargain*, produzido após três anos de estudos. Uma das conclusões foi que o instituto não é aplicado de maneira uniforme. As variáveis mencionadas são: âmbito de atuação (se diante de uma corte federal ou estadual); e jurisdição (urbana ou rural, haja vista a diferença, em números, de defensores públicos e *prosecutors*<sup>13</sup> entre esses dois contextos).

Ademais, o relatório menciona discrepâncias, na prática do *plea bargain* em uma mesma corte, bem como verifica as consequências relacionadas aos supostos benefícios<sup>14</sup> do instituto

<sup>12</sup> Associação estadunidense similar à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

<sup>13</sup> Para o fim deste trabalho, importante a breve comparação (e ressalva) entre o *prosecutor* dos EUA e a figura nacional. Ainda que similares, “o Ministério Público brasileiro pós-1988 apresenta características e potencialidades únicas, que o diferenciam tanto do modelo estadunidense do *prosecutor*, eleito pelo povo e com amplas atribuições, entre elas, a *plea negotiation* – que permite, através do *plea bargain*, verdadeira ‘negociação’ com o acusado, uma incursão no terreno do tribunal, com o afastamento de garantias individuais e a escolha de sanções –, quanto do modelo francês (europeu continental), no qual as funções do Ministério Público se circunscrevem, basicamente, à acusação e à sustentação da pretensão em juízo” (Casara, 2017, p. 67).

<sup>14</sup> Quanto a esses, comentam: a restrição de recursos; a possibilidade de, quando formalizado o *plea bargain*, realocar essas verbas a investigações e casos que vão a julgamento; tratar-se de um incentivo à cooperação com o governo e à se responsabilizar pela conduta criminal; a resolução fornece um fechamento claro e certo ao caso,

no sistema de justiça criminal estadunidense (Criminal Justice Section, 2023). A crítica, em especial, vai no sentido da motivação dos agentes em aceitar o acordo.

A força-tarefa verificou que muitos acusados (inclusive inocentes) são coagidos a renunciar ao seu direito por um julgamento. Isso, pois as *mandatory sentencing laws*<sup>15</sup> tornam, frequentemente, os riscos de levar um caso a julgamentos insuportáveis — de modo que alguns *prosecutors* exploram tal medo para induzir os réus a se declararem culpados (Criminal Justice Section, 2023, p. 6).

No tocante a tal dilema, cita-se a crítica de Ferrajoli (2002) sobre o instituto norte-americano: a negociação, nesses termos, constitui “escambo perverso”. O acusado, ainda que inocente, tem de escolher entre: (i) aceitar a condenação com pena reduzida; ou (ii) correr o risco da sentença, podendo ser absolvido ou condenado —, mas, nesta hipótese, com uma pena superior. Assinala o autor:

Disto resulta a devastação do completo sistema das garantias: o nexos causal e proporcional entre a pena e o crime, dado que a medida da primeira dependerá, muito mais do que da gravidade do segundo, da habilidade negociadora da defesa, do espírito de aventura do imputado e da discricionariedade da acusação; os princípios da igualdade, da certeza e da legalidade penais, não existindo qualquer critério legal que condicione a severidade ou a indulgência do Ministério Público, e que discipline o seu engajamento com o imputado; a não derrogação do juízo, que significa a não fugibilidade (sic) da jurisdição e das suas garantias, assim como a obrigatoriedade da ação penal e a indisponibilidade das situações penais elididas pelo poder do Ministério Público de mandar soltar aquele que se declare culpado; a presunção de inocência e o ônus acusatório da prova, negados substancialmente — já que não formalmente — pela confissão interessada; e o papel de subordinação do indiciado em relação à acusação e à defesa; o princípio do contraditório, que reclama o conflito e a clara separação dos papéis entre as partes processuais. A própria natureza do interrogatório resulta pervertida, sendo não mais meio de instauração do contraditório por meio da contestação da acusação e a exposição da defesa, mas relação de forças entre inquisidores e inquiridos, na qual ao primeiro não incumbe nenhum ônus probatório mas, apenas, a opressão sobre o segundo e registrar as autoacusações (Ferrajoli, 2002, p. 601-602).

De igual modo, as *mandatory collateral consequences* (que incluem a ameaça de deportação), levam os réus a aceitarem acordos em casos que, de outra forma, poderiam contestar se fossem a julgamento (2023 *Plea Bargain Task Force Report*, 2023). Elucidando: um *mandatory collateral consequence* no direito penal dos EUA é uma restrição ou exigência legal imposta sobre indivíduos como resultado da condenação criminal. Tais consequências

---

trazendo um deslinde ao acusado, vítimas, corte e comunidade; por fim, o acusado evita alguns dos mais rigorosos aspectos do sistema criminal (tradução nossa) (2023 *Plea Bargain Task Force Report*, 2023).

<sup>15</sup> *Mandatory sentencing law* é uma obrigação legal que determina a imposição de uma sentença mínima específica a determinados crimes, independente das circunstâncias ou das características individuais do acusado. Ou seja, limita a discricionariedade judicial sob a prerrogativa de garantir uniformidade e consistência às sentenças (tradução nossa) (Ulmer, 2007).

podem impactar inúmeros aspectos da vida desse indivíduo, inclusive sua moradia, educação, emprego e direitos de voto (tradução nossa) (Clair; Winter, 2022).

Materializando essas repercussões, tem-se o relatório elaborado pela *U.S. Commission on Civil Rights*<sup>16</sup> em 2019. O estudo indica que ao menos 6 milhões de estadunidenses não podem votar, por serem condenados criminalmente e que apenas dois estados permitem que pessoas encarceradas exerçam o seu direito ao voto (sendo esses *Maine* e *Vermont*). Ou seja, em 48 estados, além do distrito da Colúmbia, o direito ao voto é negado a uma parcela significativa da população — podendo ter seus efeitos prolongados indefinitivamente, como uma consequência permanente da sentença criminal (United States, 2019).

Assim, parafraseando Ferrajoli, Aury Lopes Jr. comenta que “o processo, ao final, é transformado em um luxo reservado a quem estiver disposto a enfrentar seus custos e riscos” (2023, p. 34). Em paralelo, certo o comentário de Alexandre Morais da Rosa:

[...] não basta, no jogo da justiça negociada, ser inocente: será preciso — invertendo a lógica democrática da presunção de inocência — ter cartas probatórias defensivas, dentre elas o alibi, sob pena de com as cartas de acusação, mesmo inocente, ser a confissão e a culpa, comportamento processual adequado [...].

Isso porque a proposta da acusação se dá na lógica de "pegar ou largar". Se aceita a culpa, pega uma pena menor; se não aceita a culpa e foi para o processo, não há perdão. É uma modalidade de "ultimato", tão conhecida por negociadores, jogadores e trazida ao direito processual penal. Por isso, pouco importa a inocência, mas a possibilidade de as autoridades constituídas e responsáveis pela investigação darem credibilidade ao argumento defensivo (Morais da Rosa, 2017, p. 320-321).

Sob outro prisma, o estudo também indica que a probidade do sistema criminal é negativamente afetada pelo número de casos resolvidos através do *plea bargain*. Muitas vezes, condutas inadequadas por parte da polícia e/ou do governo passam despercebidas, porquanto poucos são os acusados que chegam a uma audiência de pré-julgamento — momento em que tais condutas seriam analisadas (Criminal Justice Section, 2023, p. 6).

A realidade do *plea bargain* resulta, também, no descuido da promotoria em estruturar o caso. Sendo as audiências de pré-julgamento a exceção, os *prosecutors* tendem a ser menos críticos em relação às suas testemunhas e menos dispostos a analisar minuciosamente a força de seus casos, sabendo que não serão responsabilizados no âmbito de um julgamento (Criminal Justice Section, 2023, p. 6).

---

<sup>16</sup> Comissão de direitos civis que se define como uma agência independente do governo federal dos Estados Unidos estabelecida desde 1957. Visa promover e proteger os direitos civis dos cidadãos estadunidenses, investigando questões de discriminação e desigualdade com base na raça, cor, religião, sexo, deficiência, idade, orientação sexual e origem nacional (UNITED STATES, 2019) (tradução nossa).

Nesse caminhar, tendo em vista a proximidade do ANPP (naquela versão inicial, vetada no Congresso) com o *plea bargain*, pertinente a crítica de Martinelli; Silva:

[...] a concessão de tanto poder ao Parquet atenta contra a ampla defesa pela ausência de paridade de armas. Da maneira como estava no projeto original, praticamente seria enterrada qualquer possibilidade de equilíbrio processual. O acusado, que por natureza já se encontra em uma posição de vulnerabilidade no bojo de uma acusação criminal, não teria garantido nem mesmo o direito de conhecimento amplo do acervo probatório que a acusação pudesse ter contra ele. Entendemos, portanto, que há uma clara afronta a *voluntariedade*, requisito indispensável para qualquer acordo. O órgão acusador em uma posição superior de barganha poderia chantagear o acusado, com base em futuras provas, que nem mesmo saberia se seriam produzidas (Martinelli; Silva, 2022, p. 63).

Os advogados de defesa, de forma semelhante, são menos propensos a investigar adequadamente os casos, sabendo que seus clientes quase certamente aceitarão um acordo. Tal contexto incentiva o redirecionamento do sistema judiciário a uma perspectiva de produtividade, voltada às taxas de conclusão de casos (Criminal Justice Section, 2023, p. 7).

A pesquisa mostra, ainda, que o *plea bargain* promove e agrava a desigualdade racial existente no sistema. Em crimes de drogas, por exemplo, acusados negros têm menos probabilidade de receber ofertas favoráveis e, como resultado, recebem penas mais longas pelas mesmas acusações de um acusado branco. No âmbito da *pretrial detention* (medida que se aproxima à prisão cautelar em nosso ordenamento), acusados negros têm maior probabilidade de serem mantidos encarcerados, aguardando por um julgamento, coagindo-os, pela espera, à declaração de culpa (Criminal Justice Section, 2023, p. 6-7).

Importante contextualizar, ainda que brevemente, o contexto do cárcere estadunidense.

A década de 80 foi marcada pelo hiperencarceramento, nesse caminhar, raça e classe foram elementos que fundamentaram o movimento da seletividade penal (Wacquant, 2015), que, até hoje<sup>17</sup>, tem suas consequências enraizadas no sistema. Desse modo, a repressão do estado é adotada como estratégia legitimadora das políticas de instabilidade social, bem como do Estado em si — justificando que o “paternalismo punitivo” recaia sobre os pobres insubordinados que necessitam de administração por meio da força (Wacquant, 2015). A título ilustrativo, tem-se que

[...] a Califórnia votou, apenas na década de 1980, quase mil leis para ampliar o recurso a sentenças prisionais; ao nível federal, a reforma de 1996 que “acabou com o bem-estar social da maneira que nós o conhecemos” foi complementada pelo abrangente *Violent Crime Control and Law Enforcement Act*, de 1993, e reforçada pelo *No Frills Prison Act*, de 1995 (que fundamenta a expansão do sistema prisional e elimina incentivos à reabilitação) (Wacquant, 2015, p. 9).

<sup>17</sup> A respeito, recomenda-se *A 13ª Emenda*, documentário dirigido por Ava DuVernay, em que “estudiosos, ativistas e políticos analisam a correlação entre a criminalização da população negra dos EUA e o *boom* do sistema prisional do país” (A 13ª emenda, 2016).

E, mais adiante, o autor comenta que, após

[...] 1988 e sobretudo após a abolição da Assistência a Famílias com Filhos Dependentes (AFDC - Aid to Families with Dependent Children), em 1996, o propósito operativo da assistência social deslocou-se do “processamento passivo de pessoas” à “mudança ativa de pessoas”, enquanto a prisão trafegava na direção contrária, deixando de ter como alvo a reforma dos internos (com base na filosofia da reabilitação, hegemônica desde os anos 1920 até meados dos anos 1970) e passando simplesmente a armazená-los (visto que a função de punição foi rebaixada até se equiparar às funções de castigo e neutralização) (Wacquant, 2015, p. 16).

Para além da perspectiva dos Estados Unidos, há de se perceber que

[...] a tradição em que está lançado o intérprete condiciona a ação dos atores jurídicos e a produção de normas, bem como dos já mencionados condicionamentos históricos, culturais, ideológicos e mercadológicos à criminalização tanto primária (escolha das condutas a serem criminalizadas) quanto secundária (escolha das pessoas que vão se submeter à persecução penal), para se compreender o Sistema de Justiça Criminal deve-se partir de uma constatação: nem todos os que praticam condutas antissociais, ou mesmo condutas selecionadas pelo legislador como criminosas, serão investigados, processados e condenados por seus atos. Muitos praticam crimes e sequer têm consciência disso. Outros praticam crimes e tomam várias cautelas para jamais serem descobertos. A seletividade é a marca do Sistema de Justiça Criminal, de qualquer Sistema de Justiça (Casara, 2017, p. 53).

Assim, em razão da barganha, o nexo de direitos fundamentais e a eventual possibilidade de dispor de algumas prerrogativas processuais é alterado. Retomando a discussão suscitada anteriormente, no tocante à (im)possibilidade de se negociar a culpa, Alexandre Morais da Rosa (2017, p. 314) resume a questão sob duas perspectivas:

- a) se o leitor compreender a presunção de inocência e direito ao processo como direitos fundamentais, indisponíveis, será impossível negociar-se culpa e pena. Logo, por exemplo, adiante, por dever de coerência, não poderá aceitar a negociação [...], justamente porque o caso penal seria inegociável.
- b) se compreender como normas disponíveis (presunção de inocência e direito ao processo), não poderá invocar boa parte da tradição continental de Direito processual penal, e deverá compreender como privilégios, portanto, disponíveis.

Acerca da primeira concepção indicada por Morais da Rosa, parte-se da prerrogativa de que os princípios são absolutos e inafastáveis, porquanto sustentam o sistema de justiça criminal. Esse caráter constitutivo, quando desrespeitado, viola, diretamente, o princípio do devido processo legal (Ramos, 2006).

De outro modo, quando nos voltamos à segunda,

Ao conferir um direito, ou privilégio, ou prerrogativa, ao imputado, reconhecem que um certo mandamento foi concebido no seu estrito interesse. Em outras palavras, reconhecem que o enunciado é programático, que o sistema de justiça criminal pode viver sem o respeito a ele, se for da vontade do imputado dele abrir mão. A essa característica da faculdade, ou direito, se chama de “desistibilidade” (*waivability*) (Ramos, 2006, p. 110-111).

Mesmo que seja difícil argumentar a coexistência dessas duas perspectivas em um mesmo ordenamento jurídico, fato é que a lógica da eficiência, advinda da *common law*, faz parte da realidade brasileira. Portanto, haja vista as “incongruências e inconsistências do modelo importado sem a respectiva adaptação” (Morais da Rosa, 2017, p. 312), faz-se necessário analisar a justiça negociada no ordenamento pátrio, sob o enfoque do ANPP.

### 3.3. A justiça penal negociada no ordenamento pátrio

O acordo de não persecução penal é o mais novo mecanismo de ampliação do espaço de consenso previsto em nosso sistema jurídico. Tal meio mitiga o princípio da obrigatoriedade da ação penal, o qual preconiza o oferecimento da denúncia quando cumpridas as condições da ação de iniciativa pública (*fumus commissi delicti*, punibilidade concreta e justa causa).

A relativização desse dever, porém, vem ganhando força nas legislações extravagantes desde antes do Pacote Anticrime. Citam-se, por exemplo, a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas previstas pela Lei dos Juizados Especiais (Lei n. 9.099/1995); a superveniente Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013), a qual positivou a delação premiada; e o acordo de leniência, incluído pela Lei n. 12.846/2013.

Desses mecanismos, a transação penal e a suspensão condicional do processo são os que “[...] aderem cristalinamente ao desenho conceitual da justiça criminal” (Vasconcellos, 2018, p. 29), porquanto caracterizados pela concordância do investigado em aceitar a acusação formulada contra ele. Todavia, nesses não há confissão formal ou reconhecimento de responsabilidade. Logo, diante da concordância em cumprir com as obrigações acordadas, o investigado evita o transcorrer regular do processo ou, ainda, a própria instauração do mesmo.

Ademais, outro paralelo interessante entre o ANPP e a transação penal, é a ausência da efetiva persecução. Ou seja, quando firmados, ambos institutos são formalizados por decisões homologatórias — e não condenatórias. Corroborando com tal entendimento, citam a jurisprudência do STF acerca da transação penal, tanto na edição da súmula vinculante 35<sup>18</sup>, como no julgamento do RE 795.567<sup>19</sup>, em 2015 (Martinelli; Silva, 2022).

<sup>18</sup> A redação da Súmula Vinculante 35 diz 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” (Brasil, 2015).

<sup>19</sup> Do acórdão, extrai-se: “As consequências jurídicas extrapenais previstas no art. 91 do Código Penal são decorrentes de sentença penal condenatória. Tal não ocorre, portanto, quando há transação penal (art. 76 da Lei 9.099/1995), cuja sentença tem natureza meramente homologatória, sem qualquer juízo sobre a responsabilidade criminal do aceitante. As consequências geradas pela transação penal são essencialmente aquelas estipuladas por modo consensual no respectivo instrumento de acordo” (RE 795.567, rel. Min. Teori Zavascki, j. 28-5-2015)

Nesse sentido, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM) reforçaram tal caráter não punitivo por meio de enunciados interpretativos da Lei Anticrime, emitido pela sua Comissão Especial.

Dentre esses, cita-se o de número 25, o qual dispõe:

O acordo de não persecução penal não impõe penas, mas somente estabelece direitos e obrigações de natureza negocial e as medidas acordadas voluntariamente pelas partes não produzirão quaisquer efeitos daí decorrentes, incluindo a reincidência (Brasil, 2020).

O avanço da Justiça Penal negociada no ordenamento brasileiro é, portanto, fato inegável. Todavia, em um rumo diferente dos institutos previstos pela Lei dos Juizados Especiais — os quais apresentam pouco espaço para efetiva negociação *intra partes*, sendo um procedimento realizado, por norma, perante um conciliador ou o juiz —, no âmbito do ANPP, há rodadas negociais a serem realizadas fora de uma audiência, haja vista o papel meramente homologador do magistrado (que, na redação legal, seria o Juiz das Garantias) (Lopes Jr., Pinho e Moraes da Rosa, 2021).

A lógica da barganha é a base desse mais recente instituto do sistema negocial brasileiro e, assim sendo, sua definição se mostra necessária. Em linhas gerais, a barganha é um mecanismo processual que resulta na renúncia ao exercício da defesa. Isso ocorre através da anuência (e possivelmente da colaboração) do réu com o órgão acusatório — implicando, em regra, na confissão do agente à prática delitiva, em troca de algum benefício (normalmente o abatimento da pena) (Vasconcellos, 2015).

São elementos essenciais da barganha: (i) a renúncia ao exercício da defesa, o que mina a convencional postura contestatória e de resistência por parte do acusado; (ii) uma punição antecipadamente imposta ao agente; (iii) a esperança do mesmo em: (iii.i) obter algum benefício em troca de seu consentimento; ou (iii.ii) em evitar a própria punição devido ao exercício de seus direitos (Vasconcellos, 2015).

Quanto à presença desse mecanismo no processo penal brasileiro, traz-se:

A barganha é inerente à vida econômica e significa um novo modo de pensar o processo penal, na via do acordo de não persecução. Tentar encaixar a barganha nas categorias clássicas do processo penal brasileiro é o erro lógico de abordagem. Será preciso obter novos pressupostos para compreensão, especialmente no tocante à distinção entre “direitos fundamentais” e “privilégios”, já que a disponibilidade da ação penal e o do direito (e não dever) ao processo serão os pressupostos ao estabelecimento do mercado da barganha (Lopes Jr., Pinho; Moraes da Rosa, 2021, p. 18).

A partir da exposição acima referenciada, sob a ótica da atividade negocial, o processo é interpretado como um direito disponível e, assim sendo, passível de renúncia. Dessa forma, faz-se necessário repensar o processo penal, porquanto seus princípios (como ação e processo) não são aplicáveis à lógica mercado — coexistente ao sistema tradicional (Morais da Rosa, 2017). Na perspectiva da Justiça Penal Negociada, se estabelece um novo Processo Penal, o qual se funda no consenso, boa-fé, lealdade e autonomia privada (Mendonça, 2017, *apud* Walter da Rosa, 2022).

Logo, indispensável refletir qual tipo de sistema processual a justiça negociada encontra respaldo: no acusatório ou inquisitivo?

Historicamente, o sistema acusatório predominou até o início do século XII, quando, aos poucos, foi substituído pelo modelo inquisitório. Tal sistema prevaleceu em uma parcela significativa dos países europeus até o final do século XVIII, quando movimentos político-sociais clamaram por mudanças.

No âmbito brasileiro, a doutrina majoritária, defende que o sistema contemporâneo é misto, em que o inquisitório<sup>20</sup> predomina na fase pré-processual, enquanto o sistema acusatório<sup>21</sup> prepondera na processual (Lopes Jr., 2023b).

Todavia, o autor menciona a insuficiência da afirmação de um “sistema misto” porquanto considera reducionista tal afirmação, na medida em que inexistem sistemas puros. Assim, o questionamento atual e necessário versa sobre o núcleo dessa organização, sobre qual “[...] o princípio informador de cada sistema, para então classificá-lo como inquisitório ou acusatório” (Lopes Jr., 2023b, p. 20). A respeito dessa essência, destaca que a análise deve recair sobre a gestão da prova: se tal é o ônus é do juiz (sistemática inquisitiva) ou das partes (seara acusatória). Assim, considera falha a ideia de que a simples separação das funções de acusar e julgar seria fundante do sistema acusatório.

---

<sup>20</sup> Em resumo, dentre as características do sistema inquisitório, citam-se: “gestão/iniciativa probatória nas mãos do juiz (figura do juiz-ator e do ativismo judicial = princípio inquisitivo); ausência de separação das funções de acusar e julgar (aglutinação das funções nas mãos do juiz); violação do princípio *ne procedat iudex ex officio*, pois o juiz pode atuar de ofício (sem prévia invocação); juiz parcial; inexistência de contraditório pleno; desigualdade de armas e oportunidades” (Lopes Jr., 2023b, p. 21).

<sup>21</sup> Por sua vez, a forma acusatória é caracterizada pela: “a) clara distinção entre as atividades de acusar e julgar; b) a iniciativa probatória deve ser das partes (decorrência lógica da distinção entre as atividades); c) mantém-se o juiz como um terceiro imparcial, alheio a labor de investigação e passivo no que se refere à coleta da prova, tanto de imputação como de descargo; d) tratamento igualitário das partes (igualdade de oportunidades no processo); e) procedimento é em regra oral (ou predominantemente); f) plena publicidade de todo o procedimento (ou de sua maior parte); g) contraditório e possibilidade de resistência (defesa); h) ausência de uma tarifa probatória, sustentando-se a sentença pelo livre convencimento motivado do órgão jurisdicional; i) instituição, atendendo a critérios de segurança jurídica (e social) da coisa julgada; j) possibilidade de impugnar as decisões e o duplo grau de jurisdição” (Lopes Jr., 2023b, p. 21).

Para Jacinto Coutinho (2010), “a escolha do sistema é política: ou se permite ao juiz buscar o conhecimento ou faz com que as partes levem o conhecimento ao juiz. Esta é a diferença fundamental entre os sistemas inquisitorial e acusatório”.

Acerca do ordenamento nacional, Moraes da Rosa ilustra sua crítica da seguinte forma: “no campo do Processo Penal, o Brasil é uma ilha inquisitiva no oceano acusatório”, dotado de inconsistências e dificuldades em compreender democraticamente os lugares e funções dos agentes que atuam no processo (Lopes Jr., Pinho e Moraes da Rosa, 2021, p. 17).

Quanto à separação de quem julga e quem acusa, Casara ressalta que:

[...] a divisão de funções entre o Estado-juiz, que deve ser imparcial (e, portanto, afastado de toda atividade persecutória), e o Estado-acusador, órgão que, apesar de parcial, deve atuar de forma impessoal e comprometida com a legalidade estrita, é o mais importante elemento constitutivo do chamado sistema processual acusatório, em que as funções de acusar, defender e julgar cabem a órgãos distintos e independentes. Mas, como já se viu, na pós-democracia há uma verdadeira confusão e/ou promiscuidade entre o acusador/fiscal e o juiz, o que faz com que, em um grande número de casos, atuem em conjunto contra o réu, na tentativa de confirmar a hipótese acusatória (Casara, 2017, p. 68).

De igual modo, Vasconcellos entende que a negociação, no âmbito criminal, não é compatível com o modelo acusatório, pois as figuras do acusador e julgador se confundem: o representante do Ministério Público, cabendo a ele o oferecimento do acordo, excede seu papel original; o juiz, a seu turno, ficaria com o ônus formal de homologação do pacto (Vasconcellos, 2015).

Em razão da atual tendência da justiça negociada, há uma redução da rigidez das garantias fundamentais — sendo essas essenciais ao sistema acusatório. Assim, percebe-se que os institutos negociais colocam o acusado num simples estado de “objeto de intervenção”, o distanciando de sua posição como sujeito de direitos (Melo, Sampaio; Ribeiro, 2021). Tal desrespeito, consoante Ana Carolina Filippin Stein, tem o poder de encerrar prematuramente a partida, invalidando todo o percurso até então percorrido (Stein, 2022).

Caso essas regras não estejam claramente estabelecidas, isso pode levar a um conflito sem limites claramente definidos. Nesse contexto, emerge o receio de enfrentar uma investigação ou processo: o temor do cidadão diante das ações do Estado; sua falta de recursos; a vulnerabilidade ao lidar com questões relacionadas à sua inocência e liberdade (Stein, 2022).

Anitua (2017), por sua vez, destaca que a sistemática da justiça consensual adota os dois elementos basilares do modelo inquisitivo: o sigilo e a confissão. Assim, embora se trate de uma “importação” de um sistema voltado ao modelo processual acusatório, o paralelo feito por muitos autores entre tal modelo e as técnicas mais tradicionais do sistema inquisitivo, não é infundada.

A negociação demanda um processo acelerado, o que, por sua vez, impede a produção de provas sob o escrutínio judicial contraditório. Assim, outro aspecto da cultura inquisitorial é reinvocado: a supervalorização da confissão e das atividades de investigação, especialmente aquelas conduzidas no inquérito policial, sem oportunidade de contraditório, limitando a defesa e a publicidade, por exemplo (Lopes Jr., 2021).

Isso tudo evidencia que o argumento da negociação ser uma característica do sistema acusatório, é falacioso. Na realidade, o que sucede é o contrário: "ela se encaixa perfeitamente na estrutura inquisitória brasileira" (Lopes Jr., 2021, p. 5).

Após terem sido levantadas algumas discussões doutrinárias, bem como apresentados os dilemas jurídicos e tecidas as comparações pertinentes, encerra-se o terceiro capítulo desta monografia.

Na próxima e última etapa do trabalho, tratar-se-á da problemática da (ir)retroatividade. Diante das divergências na aplicação do art. 28-A do Código de Processo Penal, bem como das constantes mutações nos pronunciamentos dos tribunais superiores, busca-se esmiuçar a seguinte problemática: caso o acordo de não persecução penal seja instituto passível de retroagir, qual o limite temporal para tal efeito?

#### 4. A (IR)RETROATIVIDADE DO ART. 28-A DO CPP

Nesta última etapa do trabalho, alguns conceitos e entraves abordados nos capítulos anteriores, serão ratificados. Pretende-se, com isso, adentrar nos fundamentos jurídicos que substanciam as decisões proferidas nos Tribunais de Vértice.

A relação doutrina-jurisprudência opera sobre uma lógica simbiótica, sendo inevitável a retomada de alguns contextos. Ademais, a ementa de alguns acórdãos e votos foram colocados ao trabalho para fins didáticos e apreciativos, já que, no âmbito do acordo de não persecução, teoria e prática percorrem caminhos tortuosos, nem sempre paralelos.

Entre o ideal do ANPP e a realidade, um dilema se escancara: a (im)possibilidade de se aplicar o instituto retroativamente. O olhar não restritivo beneficiaria o grande número de pessoas já inseridas no sistema prisional brasileiro, abarcando desde presos provisórios até indivíduos condenados com sentenças definitivas. Todavia, dentre outras razões que serão debruçadas neste capítulo, tal resistência vai ao encontro da recomendação do Ministério Público<sup>22</sup>, de que o acordo se aplica somente a situações futuras, deixando de fora aqueles que foram acusados de crimes cometidos antes da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (Bem; Fuziger, 2022).

Falando em inovações estritamente processuais no âmbito penal, há de se observar as regras da imediatidade e da irretroatividade. Essas serão aplicadas assim que haja a entrada em vigor da lei que as previu, independente da fase em que se encontram os processos. Quanto aos atos praticados sob a égide da lei antiga, os mesmos continuam válidos, não tendo o que se falar em renovação (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022).

Assim, a nova regra “incidirá sobre o processo em curso desde que a etapa ou ato a que se refere já não tenha sido superado sob a vigência da lei antiga. Acaso já ocorrido o ato, prevalece o regime anterior; se ainda pendente de realização, reger-se-á pela lei nova” (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022, p. 147). Isso, no âmbito das normas processuais penais puras, conforme estudado na primeira parte deste trabalho.

Há, também, a possibilidade de que as próprias inovações legislativas prevejam critérios à sucessão temporal da lei processual. Exemplificando, Guimarães; Régnier e Guaragni (2022) citam a Lei de Introdução ao Código de Processo Penal (Decreto-lei n. 3.931/1941) que estabeleceu ressalvas específicas aos processos já em trâmite; e o art. 90 da Lei dos Juizados

---

<sup>22</sup> "Enunciado nº 20 - Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia" (Brasil, 2020).

Especiais (Lei n. 9.099/1995) o qual definiu a inaplicabilidade da norma aos processos cuja fase instrutória havia iniciado.

Todavia, a presença de normas de transição à sucessão de leis processuais no tempo não é a regra. Quando silente, há de se observar os critérios definidos no art. 5º XI, da CF/1988<sup>23</sup> e os art. 2º do Código de Processo Penal<sup>24</sup> e do Código Penal<sup>25</sup>. No caso da Lei n. 13.964/2019, em especial no tocante ao ANPP, o legislador não previu regra de transição e tampouco concedeu amplo período para discussão sobre a (ir)retroatividade do instituto.

A respeito, pontua-se que a

[...] lei "anticrime" deu um passo demasiadamente largo — quiçá inconsequente —, pois não dimensionou o tamanho do problema que a interpretação da *novatio legis in melius* gerará ao Poder Judiciário. A norma de aplicação da medida restritiva antecipatória torna possível a celebração do negócio jurídico em qualquer fase processual, uma vez que não foi estipulado pelo legislador um regramento de transição (Wunderlich e Vieira Neto, 2020).

O período de *vacatio legis*, foi fixado em 30 dias, “ao arrepio de todas as orientações disciplinadas na Lei Complementar n.º 95/1998, que exige do legislador bom senso no momento de fixar o tempo entre a publicação e a vigência da lei”, na medida que cabe a esse observar a complexidade da matéria quando definir tal vacância (Gurgel e Mantiole, 2022).

O prazo tem como finalidade, para além do próprio conhecimento das inovações, a compreensão de seu sentido e extensão. No tocante à retroatividade do ANPP, os dois últimos objetivos não foram cumpridos, suscitando inúmeros questionamentos e múltiplas aplicações de seu instituto (Schmitt de Bem e Martinelli, 2022), em especial, dadas as discrepantes teses acerca da sua natureza, abordadas na primeira parte do trabalho (capítulo 2).

A complexidade da celeuma leva-nos a subdividi-la. Para fins didáticos, as opiniões serão fragmentadas em grupos e subgrupos e, diante desse arranjo, passar-se-á à análise dos fundamentos que sustentam cada uma das teorias. Pauta-se, em especial, na segmentação apresentada por Bem e Martinelli (2022), sobre a qual os variados argumentos colhidos na pesquisa serão incluídos.

<sup>23</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu; [...]” (Brasil, 1988).

<sup>24</sup> “Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (Brasil, 1941).

<sup>25</sup> “Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (Brasil, 1984).

O resultado ora apresentado está baseado na consulta realizada em decisões do STJ, considerando o intervalo de 01/01/2023 a 30/06/2023 (essa última como data de publicação, não de julgamento). A preferência pelo referido Tribunal dá-se na medida em que é o responsável por unificar a jurisprudência, sanando dúvidas interpretativas acerca de leis infraconstitucionais.

Os termos buscados foram “ANPP” e “acordo de não persecução penal”, gerando um total de 102 decisões. A escolha das mesmas foi feita quando presente a análise dos Ministros a respeito do cabimento do instituto. Assim, excluídas aquelas que se limitavam à admissibilidade recursal, abstenção por risco de supressão de instância, falta de prequestionamento, etc.

Depuradas essas providências, os fundamentos foram divididos conforme o resumo apresentado abaixo. Com a indicação em seus respectivos tópicos, buscou-se mesclar as teses doutrinárias com a jurisprudência recente.

A primeira indagação suscita se o acordo de não persecução penal pode retroagir aos casos já em trâmite quando da entrada em vigência da norma —, cuja resposta, antecipa-se, perpassa o não (item 4.1), o sim (item 4.2) e o talvez (item 4.2, letras “a” a “d”). Ademais, graças à última hipótese, o quesito se desdobra na (in)existência de um limite temporal ao efeito retroativo. Em suma, as teses são as seguintes:

1. Irretroatividade do ANPP
2. Retroatividade do ANPP
  - a. Até o recebimento da denúncia
  - b. Desde que não haja sentença
  - c. Mesmo em grau de recurso, antes do trânsito em julgado
  - d. Após o trânsito em julgado
    - i. Na fase de execução
    - ii. Ainda que já cumprida a pena

Dessas possibilidades, algumas têm mais respaldo na seara judicial, outras apenas constituem discussões doutrinárias. Não obstante a formação de uma tendência de julgamento, as demais teses mostram-se igualmente interessantes para se pensar além da prática — pois, como consabido, essa é mutante e, nem sempre, a mais “justa”. Logo, inicia-se o estudo com a teoria mais restritiva.

#### 4.1. Irretroatividade do ANPP

A respeito da posição pela irretroatividade do acordo de não persecução, alguns dos argumentos que a sustenta pautam-se na (i) natureza processual da norma; (ii) que tal medida contraria a finalidade do instituto; e na (iii) ausência da confissão do acusado (somado à impossibilidade de sanar tal carência).

Inicialmente, reitera-se que o tema da (ir)retroatividade da natureza do art. 28-A do CPP já foi debatido na primeira parte do trabalho. Assim sendo, o debate não será invocado neste momento, tão somente analisar-se-á as consequências na aplicação do acordo, sob a perspectiva de ser uma norma meramente instrumental.

Importante consignar, contudo, que os defensores de uma natureza processual pura da lei, constituem corrente minoritária. Nesse caminhar, seus simpatizantes aplicam a regra do art. 2º do Código de Processo Penal que substancia o princípio *tempus regit actum* — de modo que o ANPP não teria efeito retroativo, sendo sua aplicação imediata (Bem; Martinelli, 2022).

O que, por vezes, tem-se no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, é a menção a tal entendimento, seguido de uma análise do caso concreto, quando observam o momento em que foi recebida a denúncia (argumento que substancia o item 4. 2.a)<sup>26</sup>. A título ilustrativo:

PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO. PLEITO DE OFERECIMENTO DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. SENTENÇA PROLATADA. ACÓRDÃO PUBLICADO, MARCHA PROCESSUAL AVANÇADA. PRECEDENTES. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - A Lei n. 13.964/2019 (com vigência superveniente a partir de 23/01/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do *tempus regit actum* - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior." II - Corroborando, o col. Supremo Tribunal Federal: "Nos termos do art. 2º do Código de Processo Penal, a lei adjetiva penal tem eficácia imediata, preservando-se os atos praticados anteriormente à sua vigência, isso porque vigora, no processo penal, o princípio 'tempus regit actum' segundo o qual são plenamente válidos os atos processuais praticados sob a vigência de lei anterior, uma vez que as normas processuais penais não possuem efeito retroativo" (AI n. 853.545 AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 11/03/2013i). III - [...] (AgRg no REsp n. 2.004.069/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023. Grifos nossos) (Brasil, 2023).

Há, ainda, decisões que sustentam o caráter “predominantemente” processual do ANPP. Tal medida denota uma perspectiva menos estrita sobre a natureza do art. 28-A do CPP, mas,

<sup>26</sup> Nesse sentido: AgRg no REsp 1977203/SP; AgRg no REsp 2048652/SC; AgRg no AREsp 2035678/PR; AgRg no REsp 2045717/MS; AgRg no HC 628275/SP (Brasil, 2023).

de qualquer modo, os Ministros concluem pela irretroatividade quando já recebida a denúncia, dada a “razão de ser do instituto”.

Diferente do que se tem com normas híbridas de “prevalente conteúdo material”, no acordo há de se observar o limite à fase pré-processual da *persecutio criminis*<sup>27</sup>. Nesse sentido, tem-se: AgRg no REsp 2024715/MS, AgRg no REsp 2025469/SP, AgRg no HC 797322/SC e AgRg no REsp 2041360/SP (Brasil, 2023).

Acerca dessa “razão de ser” do art. 28-A do CPP, volta-se ao entendimento da irretroatividade, dado o risco de se desvirtuar a finalidade do instituto. Tal argumentação também é adotada como justificativa aos defensores do item 4.2.a, ou seja, que o instituto pode retroagir, contanto que ainda não recebida a denúncia<sup>28</sup>. Logo, pertinente entender o que, aos olhos do Superior Tribunal de Justiça, seria o objetivo do ANPP:

**[...] O acordo de não persecução penal foi instituído com o propósito de resguardar tanto o agente do delito, quanto o aparelho estatal, das desvantagens inerentes à instauração do processo-crime em casos desnecessários à devida reprovação e prevenção do delito.** Para isso, o Legislador editou norma despenalizadora (28-A, caput, do Código de Processo Penal) que atribui ao Ministério Público o poder-dever de oferecer, segundo sua discricionariedade regrada, condições para o então investigado (e não acusado) não ser denunciado, caso atendidos os requisitos legais. Ou seja, o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente em hipótese na qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia, aplica-se ainda na fase pré-processual e, evidentemente, consubstancia hipótese legal de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. 2. **Não há previsão legal de que a oferta do ANPP seja formalizada após a instauração da fase processual. Para a correta aplicação da regra, há de se considerar o momento processual adequado para sua incidência, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. É por isso que a consequência jurídica do descumprimento ou da não homologação do acordo é exatamente a complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia, nos termos dos §§ 8.º e 10 do art. 28-A do Código de Processo Penal, e não o prosseguimento da instrução.** [...] (AgRg no HC n. 762.049/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 17/3/2023.)

[...] O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2016, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. 4. **Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.** Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 5. **Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes**

<sup>27</sup> Consoante o precedente: AgRg no REsp n. 2.025.469/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023.

<sup>28</sup> Em consonância, têm-se os seguintes julgados: REsp 1874525/SC; AgRg no AREsp 2347087/SC; AgRg no REsp 2055481/SC; AgRg no AREsp 2310079/RJ; AgRg no REsp 2038578/CE; AgRg no REsp 2011688/SC; AgRg no REsp 2001601/SP; AgRg no REsp 1911512/PR; REsp 1978078/SP; AgRg no REsp 1912425/PR; AgRg no REsp 2037768/SP (Brasil, 2023).

**cometidos antes da sua entrada em vigor - princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência - princípio *tempus regit actum* -, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador.** [...] (AgRg no HC n. 782.272/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 17/2/2023. Grifos nossos).

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO TENTADO EM DETRIMENTO DE ENTIDADE DE DIREITO PÚBLICO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM MOMENTO ANTERIOR À ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. DESCABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior de Justiça firmou o entendimento de que "a retroatividade do art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, se revela incompatível com o propósito do instituto, quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias. Precedentes" (AgRg no REsp n. 1.993.232/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 13/5/2022). [...] 3. Cumpre enfatizar que o instituto tem aplicação pré-processual, pois, nos termos do art. 28-A, caput, do CPP, destina-se a investigado que, encontrando-se em situação de justa causa para oferecimento da denúncia, confessa a prática do delito e se sujeita a certas condições, cujo descumprimento leva justamente à retomada do curso da persecução penal com o oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 10, do CPP). 4. **Além disso, percebe-se que o instituto visa primordialmente atender aos princípios da eficiência, da celeridade e da economia processuais por meio da mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Estando o feito já sentenciado e com condenação confirmada em segundo grau, hipótese dos autos, esvaziam-se o sentido e os fins do instituto.** 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 2.044.433/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023. Grifos nossos).

Portanto, os objetivos do instituto, à luz dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, vão no sentido do que já foi apresentado neste trabalho: defendem a eficiência, a celeridade, o resguardo do aparelho estatal e do agente na não instauração de um processo. Todavia, não obstante indiquem o propósito de desonerar o indivíduo do estigma de um processo-crime, tão logo se encerra a etapa investigativa (e, nessa medida, iniciada a jurisdicional), esvaziada qualquer prerrogativa do agente. Em fins práticos, o benefício do polo passivo é subsidiário ao interesse econômico-processual do Estado.

O “resguardo do indivíduo” como argumenta parte dos votos dos Ministros, se mantém mesmo em uma aplicação retroativa da norma. Isso, pois, o estigma advindo de uma sentença condenatória é ainda mais degradante do que o próprio trâmite processual.

É contraditório considerar doloso apenas o processo penal e não a sua mais grave consequência: o estigma de ser declarado culpado pelo Estado e perante toda sociedade. Ao evitar a imposição de uma pena, também se diminui o período em que o indivíduo é considerado acusado pelo sistema de justiça, o que por si só evidencia o caráter benéfico da abordagem. Insustentável, portanto, a lógica de irretroatividade pelo simples risco de desvirtuar essa perspectiva do art. 28-A, CPP.

Por fim, parte da doutrina defende ser impossível aplicar o instituto quando o agente não confessou à prática delitiva. Assim, o oferecimento do acordo, consoante AgRg no HC

813496/SP, “depende da confluência de fatores elencados no art. 28-A do Código de Processo Penal, dentre os quais, a confissão formal e circunstancial da prática da infração penal” (Brasil, 2023), de modo que a jurisprudência do STJ, na análise recursal<sup>29</sup>, não admite a abertura de prazo para que haja o cumprimento desse requisito.

Há quem vá mais longe: defensores de que a confissão tem de ser extrajudicial, ainda que favoráveis à retroatividade do art. 28-A do CPP. Ou seja, o efeito retroativo só seria possível caso todos os requisitos, no estado em que se encontra o processo, estivessem cumpridos. Consideram incabível a abertura de nova oportunidade à confissão, pois, caso

[...] aberta a possibilidade de confessar em etapa distinta daquela prevista no art. 28-A, criar-se-ia situação desigual: enquanto os sujeitos ativos de crimes praticados após a lei só podem se beneficiar confessando durante a investigação, antes da *opinio delicti*, não tendo a chance de fazê-lo quando já denunciados ou sentenciados, os praticantes de crimes anteriores à lei teriam as oportunidades de confissão ampliadas. Isto quebra a isonomia, que é justamente o motivo da retroatividade da lei melhor, já aludido - e por isso tão central (Guimarães; Régner; Guaragni, 2022, p. 162 e 163).

Todavia, tal posicionamento preclusivo acerca da confissão não encontra respaldo na jurisprudência do STJ. Consoante AgRg no HC 762049/PR<sup>30</sup>, quando “configuradas as demais condições objetivas, a propositura do acordo não pode ser condicionada à confissão extrajudicial, na fase inquisitorial” (Brasil, 2023).

Portanto, essas são as principais considerações quando falamos de irretroatividade no ANPP. Apesar de formar um grupo minoritário, vê-se que seus argumentos são utilizados no corpo das ementas do STJ — ainda que seja para concluir por um direcionamento diverso, como da retroatividade com limite temporal, tema que será abordado a seguir.

## 4.2. Retroatividade do ANPP

Constitui corrente majoritária aqueles que defendem a natureza híbrida do art. 28-A do CPP e, por via da consequência, advocam pelo efeito retroativo do instituto. Para além de um mecanismo diverso à pena, o ANPP possibilita a extinção da punibilidade, de modo que o “caráter material ganha destaque e, por ser mais benéfica, deve retroagir para alcançar os fatos praticados preteritamente a sua promulgação” (Bem; Martinelli, 2022, p. 124).

Versando, também, sobre um conteúdo material, essa medida permite adotar uma “discussão de possibilidade ou não de punir o sujeito, operando, em seu conteúdo, sob a chave ‘punível-não punível’, o que é característico de regras de natureza penal material” (Guimarães;

<sup>29</sup> Nesse sentido, ainda: AgRg nos EDcl no REsp 2048216/SP (Brasil, 2023).

<sup>30</sup>O qual faz referência ao HC n. 657.165/RJ, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe 18/08/2022 (Brasil, 2022).

Régnier; Guaragni, 2022, p. 162). Assim, o campo de liberdades do agente, em tese, se amplia. Tal alargamento configura a presença de uma lei penal mais benéfica, ensejando em uma aplicação retroativa do instituto.

Nesse sentido, oportuno questionar o motivo pelo qual há retroatividade da lei posterior mais benéfica:

*A ratio* da retroatividade da lei mais benéfica radica no princípio da igualdade - inclusive em seu esteio constitucional (art. 5º, I). A meta é produzir isonomia de tratamento. No âmbito do C. STF o fundamento tem sido empregado em votos do Min. LUIZ FUX, v.g. STF HC 119067 MC/PR — PARANÁ, MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS, Julgamento: 28/08/2013: “O princípio da isonomia impede que dois sujeitos sejam apenados de forma distinta apenas em razão do tempo em que o fato foi praticado, porquanto a valoração das condutas deve ser idêntica antes e depois da promulgação da lei, exceto nos casos em que a legislação superveniente seja mais gravosa (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022, p. 141-142).

Havendo um alívio no tratamento penal sobre uma conduta típica, aqueles que praticaram e ainda esperam por uma decisão penal; ou já executam a sentença —, devem ser contemplados com a nova perspectiva (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022). Logo, superada a questão da intertemporalidade, abordam-se as consequências de se considerar o ANPP um instituto dotado de efeito retroativo. A celeuma, nesta próxima parte, versa a respeito do possível limite temporal a essa repercussão.

#### **4.2. a. Retroatividade até o recebimento da denúncia**

A primeira baliza aos efeitos retroativos do art. 28-A do CPP se dá no momento em que recebida a denúncia. Essa hipótese é a corrente majoritária no âmbito do STJ. Inclusive, trata-se de questão submetida ao rito dos recursos repetitivos. O Tema Repetitivo n. 1098, ficou delimitado nos seguintes termos: “(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia” (Brasil, 2021).

Foram afetados dois processos, indicados como representantes da controvérsia, o REsp 1.890.344/RS (em que o recorrido foi condenado pelo crime de apropriação indébita previdenciária) e REsp 1.890.343/SC (réus condenados por fraude eletrônica, na modalidade tentada). Na hipótese, o ministro não interrompeu o trâmite processual dos demais,

[...] visto que a questão será levada a julgamento com brevidade. O tema relativo à possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal em processos que tiveram início antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 e ainda não transitaram em julgado é extremamente sensível e de urgência ímpar, uma vez que está relacionado ao direito fundamental de liberdade (Brasil, 2021).

Não obstante o pronunciamento, a afetação deu-se em junho de 2021 e, até o término deste trabalho, a controvérsia não foi sanada.

Voltando aos casos submetidos a Quinta e Sexta Turma do STJ, denota-se que diversos são os argumentos adotados pelos Ministros para embasar suas decisões —, por vezes, até mesmo, contraditórias em fundamentos e conclusão<sup>31</sup>. Todavia, prevalece o entendimento de que o ANPP pode ser oferecido e homologado aos atos praticados antes da previsão legal, desde que não tenha sido recebida a denúncia. Das 102 decisões analisadas, mais de 70 se orientaram nesse sentido<sup>32</sup>.

Ao analisar os acórdãos do STF nesse mesmo intervalo, ou seja, do primeiro semestre de 2023, denota-se que o posicionamento nas relatorias dos Ministros Roberto Barroso<sup>33</sup> e Dias Toffoli<sup>34</sup>, também se filia à hipótese. Consigna-se, contudo, que no caso deste último Ministro, houve alteração de seu entendimento, o que será abordado ao final do capítulo.

Ainda que seja a conclusão predominante, em especial no STJ, os argumentos adotados pela jurisprudência e doutrina variam. A respeito, aponta-se: (i) o risco de desvirtuar propósito do instituto; (ii) o enunciado n. 20 do CNMP, através da CNCCrim; (iii) a não adoção do *plea bargain* no ordenamento jurídico nacional.

Acerca da incongruência do propósito do instituto com relação à aplicabilidade do ANPP quando já recebida a denúncia, pontua-se que o viés jurisprudencial do quesito já foi abordado no tópico anterior. Como já discutido, trata-se de argumento quase que genérico, porquanto empregado nas diversas conclusões existentes sobre a temática. Todavia, nesse limite temporal específico (item 4.2.a), há como um segundo fundamento, que a “marcha processual avançada” impede a retroação, porquanto já iniciada a persecução penal em juízo. Nesse sentido: AgRg no HC 782272/SC, AgRg no AREsp 2164932/SC, AgRg no REsp 2004069/SC; AgRg no RHC 174552/BA e AgRg no REsp 2001514/SP.

Sobre esse argumento, cabe uma reflexão. Impor penalidades mais gravosas a quem cometeu o crime antes da mudança legislativa (do que quando comparado aos casos supervenientes), trata-se de medida descabida (Guimarães; Régner; Guaragni, 2022), em particular quando o fundamento para tal negativa se ampara no “avançado momento

<sup>31</sup> Como mencionado no item 4.1. (quando abordado o tema da irretroatividade), as justificativas se confluem no âmbito do STJ: argumenta-se pelo caráter processual da norma, mas concluem pela retroatividade até o recebimento da denúncia. Nesse sentido: AgRg no HC 775653/SC; AgRg no AREsp 2240776/SC (Brasil, 2023).

<sup>32</sup> Ilustrativamente: AgRg no AREsp 1976249/SP; AgRg no REsp 2001514/SP; AgRg no REsp 2012649/MG; AgRg no REsp 2016143/GO; AgRg no REsp 2050499/SP; AgRg no AREsp 1947151/ES; AgRg no HC 646422/SC; AgRg no REsp 1931168 / SP, entre outras (Brasil, 2023).

<sup>33</sup> Posicionamento extraído dos seguintes recursos: ARE 1432319 AgR, ARE 1419591 AgR, HC 226093, ARE 1423756 AgR, RHC 225418, ARE 1422233 AgR e HC 225982 (Brasil, 2023).

<sup>34</sup> Nesse sentido: ARE 1410898 AgR e RHC 222072 AgR (Brasil, 2023).

processual”. Isso, pois, o critério da retroatividade da lei penal mais benéfica não pode ser a sorte: ou seja, de ter praticado o delito pouco antes da alteração da norma. Consoante elucidado acima, o fundamento desse efeito é a isonomia, porquanto a “fortuna, determinante da sorte ou azar, passa longe da técnica para definir os parâmetros de incidência da lei nova” (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022, p. 164).

Tal concepção permite episódios como os seguintes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA EM MOMENTO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI N. 13.964/2019. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PERDÃO JUDICIAL. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DEMANDA O REEXAME DA PROVA DOS AUTOS. SÚMULA 7 DO STJ. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. I - Importa ressaltar que a Lei n. 13.964/19 (com vigência superveniente a partir de 23/01/2020), na sua parte processual, é dotada de aplicação imediata. Diante disso, aliás, como ocorre com a legislação processual penal em geral, vigora o princípio do *tempus regit actum* - nos termos do próprio art. 2º do CPP: "A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior". II - **No presente caso, como se vê, não estão preenchidos os requisitos legais para a celebração do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP), uma vez que a denúncia foi recebida no dia 03/12/2019 (fl. 121), antes da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 23/01/2020, motivo pelo qual não foi aplicado o ANPP.** III - A conclusão adotada na origem se coaduna com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmada no sentido de que a referida benesse legal é cabível durante a fase inquisitiva da persecução penal, sendo limitada até o recebimento da denúncia, o que inviabiliza a retroação pretendida pela agravante, porquanto a denúncia foi oferecida antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, havendo inclusive, sentença condenatória. IV - [...] (AgRg no REsp n. 2.018.009/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 15/2/2023. Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. JULGAMENTO MONOCRÁTICO DO RECURSO. POSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOMINANTE NESTA CORTE SUPERIOR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. PRECEDENTES. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. A orientação que se firmou no âmbito das Turmas que integram a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça é a de ser possível a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 3. **No caso concreto, sendo a peça acusatória admitida em 1.º/11/2019 (fls. 106-109) e, prolatada condenação, inclusive confirmada em grau recursal, é inviável a aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, suscitada apenas no recurso de apelação.** 4. De todo modo, a pretendida retroatividade não se revelaria possível, tendo em vista a ausência do requisito objetivo disposto no art. 28-A, caput, do Código de Processo Penal. Isso porque, na denúncia, foi imputada ao Réu a prática do delito de tráfico ilícito de drogas, cuja pena mínima é superior a 4 (quatro) anos de reclusão. 5. Na análise da viabilidade da proposta, a pena mínima deve ser verificada com a incidência das causas de aumento e diminuição de pena. No entanto, essas circunstâncias, conforme "entendimento pacificado nesta Corte Superior, devem estar descritas na denúncia, não sendo possível considerar a pena mínima apurada após a aplicação da

causa de diminuição, reconhecida somente por ocasião da prolação da sentença condenatória" (AgRg no AREsp n. 2.059.445/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/08/2022, DJe 22/08/2022, sem grifos no original), como ocorre no caso. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.199.455/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 24/3/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 304, C.C. O ART. 297 DO CÓDIGO PENAL. PLEITO PELA APLICAÇÃO DO PREVISTO NO ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FUNDAMENTO DO ACÓRDÃO RECORRIDO NÃO IMPUGNADO NAS RAZÕES DO APELO NOBRE. SÚMULA N. 283/STF ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NÃO CABIMENTO. DENÚNCIA RECEBIDA ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI N. 13.964/2019. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nas razões do apelo nobre, não foi infirmado fundamento adotado pela Corte de origem. Incidência da Súmula n. 283/STF. 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, "o acordo de não persecução penal, inovação inserida em nosso ordenamento jurídico pelo art. 28-A, do Código de Processo Penal - CPP, tem sua retroatividade limitada aos processos em que ainda não houve o recebimento da exordial acusatória" (AgRg no HC 619.465/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, DJe 17/09/2021). 3. **In casu, a denúncia foi recebida em 11/11/2019, antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, que se deu 30 dias após sua publicação no Diário Oficial da União, ocorrida em 24 de dezembro de 2019.** 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 2.001.522/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023. Grifos nossos).

Em casos como os colacionados, notáveis os graves efeitos da “sorte”. Ademais, quando se fixa um marco temporal para o cabimento de uma benesse, imperativo definir se esse momento será o da entrada em vigor da lei, ou de sua vigência<sup>35</sup>. Caso a situação seja a data de vigência, o limite é o dia 24 de dezembro de 2019. Todavia, em se considerando a data de entrada em vigor, há de se utilizar a data de 23 de janeiro de 2020 como referencial. Em episódios como os citados acima, essa discrepância, na prática, é imensa: a lei que, até então, não poderia retroagir, passa a alcançar o contexto do agente, abrindo o debate a um possível acordo.

Quanto à essa inconsistência terminológica de consequências gravíssimas, citam-se decisões que mencionam a data de entrada em vigor da lei:

[...] A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que o acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, no **art. 28-A do CPP, não pode retroagir às ações penais cuja denúncia já tenha sido recebida até sua entrada em vigor, como ocorre na presente hipótese [...]** (AgRg no AREsp n. 2.219.532/GO, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023. Grifos nossos).

<sup>35</sup> Acerca dessa diferença, tem-se que a “vigência da lei deve ser conceituada como o interregno que marca o atributo da obrigatoriedade de uma lei e da produção de seus efeitos jurídicos, desde o seu início até a sua revogação”. Noutro lado, pode-se dizer que *vacatio legis* “é termo próprio ao âmbito temporal da obrigatoriedade de uma lei e consiste no intervalo entre a data da publicação da lei e a sua efetiva entrada em vigor” (Camillo, 2019).

[...] In casu, tendo sido **recebida a denúncia antes que entrasse em vigor a Lei n. 13.964/2019, em 23/1/2020, inclusive com sentença condenatória, mantida pelo Tribunal de origem, não se pode falar na aplicação do art. 28-A do CPP** [...] (AgRg no REsp n. 2.055.481/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 14/6/2023. Grifos nossos).

[...] No presente caso, não estão preenchidos os requisitos legais para a formulação do ANPP (art. 28-A do CPP), uma vez que **a denúncia foi recebida no dia 06/10/2017, antes, portanto, da entrada em vigor da referida lei, que ocorreu em 23/01/2020**, motivo pelo qual não se mostra cabível a propositura de tal acordo [...] (AgRg no REsp n. 1.977.203/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023. Grifos nossos).

Noutro caminhar, algumas decisões que mencionam a vigência como marco temporal:

A jurisprudência deste Tribunal Superior se consolidou no sentido de que a referida benesse legal é cabível durante a fase inquisitiva da persecução penal, sendo **limitada até o recebimento da denúncia, o que inviabiliza a retroação pretendida pela recorrente, porquanto a denúncia foi recebida em foi recebida em 23/08/2017 (fl. 2159), antes da vigência da Lei n. 13.964/2019**, havendo, inclusive, o trânsito em julgado. (AgRg no REsp n. 1.931.168/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023. Grifos nossos).

**Inobstante a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido pela Lei n. 13.964/2019** (art. 28-A e seguintes do Código de Processo Penal - CPP) **possa incidir a fatos anteriores à vigência da lei, não atinge aqueles cuja a denúncia já tenha sido recebida**, como na hipótese dos autos. (AgRg no HC n. 777.497/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/3/2023, DJe de 16/3/2023. Grifos nossos).

Na hipótese dos autos, **a denúncia oferecida em desfavor do agravante foi recebida em 10/10/2017 antes, portanto, da vigência da Lei n. 13.964/2019**, já tendo o Juízo de primeiro grau proferido sentença condenatória, estando os autos em grau de recurso de agravo em recurso especial (AREsp 2108185/SP), o que afasta a possibilidade da incidência da norma. (AgRg no HC n. 750.369/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023. Grifos nossos).

Há, ainda, exemplos de uma confusão terminológica, em que é mencionado o recebimento da denúncia “em 11/11/2019, antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, que se deu 30 dias após sua publicação no Diário Oficial da União, ocorrida em 24 de dezembro de 2019<sup>36</sup>” (Brasil, 2023). Ou seja, mesmo com “entendimento firmado”, a celeuma não está alinhada no âmbito jurisdicional.

Outro argumento ora utilizado para justificar esse marco de aplicação do ANPP<sup>37</sup>, é o enunciado n. 20, emitido pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais, através da Comissão Especial do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), nos seguintes termos: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência

<sup>36</sup> AgRg no REsp n. 2.001.522/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 28/4/2023).

<sup>37</sup> Cita-se como exemplo o AgRg no REsp n. 2.035.799/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 14/2/2023, DJe de 22/2/2023.

da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (Brasil, 2020). Tal pronunciamento resume a atual opinião do STJ, como discutido acima.

Por fim, Schmitt de Bem e Martinelli, ao analisarem um acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região<sup>38</sup>, tecem considerações interessantes aos fundamentos adotados pela Juíza Federal no julgamento. Um dos motivos expostos, foi que o PL n. 882/2019, do então Ministro Sérgio Moro, previa um acordo com caráter dúplice, “regulando uma modalidade aos investigados para fins de não persecução penal, e outra aos acusados para fins de impedir a continuidade da persecução” (Bem; Martinelli, 2022, p. 125).

Todavia, a hipótese do “art. 395-A, do CPP” (que buscava importar, efetivamente, o *plea bargain* estadunidense ao nosso ordenamento), foi vetada pelo Congresso Nacional. Por conta dessa negativa, a Magistrada Salise Monteiro Sanchotene interpretou ser impossível a retroação dos efeitos do ANPP aos casos em que já foi dado início à marcha processual (Schmitt de Bem e Martinelli, 2022). A respeito desse julgamento, comentam os autores:

É inconcebível que a interpretação restritiva - afastando o benefício àqueles que já foram denunciados - tenha por base um instituto inexistente ou que não alcançou previsão legal. É surreal evitar a incidência retroativa de um instituto a partir de regra não regulada legalmente (Bem; Martinelli, 2022, p. 126).

Assim, não obstante as opiniões contrárias à limitação do acordo ao recebimento da denúncia, fato é que esse constitui o entendimento majoritário do Superior Tribunal de Justiça. Ainda que as decisões tenham justificativas por diversas — e muitas vezes incongruentes, como visto acima —, quando se observa o recorte do primeiro semestre de 2023, a conclusão é a mesma. Contudo, como a proposta deste trabalho ultrapassa a jurisprudência, prossegue-se, abordando o segundo possível marco temporal ao art. 28-A do CPP.

#### **4.2. b. Retroatividade desde que não haja prolação de sentença**

O acordo de não persecução, em muitos aspectos, permite uma análise análoga às conclusões outrora alcançadas. Para o fim deste trabalho, incontornável retomar o entendimento definido pelos Tribunais Superiores acerca do efeito retroativo de medidas despenalizadoras às infrações ocorridas antes da promulgação da lei que as prevê. Nesse caminho, aponta-se à Lei n. 9.099/1995.

A carga retroativa de medidas que afastam a punibilidade do agente, tal como a suspensão condicional do processo, foi fixada pelo pleno do Supremo Tribunal Federal, no

---

<sup>38</sup> COR: 5014289-97.2020.4.04.0000, Rel. Salise Monteiro Sanchotene, 7ª Turma, DJ 21/04/2020.

juízo de questão de ordem do Inquérito Policial n. 1055-3/AM (Brasil, 1996), assim ementada:

[...] A lei nova, que transforma a ação pública incondicionada em ação penal condicionada a representação do ofendido, gera situação de inquestionável benefício em favor do réu, pois impede, quando ausente a delação postulatória da vítima, tanto a instauração da *persecutio criminis in iudicio* quanto o prosseguimento da ação penal anteriormente ajuizada. Doutrina. LEI N. 9.099/95 - CONSAGRAÇÃO DE MEDIDAS DESPENALIZADORAS - NORMAS BENEFICAS - RETROATIVIDADE VIRTUAL. - **Os processos técnicos de despenalização abrangem, no plano do direito positivo, tanto as medidas que permitem afastar a própria incidência da sanção penal quanto aquelas que, inspiradas no postulado da mínima intervenção penal, tem por objetivo evitar que a pena seja aplicada**, como ocorre na hipótese de conversão da ação pública incondicionada em ação penal dependente de representação do ofendido (Lei n. 9.099/95, arts. 88 e 91). - A Lei n. 9.099/95, que constitui o estatuto disciplinador dos Juizados Especiais, mais do que a regulamentação normativa desses órgãos judiciais de primeira instância, **importou em expressiva transformação do panorama penal vigente no Brasil, criando instrumentos destinados a viabilizar, juridicamente, processos de despenalização, com a inequívoca finalidade de forjar um novo modelo de Justiça criminal, que privilegie a ampliação do espaço de consenso, valorizando, desse modo, na definição das controversias oriundas do ilícito criminal, a adoção de soluções fundadas na própria vontade dos sujeitos que integram a relação processual penal**. Esse novíssimo estatuto normativo, ao conferir expressão formal e positiva as premissas ideológicas que dão suporte as medidas despenalizadoras previstas na Lei n. 9.099/95, atribui, de modo consequente, especial primazia aos institutos (a) da composição civil (art. 74, parágrafo único), (b) da transação penal (art. 76), (c) da representação nos delitos de lesões culposas ou dolosas de natureza leve (arts. 88 e 91) e (d) da suspensão condicional do processo (art. 89). **As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.** PROCEDIMENTOS PENAS ORIGINARIOS (INQUERITOS E AÇÕES PENAS) INSTAURADOS PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - CRIME DE LESÕES CORPORAIS LEVES E DE LESÕES CULPOSAS - APLICABILIDADE DA LEI N. 9.099/95 (ARTS. 88 E 91). - A exigência legal de representação do ofendido nas hipóteses de crimes de lesões corporais leves e de lesões culposas reveste-se de caráter penalmente benéfico e torna consequentemente extensíveis aos procedimentos penais originários instaurados perante o Supremo Tribunal Federal os preceitos inscritos nos arts. 88 e 91 da Lei n. 9.099/95. **O âmbito de incidência das normas legais em referência - que consagram inequívoco programa estatal de despenalização, compatível com os fundamentos ético-jurídicos que informam os postulados do Direito penal mínimo, subjacentes a Lei n. 9.099/95 - ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciais ou tribunais, eis que a ausência de representação do ofendido qualifica-se como causa extintiva da punibilidade, com consequente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado.** (Inq 1055 QO, Relator(a): CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 24-04-1996, DJ 24-05-1996 PP-17412 EMENT VOL-01829-01 PP-00028. Grifos nossos).

O relatório do Ministro Celso de Mello, portanto, destacou o desenvolvimento e valorização do espaço de consenso dentro da justiça criminal, acentuando o caráter penalmente benéfico da medida, o que permite que seus efeitos sejam dilatados, a fim de ultrapassar quaisquer limites formais na aplicação legal (Brasil, 1996).

O Superior Tribunal de Justiça, no contexto da Lei dos Juizados Especiais, foi no mesmo sentido, pontuando, consoante "entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal" (Brasil, 2004)<sup>39</sup>.

Todavia, quando se volta à análise do ANPP, essa não é a linha adotada pela jurisprudência. Pelo contrário, os Tribunais de Vértice se filiam ao marco anteriormente estudado (item 4.2.a) ou ao seguinte (item 4.2.c), de modo que o caminho do meio, com o qual já houve ampla discussão doutrinária e jurisprudencial sobre a aplicação de institutos do mesmo gênero que o do art. 28-A, CPP, é posto de lado.

A título ilustrativo, a partir da contraposição dos votos dos Ministros Gilmar Mendes e Roberto Barroso (nos HC 185.913/DF e HC 191.464 AgR/SC, respectivamente), Schmitt de Bem avalia como os magistrados “não alcançaram a mesma linha de chegada (no tocante à retroação das regras do acordo de não persecução penal, art. 28-A do CPP), embora tenham partido de um ponto comum (quanto à natureza jurídica)” (Bem, 2022, p. 171).

Ambos os ministros definiram o art. 28-A do CPP com norma de natureza jurídica processual dotada de conteúdo de direito material e concordaram na retroação do instituto aos crimes cometidos antes de promulgada a lei que o previu (Bem, 2022). Contudo, divergem na extensão dessa retroatividade.

Barroso pontua serem incompatíveis as conclusões adotadas na análise da Lei n. 9.099/1995 com relação à Lei n. 13.964/2019. Em seu voto, reforça que, diferente dos institutos previstos na Lei dos Juizados Especiais, o ANPP cabe e se limita à etapa pré-processual, de modo que o recebimento da denúncia o torna inviável: “a finalidade do acordo é evitar que se inicie processo, razão pela qual, por consequência lógica, não se justifica discutir a composição depois de recebida a denúncia” (Brasil, 2020, p. 4).

O Ministro finaliza seu voto voltando-se a uma visão consequencialista do limite temporal para incidência do ANPP e ressalta a presença de “um valor superior ao princípio constitucional da isonomia que impõe a retroatividade de lei penal mais favorável” (Bem, 2022, p. 177):

Uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena -, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado. Esse contexto não se justifica se considerado o propósito do ANPP, de impedir o início da ação penal, e da máxima de que não devem ser restauradas etapas da persecução penal já efetivadas em conformidade com as leis processuais vigentes (Brasil, 2020, p. 8).

<sup>39</sup> RESP n. 636701, rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 13/12/2004.

Quanto aos efeitos desse posicionamento consequencialista, Jacinto de Miranda Coutinho e Bruno Milanez, pontuam que, ao final,

[...] a balbúrdia interpretativa que os preceitos sobre o ANPP causaram mostra bem o que se está passando: cada um quer dizer o que lhe parece melhor para os casos concretos (normalmente em função dos seus interesses e, dentre eles, por exemplo, ter menos trabalho), como se não se vivesse em um sistema de *civil law*. Como sabem todos, isso gera uma imensa insegurança jurídica, sobretudo em um tempo de extrema instabilidade (Coutinho; Milanez, 2022).

Na mesma linha crítica, cita-se o argumento de que, com a sentença condenatória, há um comprometimento da finalidade “precípua para a qual o instituto (adaptado) do acordo de não persecução penal foi concebido, isto é, o de afastar a imposição da pena criminal” (como mencionado no item 4.1). Não sendo tal reserva prevista no texto constitucional, incabível a utilização dessa justificativa para obstaculizar a retroatividade (Bem; Martinelli, 2022, p. 130).

Outro contraponto é apresentado por Rodrigo Leite Cabral, Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. O paranaense defende que o marco impeditivo à retroação do instrumento seja a sentença, de modo que, até tal momento, seria cabível o acordo. Sua tese está pautada em três motivos, expostos em seu manual:

- (i) tal proceder jamais atenderia ao que é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do delito, uma vez que esse objetivo criminal é alcançado da forma mais plena e adequada por meio da pena aplicada de acordo com as balizas do legislador (e no ANPP só se abre mão dessa pena mais adequada em troca de benefícios de economia processual);
- (ii) não teria nenhuma serventia a confissão do acusado, pois o Ministério Público já obteve uma sentença penal condenatória;
- (iii) toda a *ratio* da criação do acordo de não persecução, que é precisamente desafogar o Poder Judiciário, para que possa dar prioridade aos casos mais graves se tornaria inútil pois o acordo — em vez de diminuir a carga de trabalho — iria aumentar sobremaneira, com a necessidade de revisão e exumação de um sem número de casos já transitados em julgado. Em poucas palavras, não tem o menor sentido pensar-se em acordo de não persecução penal para os casos já transitados em julgado (Cabral, 2021, p. 240 e 241).

A respeito dessas razões, Schmitt de Bem e Martinelli tecem suas críticas por se filiarem à opinião mais abrangente acerca da retroatividade. No tocante ao primeiro argumento, pontuam a adoção de uma perspectiva que torna a confissão uma moeda de troca e, quando desnecessária, torna-se dispensável.

Nessa perspectiva, retoma-se questão abordada no início deste trabalho, uma vez que “o silêncio do acusado durante interrogatório policial ou judicial não é motivo bastante para impedir, automaticamente, a proposta do acordo de não persecução penal. Será dever oportunizar, novamente, a possibilidade de fazê-la, agora sob o viés do art. 28-A” (Bem; Martinelli, 2022, p.128), em particular, pois a confissão tem de ser observada como meio de

defesa (e não de prova) daquele que deseja não ser submetido ou continuar um processo criminal.

Quanto ao fundamento da higidez da sentença, a crítica se pauta em duas hipóteses. A um, é possível que o Tribunal anule a decisão condenatória e, diante da promulgação de lei mais benéfica ao acusado, os efeitos retroativos alcançariam tal caso. Ademais, existe a possibilidade de provimento recursal de moção anterior à Lei n. 13.964/2019, de modo que o acusado passa a preencher os requisitos que, quando oferecida a denúncia, não cumpria (Bem; Martinelli, 2022).

Vladimir Aras, Procurador da República, pontua que a celebração do acordo, mesmo após o início da ação penal, constitui interpretação mais benéfica ao acusado. Entende que, até a prolação da sentença condenatória, o ANPP tem cabimento e isso

[...] não ofende o art. 42 do CPP, porque não se tem aí desistência da ação penal, mas utilização extensiva de instituto jurídico legítimo, que atende ao interesse público, na medida em que observa os direitos da vítima e do acusado e as contingências da justiça criminal. A indisponibilidade da ação penal é preservada, porque, se descumprido o acordo, a ação volta a tramitar. O *jus puniendi* estatal restará intacto. Nesta formatação, o acordo quanto ao não início da persecução criminal em juízo ou ao não prosseguimento desta será cabível entre a data do fato e o momento imediatamente anterior à sentença condenatória, inclusive em caso de desclassificação. Diferentemente do que ocorre com o acordo de colaboração premiada (art. 4º, §5º, da Lei 12.850/2013), não é possível a formalização de ANPP após a decisão condenatória (Aras, 2020, p. 178).

Cabral (2021), por sua vez, defende outro marco. Citando o art. 79 da Lei n. 9.099/1995, o qual prevê a oferta da transação penal já no trâmite do processo, o autor defende a sentença condenatória ainda não transitada em julgado como marco limitador. Todavia, essa transferência automática do posicionamento do STF de quando julgado o HC nº 74.305/SP, à conjuntura do ANPP, é descartada pelo Ministro Gilmar Mendes.

No voto do decano do STF, relator do HC 185.913/DF, destacou-se que, havendo “concordância das partes e atendimento dos critérios informadores, o ANPP poderá ser homologado em qualquer etapa procedimental” e define o trânsito em julgado como o marco temporal de incidência. Todavia, aponta uma ressalva a seu posicionamento, exposto no item a seguir.

#### **4.2. c. Retroatividade mesmo em grau de recurso**

O Ministro Gilmar Mendes, quando proferido seu voto sobre o HC 185.913/DF, citou a divergência outrora encontrada no STJ na questão do marco temporal à retroatividade do ANPP. Contrapôs o posicionamento da Quinta Turma, que assentava “a aplicação do ANPP em

processos em curso somente até o recebimento da denúncia” com a tendência observada pela Sexta Turma –, que adotava a retroatividade do acordo aos “processos em curso até o trânsito em julgado da condenação”. Todavia, conforme mostrado alhures, o dissenso foi superado âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Na ocasião, o tema foi afetado, sendo determinada a remessa dos autos à deliberação do plenário para que esse se manifeste a respeito das seguintes questões-problemas:

- a) O ANPP pode ser oferecido em processos já em curso quando do surgimento da Lei 13.964/19? Qual é a natureza da norma inserida no art. 28-A do CPP? É possível a sua aplicação retroativa em benefício do imputado?
- b) É potencialmente cabível o oferecimento do ANPP mesmo em casos nos quais o imputado não tenha confessado anteriormente, durante a investigação ou o processo? (Brasil, 2020, p. 2)

Desde 2020, a celeuma já foi incluída e excluída do calendário de julgamento algumas vezes e permanece sem conclusão. Todavia, do voto do Ministro decano (acompanhado pelos Ministros Edson Fachin e Dias Toffoli) extrai-se proposta para fixar as seguintes teses:

**[a] O Acordo de Não Persecução Penal é norma de natureza híbrida [material-processual], diante da conseqüente extinção da punibilidade, com incidência imediata em todos os casos sem trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que requerida na primeira intervenção procedimental das partes após a vigência da Lei 13.964/19 [23/01/2020], em observância à boa-fé objetiva e à autovinculação das partes aos comportamentos assumidos [comissivos ou omissivos];**

[b] O arguido não tem o direito subjetivo ao Acordo de Não Persecução Penal, mas sim o direito subjetivo à devida motivação e fundamentação quanto à negativa. A recusa ao Acordo de Não Persecução Penal deve ser motivada concretamente, com a indicação tangível dos requisitos objetivos e subjetivos ausentes [ônus argumentativo do legitimado ativo da ação penal], especialmente as circunstâncias que tornam insuficientes à reprovação e prevenção do crime;

[c] É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial [ad-hoc] como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial; e,

[d] O Órgão Judicial exerce controle quanto ao objeto e termos do acordo, mediante a verificação do preenchimento dos pressupostos de existência, dos requisitos de validade e das condições da eficácia, podendo decotar ou negar, de modo motivado e fundamentado, a respectiva homologação [CPP, art. 28-A, §§ 7º, 8º e 14] (Brasil, 2020. Grifos nossos).

A partir da tese “[a]”, denota-se o entendimento do relator. O ANPP, nessa perspectiva, retroage a qualquer momento processual, contanto que: (i) não haja o trânsito em julgado da sentença condenatória; e (ii) tenha sido pleiteado na primeira oportunidade de intervenção nos autos após “a data de vigência do art. 28-A do CPP, sob pena de estabilização da controvérsia por meio dos efeitos preclusivos do comportamento omissivo, em observância da boa-fé objetiva e do princípio da cooperação processual” (Brasil, 2020, p. 25).

No mesmo sentido do segundo requisito, há quem defenda que,

[...] para processos em curso, também deve existir um momento preclusivo para as partes, e esse momento deve ser a primeira oportunidade em que sejam chamados a intervir nos autos ou de alguma forma se pronunciem, ainda que não intimados. [...] Em síntese: para processos já deflagrados, a possibilidade de ANPP deve ser abordada pelas partes na primeira oportunidade em que intervierem nos autos. Proferida a sentença, não mais será possível o ANPP (Calabrich, 2020, p. 358-359).

Ademais, consigna-se que, novamente, incerto se o marco temporal está pautado na entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019 (ocorrida em 23/01/2020) ou de sua vigência (datada em 24/12/2019). Não obstante a menção da data de vigência, no voto do Relator, aponta-se ao referencial de 2020, quando o ANPP passou a vigorar no ordenamento brasileiro. Ou seja, para além do STJ, os marcos se confundem, também, no STF:

[...] a partir das premissas estabelecidas, com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, em 23/01/2020 [sic], a análise do cabimento do ANPP se refere exclusivamente à satisfação dos requisitos objetivos, independentemente da confissão do investigado na Etapa de Investigação Criminal, **desde que uma das partes tenha formulado o pedido de análise do ANPP na primeira oportunidade de intervenção nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP** (Brasil, 2020, p. 24 e 25. Grifos do autor).

Valendo-se do mesmo marco temporal do decano do STF, tem-se o Enunciado 98 do Ministério Público Federal:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A da Lei nº 13.964/19, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei 13.964/2019, conforme precedentes podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. (Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020) (Brasil, 2020).

Ainda que não sejam dotados de poder vinculante, os pronunciamentos do Órgão Superior do Ministério Público Federal são de especial relevância, diante de sua competência exclusiva no oferecimento do acordo. Contudo, o tema tampouco é pacificado no âmbito do *parquet*. A Procuradoria Geral da República apresentou opiniões divergentes: “há parecer favorável à aplicação do ANPP aos processos em andamento (HC 185.913/DF) e outra manifestação que coloca como marco limitador o recebimento da denúncia (RHC 209.955/SC)” (Mendes, 2022).

Outro argumento ora adotado para justificar a eleição desse marco temporal, dá-se sob uma ótica extensiva da Súmula 337 do STJ ao ANPP. A referida súmula define ser “cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva” e, sendo ambos os institutos da ordem do consenso (com uma inegável perspectiva despenalizadora), “parece-nos razoável que a solução jurídica para tal demanda seja a mesma” (Faraco Neto e Lopes, 2020). O entendimento encontra respaldo no âmbito do STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. TEXTO LEGAL. CARGA HERMENÊUTICA POLISSÊMICA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. LAPSO TEMPORAL EXÍGUO PARA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. OCUPAÇÃO LÍCITA COMPROVADA. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). DESCRIÇÃO DOS FATOS NA DENÚNCIA. DESNECESSIDADE. EXCESSO DE ACUSAÇÃO (OVERCHARGING) NÃO DEVE PREJUDICAR O ACUSADO. REQUISITOS PARA PROPOSTA DO ANPP ATENDIDOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCESSÃO DA ORDEM DE OFÍCIO. 1. Nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, os requisitos para a aplicação do tráfico privilegiado devem ser observados de forma cumulativa. 2. O princípio in dubio pro reo exige interpretação favorável ao acusado em casos de texto polissêmico. O legislador deveria especificar no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 se pretendesse incluir pequenos traficantes, como no caso em questão, que lidam com quantidades reduzidas de drogas em comparação às grandes organizações criminosas. O ônus hermenêutico de delimitar situações desfavoráveis ao acusado é do legislador. 3. O tráfico privilegiado busca tratar de forma adequada os não envolvidos em atividades ilícitas e organizações criminosas de grande porte. O período de três meses no tráfico não indica dedicação significativa e duradoura ao crime. A ocupação lícita como radiologista pelo paciente demonstra falta de total dedicação à venda de entorpecentes. 4. Considerando o caráter aberto e vago do conceito de "dedicação às atividades criminosas", impõe-se uma interpretação restritiva, a fim de assegurar a aplicação efetiva do tráfico privilegiado nos casos em que haja uma incompatibilidade entre a conduta do agente e a penalidade prevista para o tráfico comum. 5. A quantidade ou a natureza da substância entorpecente podem fundamentar o afastamento da causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que evidenciem a efetiva dedicação do réu à atividade criminosa. No presente caso, não ficou comprovada tal dedicação do paciente. 6. **No precedente do AgRg no REsp 2.016.905/SP, a Quinta Turma do STJ estabeleceu que, em casos de alteração do enquadramento jurídico ou desclassificação do delito, é possível aplicar o ANPP, desde que preenchidos os requisitos legais. Esse precedente reconheceu a aplicação adaptada da Súmula 337/STJ, que prevê ser cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e procedência parcial da pretensão punitiva. Portanto, se houver a desclassificação da imputação para outra infração que admite benefícios despenalizadores do art. 89, caput, da Lei 9.099/1995, os autos do processo devem retornar à instância de origem para aplicação desses institutos.** 7. A situação dos autos segue o mesmo raciocínio, uma vez que foi constatado um equívoco na descrição dos fatos narrados para a imputação do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas) ao acusado. Isto posto, é necessário que o processo retorne à sua origem para avaliar a possibilidade de propositura do ANPP, independentemente das consequências jurídicas da aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado) na dosimetria da pena, ou seja, para reduzir a pena. 8. Uma vez reconhecida a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, os patamares abstratos de pena estabelecidos na lei situam-se dentro do limite de 4 anos para a pena mínima, previsto no art. 28-A do CPP. **Além disso, com a aplicação da minorante neste STJ, o acusado tem direito ao ANPP,**

**mesmo se o Parquet tiver descrito os fatos na denúncia de maneira imperfeita, pois o excesso de acusação (overcharging) não deve prejudicar o acusado. 9. No caso dos autos estão presentes os requisitos para proposta do ANPP, quais sejam: 1) confissão formal e circunstanciada; 2) infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; e 3) necessidade e suficiente para reprovação e prevenção do crime. 10. Habeas corpus não conhecido, porém concedida a ordem de ofício, a fim de aplicar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e determinar a remessa dos autos ao juízo criminal para proceder a intimação do Ministério Público, com vistas a avaliar a proposta de Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). (HC n. 822.947/GO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 30/6/2023. Grifos nossos).**

Em síntese, verificada a ocorrência de uma das hipóteses mencionadas, faz-se necessária a reavaliação da matéria por parte do Ministério Público, conforme consigna o julgado. Para fim exemplificativo, imagine-se um caso definido pela exordial acusatória como roubo, infração penal ao qual a violência e a grave ameaça constituem o tipo, mas, ao longo do processo, sobrevenham provas da ausência da força verbal ou física. Tal cenário impõe a desclassificação para furto, dando azo à reanálise do acordo não persecutório. Nesse sentido,

[...] afastadas eventuais agravantes e causas de aumento, de forma que a pena cominada não supere o patamar legal, o julgador será obrigado a devolver os autos ao MP para que exercite o seu poder-dever de propositura do ANPP, avaliando a possibilidade de não continuidade da ação penal, por extensão teleológica do artigo 383, § 1º, do CPP (Wunderlich; Vieira Neto, 2020).

A linha de raciocínio adotada, em muito, se pautava no princípio da isonomia<sup>40</sup>, porquanto no momento em que foi oferecida a denúncia, as circunstâncias do crime impediam a oferta da benesse. Em conjunturas como essa, caso mitigada a sanção prevista a uma conduta típica (até mesmo quando eliminada do âmbito penal), aqueles que a cometeram e estão aguardando a resposta penal ou até aqueles que já cumprem a sentença, devem ser beneficiados com a nova abordagem, mais tênue em suas consequências (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2020).

#### Afigura-se um contrassenso

[...] tratar com mais gravame uns poucos, que praticaram o fato antes da transição de tratamento legislativo, e com mais brandura os demais. Afinal, a nova lei consolida uma modificação do olhar social acerca da magnitude de lesão provocada pelo comportamento, comunicado mediante a novel resposta havida como proporcional. Se proporcional, em tese, para todos os praticantes, aqueles que realizaram o evento sob a regência do regime jurídico derogado não podem por ele serem atingidos. Acaso fossem, constituiriam um grupo tratado sem isonomia em relação aos hodiernos praticantes da conduta, com um gravame não mais havido como necessário à resposta penal reputada suficiente à prevenção e repressão da espécie delitiva (observados, aqui, os postulados pluralistas de teorias da pena adotados no art. 59, caput, CP) (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2020, p. 143).

<sup>40</sup> “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]” (Brasil, 1988).

Schmitt de Bem e Martinelli rememoram a orientação do STJ no contexto da Lei dos Juizados Especiais: “Conforme entendimento desta Corte, é possível a retroação da lei mais benigna, ainda que o processo se encontre em fase recursal” (RESP n. 636701, rel. Felix Fischer, 5ª Turma, DJ 13/12/2004)” e pontuam que

[...] o fundamento da retroatividade está relacionado com o princípio da igualdade, repetidas vezes já ignorado nessa temática. [...] Viola a isonomia insistir na execução penal para certo agente, especialmente quando outrem, ainda investigado, que cometeu igual infração e se apresenta com as mesmas características pessoais, poderá gozar das condições ajustadas com o Ministério Público. Não há razão para se criar uma barreira insuperável não prevista pelo constituinte (Bem; Martinelli, 2022, p. 130 e 131).

Outras situações que demandam uma análise posterior ao início do processo penal (e sobre o qual, há menos ressalva da jurisprudência em reconhecer a sua possibilidade), dá-se nos casos em que há mudança na definição jurídica do fato analisado (*emendatio libelli*) ou, ainda, surgimento de novo elemento durante o decorrer do processo (*mutatio libelli*), de modo a constituir os vetores exigidos para celebração do acordo. Nesse sentido:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). ART. 28-A DO CPP. PROCEDÊNCIA PARCIAL DA PRETENSÃO PUNITIVA. ALTERAÇÃO DO QUADRO FÁTICO JURÍDICO. NOVO PATAMAR DE APENAMENTO. CABIMENTO DO ANPP. RECONSIDERAÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. I - É cabível o acordo de não persecução penal na procedência parcial da pretensão punitiva. II - **No caso em tela, o e. Tribunal a quo, ao julgar o recurso de apelação interposto pela Defesa, deu-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a continuidade delitiva entre os crimes de falsidade ideológica (CP, art. 299), tornando, assim, objetivamente viável a realização do acordo de não persecução penal, em razão do novo patamar de apenamento - pena mínima cominada inferior a 4 (quatro) anos. Houve, portanto, uma relevante alteração do quadro fático jurídico, tornando-se potencialmente cabível o ANPP.** III - Assim, nos casos em que houver a modificação do quadro fático jurídico, como no caso em questão, e ainda em situações em que houver a desclassificação do delito - seja por *emendatio* ou *mutatio libelli* -, uma vez preenchidos os requisitos legais exigidos para o ANPP, torna-se cabível o instituto negocial. Agravo regimental provido. (AgRg no REsp n. 2.016.905/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/4/2023. Grifos nossos).

Portanto, se nem mesmo a nossa Carta Magna estabelece limites à retroatividade, não cabe à legislação infraconstitucional ou à jurisprudência transgredir a norma mais benéfica, restringindo-a. Assim, surge a prerrogativa da última hipótese de marco temporal a qual se desdobra e apresenta duas possibilidades interessantes a suscitar o debate.

#### 4.2. d. Retroatividade após o trânsito em julgado

Se observados os art. 5º, XI, da CF, bem como o art. 2, parágrafo único, do CPP, a regra da retroatividade não é limitada, sequer, pelo trânsito em julgado da sentença condenatória quando houver lei posterior mais benéfica ao agente. Nessa linha, “não há sentido aplicar o ANPP somente aos processos em curso, cabendo ao Estado também propiciar o benefício àqueles já definitivamente condenados” (Bem; Martinelli, 2022, p. 131).

Há de se ter em mente que o Estado serve à liberdade individual, não o contrário. Assim sendo, qualquer norma referente a tais liberdades tem que ser interpretada da forma mais benéfica à pessoa. Ocorrendo limitação a direitos fundamentais, a medida deverá estar prevista expressamente pela nossa Carta Magna (Bem; Martinelli, 2022, p. 132). No caso da aplicação dos ANPP a processos com decisão definitiva, “deve-se ter presente a precisa advertência de Paulo Busato: ‘a garantia da coisa julgada não serve para amparar pretensão punitiva do Estado’” (Bem, 2022, p. 181).

A título comparativo, cita-se a regra espanhola que, em seu Código Penal (art. 2.2.), prevê a retroatividade às sentenças com trânsito em julgado, quando promulgada lei mais benéfica (Faraco Neto e Lopes, 2020). Destaca-se que o texto legal menciona a sua incidência ainda se o agente estiver cumprindo a pena. E mais, havendo dúvidas sobre qual previsão é mais favorável, ouvir-se-á o réu:

[...], tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario (España, 1995)<sup>41</sup>.

Acerca do ANPP e suas consequências ao agente, Wunderlich e Vieira Neto (2020), argumentam que se trata de permissivo legal benéfico ao agente, podendo ser arguida aplicação a fatos já decididos por sentença condenatória transitada em julgado, por força do art. 621, III, CPP<sup>42</sup> e art. 66, I, da Lei de Execuções Penais<sup>43</sup>.

Nesse mesmo caminho, Chemim Guimarães e Guaragni, pontuam não ser necessário

<sup>41</sup> “[...] terão efeito retroativo as leis penais que favoreçam o réu, ainda que na entrada em vigor tenha sido proferida sentença definitiva e o sujeito esteja cumprindo pena. Em caso de dúvida sobre a determinação da Lei mais favorável, será ouvido o réu. Os atos praticados sob a vigência de uma Lei temporal, serão julgados, porém, de acordo com ela, salvo se disponha expressamente de forma contrária” (tradução nossa).

<sup>42</sup> “Art. 621. A revisão dos processos findos será admitida: [...] III - quando, após a sentença, se descobrirem novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

<sup>43</sup> “Art. 66. Compete ao Juiz da execução: I - aplicar aos casos julgados lei posterior que de qualquer modo favorecer o condenado [...]”.

[...] muito esforço para compreendê-la como mais favorável ao réu, pois passa a ser mais um instrumento de defesa à disposição dos investigados, que evita não apenas o processo, mas também a pena, afastando registros de antecedentes em caso de eventual condenação. O cumprimento efetivo das respectivas condições, operado como causa extintiva de punibilidade, amplia o respectivo rol de causas. Assim, segue a lógica do artigo 2º do Código Penal, retroagindo e, inclusive, desconstituindo coisa julgada (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022, p. 162).

Aos casos com decisão definitiva, portanto, pertinente dividir as situações. Serão analisados, inicialmente, a possibilidade doutrinariamente prevista aos condenados ainda em fase de execução (4.2.d.i), seguidos daqueles que já cumpriram a pena (4.2.d.ii).

#### **4.2. d. i. Retroatividade na fase de execução**

Com o advento da Lei n. 13.964/2019, Bem e Martinelli (2020) propõem a observância do art. 2º do CP, de modo que, se satisfeitas as condições legais, a execução seria suspensa, sendo a pena substituída pelas cláusulas do acordo.

A respeito, Guimarães; Régnier e Guaragni (2022) complementam pontuando que é indispensável confirmar o preenchimento de todos os requisitos. Para além da não violência ou grave ameaça e da pena mínima cominada ser inferior a quatro anos, os autores defendem ser necessária a confissão formal e circunstanciada do agente durante a etapa investigatória, antes de formada a *opinio delicti*. Ou seja, a retroatividade, nesse contexto, só ocorreria quando presentes as condições legais no momento em que analisada, sendo incabíveis novas diligências para sanar eventual falta da confissão. Tal convicção se dá, pois, caso contrário, seria estabelecido um ambiente desigual, em que os

[...] sujeitos ativos de crimes praticados após a lei só podem se beneficiar confessando durante a investigação, antes da *opinio delicti*, não tendo a chance de fazê-lo quando já denunciados ou sentenciados, os praticantes de crimes anteriores à lei teriam as oportunidades de confissão ampliadas. Isto quebra a isonomia, que é justamente o motivo da retroatividade da lei melhor, já aludido - e por isso tão central (Guimarães; Régnier; Guaragni, 2022, p. 163).

Não obstante o debate sobre questões de ordem teórica — já que inexistente a adesão jurisprudencial em tal sentido —, o posicionamento preclusivo acerca da confissão vai de encontro com o entendimento do STJ<sup>44</sup>, como visto no item 4.1. deste capítulo. Tampouco se coaduna com a proposta Ministro Gilmar Mendes, quando proferiu seu voto sobre o HC

<sup>44</sup> AgRg no HC 762049/PR (Brasil, 2023).

185.913/DF<sup>45</sup> e sugeriu a fixação de tese em sentido contrário, conforme abordado no item 4.2.c.

De igual forma, prescindindo a confissão para fins de se formalizar o ANPP, pertinente a posição do Ministro, hoje aposentado, Ricardo Lewandowski nos acórdãos de sua relatoria<sup>46</sup>, ressaltando que

[...] a Segunda Turma desta Suprema Corte reconheceu, em caso análogo, a retroação de norma processual penal mais benéfica em ações penais em curso até o trânsito em julgado, bem como na mais atual doutrina do processo penal, o Acordo de Não Persecução Penal é aplicável também aos processos iniciados antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados e mesmo que ausente a confissão (Brasil, 2023).

Assim sendo, a impossibilidade de se confessar após a etapa investigativa não mais constitui óbice prático no ajuste do ANPP.

Ressalvadas as diferenças entre os citados autores, eles concordam na retroatividade após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Esse posicionamento, porém, encontra resistência:

Há quem sustente que o acordo pode ser feito até mesmo após o trânsito em julgado – posição extrema que transforma o acordo de não persecução penal em verdadeiro “acordo de não execução penal”. Segundo essa interpretação, não haveria limite temporal para a possibilidade de acordo; ou melhor, o único limite restante seria o do cumprimento integral da pena pelo condenado. Tal entendimento é equivocado. A sentença transitada em julgado é um título que já permite a execução da pena imposta e, em consequência, a satisfação da pretensão punitiva do Estado. O primeiro óbice à concordância com esse entendimento amplíssimo é, portanto, o fato de que não haverá interesse público a amparar um acordo em situações semelhantes. A sanção justa já foi fixada pelo Estado-juiz e não há sentido em simplesmente substituir essa reprimenda por outra, arbitrada pela vontade das partes (MP e condenado). A pena a ser executada é exatamente aquela que o Judiciário, após regular processo no curso do qual o réu exerceu o contraditório e a ampla defesa, entendeu ser a sanção “necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime” – para usar as palavras do caput do art. 28-A do CPP, que prevê um dos requisitos para o ANPP. Não bastassem todos esses argumentos, a própria lógica do ANPP é a de evitar o processo, impedindo custos para o Estado e para os sujeitos envolvidos. Se o processo já acabou, restando apenas a execução do que foi decidido, o ANPP não tem lugar (Calabrich, 2020, p. 359).

A respeito de tal perspectiva, defende-se que a efetividade da sentença não pode ser sobreposta ao fundamento da retroatividade, porquanto é constitucionalmente previsto e pautado no princípio da isonomia, sendo “notório que a condenação gera outros efeitos além da

<sup>45</sup> “[c] É inválida a exigência de prévia confissão durante a Etapa de Investigação Criminal, porque dado o caráter negocial do Acordo de Não Persecução Penal, a confissão é circunstancial, relacionada à manifestação da autonomia privada para fins negociais, em que os cenários, os custos e benefícios são analisados, vedado, no caso de revogação do acordo, o reaproveitamento da confissão circunstancial [ad-hoc] como prova desfavorável durante a Etapa do Procedimento Judicial; [...]” (Brasil, 2020).

<sup>46</sup> HC 222719 AgR-segundo; ARE 1379168 AgR-terceiro; HC 215539 AgR; RHC 207880 AgR; HC 203440 AgR-segundo.

imposição da pena. Dentre os efeitos secundários se destaca a reincidência” (Schmitt de Bem e Martinelli, 2022, p. 134), e assim se tem a possibilidade de firmar o ANPP, mesmo com o trânsito em julgado.

Ainda, por vezes, há correspondência entre a penalidade imposta pela sentença e as medidas acordadas entre as partes. Valendo-se de um julgado do Tribunal de Justiça do Paraná<sup>47</sup>, em que houve a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (na hipótese: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária). Assim, no caso narrado,

[...] lançando-se um olhar ao art. 28-A do CPP, observa-se que as penas substitutivas são equivalentes às condições previstas nos incisos III e IV. Aliás, quanto à prestação de serviços à comunidade, sem incidir a redução de um a dois terços, pois não mais se trata de pena em abstrato. Cumprindo efetivamente as condições, o juízo da execução penal declarará a extinção de punibilidade, não originando mau antecedente e não gerando reincidência. Note-se, portanto, que as consequências da *abolitio criminis* (cujas regras do art. 2º, *caput* do CP foi tomada de empréstimo) não destoam do cumprimento das condições do ANPP pelo favorecido (o art. 107, III, do Código Penal, regula a extinção de punibilidade) e, igualmente, cessam os efeitos secundários da condenação penal, ou seja, com a *abolitio criminis* também não haverá indução de reincidência (Bem; Martinelli, 2022, p. 133).

Quanto ao eventual descumprimento das cláusulas acordadas, inaplicável o § 10 do art. 28-A, do CPP<sup>48</sup>. Todavia, é possível estabelecer como consequência o cumprimento da pena já imposta na sentença condenatória.

Controverso, também, pensar se no cálculo dessa penalidade, seria dedutível o tempo cumprido nos termos do acordo, à semelhança do art. 44, § 4º, do Código Penal<sup>49</sup> (Schmitt de Bem e Martinelli, 2022). Na realidade, pode-se concluir que em tal organograma, os deveres do agente

[...] não deixam de ser penas, mas travestidas de condições (é apenas outra nomenclatura). Embora consistente essa vertente, julgamos apropriado entender o período de cumprimento das condições, após o trânsito em julgado, como um período de prova (algo semelhante ao livramento condicional) e, assim, não ser computado como tempo de pena cumprida (Bem; Martinelli, 2022, p. 134).

<sup>47</sup> TJPR - 2ª Câmara Criminal - 0041216-56.2020.8.16.0021 [0011802-13.2020.8.16.0021/0] - Cascavel - Rel.: Des. José Mauricio Pinto de Almeida - J. 21.08.2020.

<sup>48</sup> “§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia” (Brasil, 2019).

<sup>49</sup> “§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão” (Brasil, 1998).

Assim, encerrada a apreciação dos fundamentos e contrapontos de uma incidência retroativa do acordo nas execuções penais. Neste próximo subitem será analisada a (im)possibilidade de firmar o ANPP depois do cumprimento da pena.

#### **4.2. d. ii. Retroatividade após o cumprimento da pena**

Àqueles que já cumpriram integralmente a pena à qual foram condenados, imaginar a aplicabilidade do instituto previsto pelo art. 28-A do CPP trata-se de questão enigmática. Todavia, a proposta de Schmitt de Bem e Martinelli (2022) volta-se à observância dos efeitos secundários de uma condenação criminal, *locus* onde o fundamento da retroatividade poderia atuar em benefício do agente.

Quanto às consequências para além da pena, os autores destacam a reincidência e, “a partir dela, várias outras futuras restrições de benefícios pessoais, como a definição de um regime de cumprimento de pena menos rigoroso ou a incidência de penas alternativas” (Bem; Martinelli, 2022, p. 134).

A via prática proposta seria peticionar ao juízo da execução penal, para que o Ministério Público se manifeste a respeito do preenchimento, na época dos fatos, dos requisitos exigidos pelo art. 28-A, CPP. Caso o agente os satisfaça, a retroatividade caberia para extinguir os efeitos acessórios da condenação, sendo ilegítimo estipular quaisquer condições ao indivíduo, haja vista que houve a execução total da pena (e novas exigências violariam o princípio do *ne bis in idem*) (Bem; Martinelli, 2022).

Não obstante tratar-se de concepção intrigante, a exequibilidade da mesma é um ponto que suscita dúvidas. A fim de evitar uma vasta reforma e o efeito regressivo perene, os autores propõem um limite temporal à retroatividade, a partir do que consideram o último momento em que o Ministério Público estaria obrigado a analisar o cumprimento dos requisitos legais do ANPP (Bem; Martinelli, 2022).

Nesse sentido, entendem que

[...] a análise apenas deverá ser realizada nos processos em que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à existência da Lei nº 13.964/2019, de maneira que o quinquídio corresponderia ao prazo expurgador da reincidência. Como nesse período persistem os efeitos secundários da sentença condenatória, é cogente a atuação ministerial por meio do acordo para arrefecer eventuais danos decorrentes de nova prática delitiva. Ou seja, quando a pena já restou cumprida, se ainda não passaram 5 anos, o acordo, se cumprido, devolveria a primariedade ao condenado (Bem; Martinelli, 2022, p. 135).

Logo, a proposta é de aplicar ao marco temporal da retroatividade do ANPP, a tese fixada no julgamento do RE n. 593.818/SC (Tema 150 de Repercussão Geral): "não se aplica

para o reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal” (Brasil, 2020).

Inobstante se tratar de hipótese interessante, ela não encontra respaldo na jurisprudência. Inclusive, mesmo aqueles autores que tendem ao sentido mais ampliativo da retroação do instituto, não a concebem:

É evidente que não se atingem aqueles quanto aos quais a consequência penal já produziu a integralidade dos seus efeitos — pessoas que já executaram as penas, sob o regime mais gravoso. Porém, no mais, todos devem ser alcançados pelo olhar mais benévolo, em corolário da ideia de igualdade ou isonomia de tratamento (Guimarães; Régner; Guaragni, 2022, p. 144).

Diante de todo o exposto, denota-se que muitas são as propostas na temática da retroatividade do acordo de não persecução penal. Com esta pesquisa, buscou-se demonstrar, ainda que brevemente, os fundamentos que substanciam as possibilidades de um efeito retroativo ao ANPP.

Apesar de se ter alguns marcos com mais aderência que outros, as celeumas permanecem em aberto, contando com definições deficitárias à aplicação convicta do instituto. As discussões nos tribunais superiores não foram finalizadas, não obstante, já apresentem votos de alguns ministros (como o citado HC 185.913/DF) e a tendência consolidada do tribunal, como é o caso do STJ sobre a questão, que permite uma previsibilidade quanto ao resultado do Tema Repetitivo n. 1098.

### **4.3. O acordo de não persecução penal na prática**

“O processo é uma cerimônia degradante e, como tal, o caráter estigmatizante está diretamente relacionado com a duração desse ritual punitivo” (Lopes Jr, 2023, p. 21). Como se depreende do conteúdo deste trabalho, a referida reflexão, quando pensamos acerca do ANPP, pode levar a realidades opostas.

Sob um olhar imediatista (quicá míope), o acordo de não persecução, na forma como foi politicamente constituído, serve para acelerar punições. Sob o pretexto de “combater o crime” (a despeito de garantias individuais), incabível falar em retroatividade de lei penal mais benéfica, pois tal medida não se coaduna com a finalidade do instituto — e ele é um fim em si.

Noutro caminhar, à luz do processo penal constitucional (marco sobre o qual se filia o autor da referida passagem), a perspectiva se volta ao indivíduo. Pertinentes são as dúvidas acerca dos efeitos da lei no sistema carcerário, no perfil dos apenados e no receio da barganha. Todavia, quando aplicado retroativamente, o instituto se mostra interessante sem tantas

ressalvas. Para além do propósito incumbido ao ANPP, a subversão da lógica nos permite minimizar o caráter punitivo do tempo. Afinal, é a

[...] demora excessiva que pune pelo sofrimento decorrente da angústia prolongada, do desgaste psicológico (o processo como gerador de depressão exógena), do empobrecimento do réu, enfim, por toda estigmatização social e jurídica gerada pelo simples fato de estar sendo processado (Lopes Jr., 2023a, p. 21).

Assim, propõe-se uma breve análise do que é o acordo de não persecução, na prática.

A partir do estudo “MP: um retrato”, do CNMP, o qual apresenta dados dinâmicos em formato de *Business Intelligence* (BI), podem-se obter informações relevantes a respeito do acordo. No anexo “Criminal - Inquérito Policial e Auto de Prisão”, classe “Inquérito policial, Instaurados”, encontram-se os únicos dados do ANPP.

Em 2022, verificou-se o registro de 69.142 termos pelo “Ministério Público Estadual e do Distrito Federal e Territórios”, contudo, não é aclarado se tal soma representa o número de acordos propostos ou firmados. Apesar disso, a discrepância regional é algo notável. Enquanto sul, nordeste e centro-oeste alcançaram patamares próximos (respectivamente 12.451, 10.483 e 10.139); a região norte totalizou 3.769 termos de acordo de não persecução; e o sudeste obteve o marco de 32.300 termos de acordo (Brasil, 2022).

A respeito de tal disparidade, cita-se o levantamento realizado pelo CNJ com o propósito de mapear a implementação do ANPP a nível nacional<sup>50</sup>. A pesquisa conclui que a dissonância

[...] guarda relação direta com a monta de casos criminais e investigações e, sobretudo, com o nível de exigência que os membros dos ministérios públicos estaduais estabelecem para ofertar o acordo.

Quanto a este último ponto, é importante frisar que os juízes e juízas, ao longo das entrevistas, se referiram a diferentes perfis de promotores, descrevendo aqueles que interpretavam de modo mais restrito as hipóteses de cabimento do ANPP e os que enxergavam o instituto com maior abertura.

É possível que este fator explique por qual motivo o estado do Norte possui menos acordos do que o do Centro-Oeste e o do Nordeste, embora os três tribunais pesquisados nessas regiões sejam de médio porte. Similarmente, a disparidade no número de acordos entre os estados do Sul e Sudeste, embora ambos sejam sede de tribunais estaduais de grande porte, pode ser atribuída à diferença de entendimento acerca dos requisitos para oferta do ANPP compartilhada entre os promotores estaduais (Brasil, 2023).

As diferentes posturas na aplicação do ANPP podem ser verificadas, também, quando da análise do perfil socioeconômico e racial daquele que firma o pacto.

---

<sup>50</sup> Foram examinados 946 acordos em cinco estados do Brasil, abrangendo um estado de cada região do país. Além disso, entrevistaram membros do Ministério Público e da Defensoria Pública, bem como magistrados (Brasil, 2023).

O histórico criminal desses indivíduos, graças ao § 2º, II, do art. 28-A do CPP, é uma temática que suscita diferentes leituras. Isso, pois, a expressão legal veda o oferecimento do acordo quando “houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”. A polêmica advém da omissão legislativa em definir tais conceitos, de modo que, “a depender da interpretação, [há um] obstáculo à utilização do ANPP para pessoas com maus antecedentes ou perseguições em andamento” (Brasil, 2023).

Os dados levantados indicam que a maioria das pessoas que procederam ao acordo (consoante a pesquisa do CNJ, 89% dos indivíduos), não apresentava maus antecedentes (ressalvada a margem de 3% por falta de informações nos processos analisados). Esse dado sugere que,

[...] embora não haja vedação legal, há uma tendência da prática judiciária de beneficiar com o acordo apenas aqueles primários e com bons antecedentes. Por outro lado, a constatação de que há 9% de casos (cerca de 85 processos) em que os autores possuem maus antecedentes pode indicar certa abertura ao ANPP em tais situações. Com tal abertura, seria fortalecida a interpretação do art. 28-A, § 2º, II, CPP, vedando-se a realização do ANPP somente quando houver condenação definitiva, e não diante de processos ou investigações em andamento, como ocorre na transação penal (Brasil, 2023, p. 105).

Sob a perspectiva de gênero e raça, o levantamento indica uma dificuldade na apuração dos indicativos, porquanto há extensas lacunas na coleta e registro dos dados. A respeito do sexo e gênero dos indivíduos, buscou-se, inicialmente, saber se a pessoa era homem ou mulher e, posteriormente, entender se eram homens ou mulheres cis, trans ou pessoas não binárias. A última informação, contudo, foi significativamente prejudicada, pois em 84,6% dos casos ela não estava disponível. Ademais, as pessoas que se identificaram como cis e heterossexuais eram de 15%; em apenas um caso, houve declaração de não binaridade, e em outro, transgênero (Brasil, 2023).

Quanto ao sexo, a maioria das pessoas que celebrou acordos era do sexo masculino (85%). Todavia, repartindo esses dados por estados, averigua-se uma similaridade nos estados do Centro-Oeste, Norte e Sudeste, enquanto no Nordeste e Sul do país, há uma elevada no percentual de mulheres (Brasil, 2023).

A respeito da raça, 37% dos casos analisados eram omissos à informação (inclusive com significativa variação entre os estados<sup>51</sup>), o que demanda cautela no momento da interpretação do resultado apurado (Brasil, 2023).

---

<sup>51</sup> “É extremamente importante apontar que, exceto por um caso em que houve anotação da raça do autor do fato, no estado do Norte, o registro desse dado foi inexistente. No Centro-Oeste e no Nordeste, o percentual de casos sem essa informação ultrapassou 40%, tornando as análises de fato prejudicadas” (Brasil, 2023, p. 103)

Tendo em vista a defasagem mais baixa no estado do sudeste, algumas hipóteses foram ensaiadas:

Se observarmos a distribuição da população total do referido estado, verificaremos que o percentual de pessoas brancas no ano de 2020 era de 48,7%, enquanto o de pessoas negras é próximo a 51,7%. Já quando olhamos para a população carcerária desse mesmo estado, temos um número absoluto e proporcional maior de pessoas pretas e pardas presas. Segundo dados de junho de 2022 do INFOPEN, o estado contava com 62.437 presos, com informação sobre cor/raça para 37.774 delas. Deste total, 28.125 (45% do total e 83% dos casos informados) são de pretos e pardos e 9403 de brancos. Mais uma vez a subnotificação dificulta a análise, mas os dados sugerem a sobre-representação de pessoas negras e sub-representação de pessoas brancas no sistema prisional. Tal nível de sobre e sub-representação, contudo, não se confirma no caso dos acordos – ao menos não nesse estado. (Brasil, 2023, p. 103-104).

A pesquisa, conclui que, não obstante haja a seleção de um percentual maior de pessoas negras pelo sistema de justiça (inclusive, se observados a proporcionalidade étnica da população), esse descompasso é menor no âmbito do ANPP.

Todavia, é apresentada uma segunda ressalva, para além da subnotificação.

Observando todos os casos sobre os quais a pesquisa está pautada, bem como os 331 procedimentos originários desse estado do sudeste, não há menção à pessoa em situação de rua nas estatísticas. Assim, os especialistas apontam

[...] como possível pergunta e agenda de pesquisa: existe maior chance de pessoas brancas serem beneficiadas com políticas de alternativas penais? O maior nível de vulnerabilidade socioeconômica e racial é um fator dificultador para acessar políticas de alternativas penais? (Brasil, 2023, p. 104).

Apesar da relevância dos questionamentos, as perguntas ficam sem resposta. Traçando um paralelo com a situação estadunidense, “onde o acordo possibilita o encarceramento de pessoas (*plea bargaining*), há pesquisas empíricas que indicam vieses no oferecimento das propostas e na assistência fornecida pela defesa técnica quando a pessoa imputada é negra” (Brasil, 2023, p. 104), como mostrado no terceiro capítulo deste trabalho.

Por fim, a respeito do “ponto de maior debate relacionado ao ANPP” (Brasil, 2023, p. 109), os dados comprovam o que se buscou mostrar no presente capítulo: a falta de uniformização acerca da retroatividade do instituto.

Mesmo com o posicionamento estabilizado do STJ (que entende pelo marco temporal do recebimento da denúncia), a pesquisa levantou um “número expressivo de acordos realizados após tal momento processual. Isso pode indicar a inexistência de maior resistência dos operadores jurídicos em relação à posição ampliativa, o que permitiria o cabimento do ANPP até o trânsito em julgado do processo penal” (Brasil, 2023, p. 109).

O relatório aponta que em 67% dos casos, a aplicação do acordo ocorreu antes da denúncia, 32% antes da sentença condenatória e 1% antes do trânsito em julgado da sentença

condenatória. No entanto, se estratificado tal apuração por estado, a realidade diverge (Brasil, 2023).

Estados do Nordeste e do Sul têm uma baixa incidência do ANPP em casos já denunciados. No Sudeste, observa-se uma predominância de acordos em situações em que a denúncia já foi apresentada. Tal disparidade foi identificada durante as entrevistas com os participantes locais, evidenciando a necessidade de compreender as percepções dos membros do Ministério Público sobre a viabilidade da aplicação retroativa desses acordos (Brasil, 2023, p. 109).

O respaldo na jurisprudência do STF permite que múltiplas percepções acerca da retroatividade do instituto sejam aplicadas pelos magistrados de primeiro grau. Pessoas que formulam pedido idêntico, clamando pela aplicação retroativa, têm “destinos diferentes no Supremo Tribunal Federal. O fato ocorre, pois as duas Turmas da Suprema Corte tem entendimentos dissonantes em relação ao tema” (Freitas, 2023).

Com o fim ilustrativo, Freitas cita as seguintes decisões:

1. Primeira Turma: **“O entendimento que vem sendo reiteradamente adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal é de que “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” (ARE 1422233 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 26/06/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-06-2023 PUBLIC 29-06-2023).**
2. Segunda Turma: **“A Segunda Turma desta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que o art. 28-A retroage às ações que estavam em curso quando a Lei n. 13.964/2019 entrou em vigor, ainda que recebida a denúncia ou prolatada a sentença penal condenatória.” (HC 225581 AgR, Relator(a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 25/04/2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 28-04-2023 PUBLIC 02-05-2023).**

Em resumo, o STF está dividido na definição do limite temporal à retroatividade do art. 28-A, CPP. Em parte, os Ministros filiam-se ao não recebimento da denúncia, tal como entende o STJ (tema elucidado no item 4.2.a); enquanto a outra parcela dos magistrados adota a perspectiva mais extensiva (em consonância com o item 4.2.c) e fixa o trânsito em julgado como limite intransponível à aplicação do ANPP.

#### **4.4. Considerações finais**

A fim de finalizar o presente trabalho, importante tecer as últimas considerações sobre a temática. Como visto, o tema da (ir)retroatividade do acordo previsto pelo art. 28-A, do CPP suscita, o seguinte questionamento: caso o acordo de não persecução penal seja instituto passível de retroagir, haveria um limite temporal a esse efeito?

As respostas (na doutrina e jurisprudência) são múltiplas, mas os fundamentos, nem tanto. Como apresentado no decorrer deste capítulo, as justificativas se repetem, servindo a diferentes marcos temporais, tal como o arguido “desvio de finalidade do instituto”. O referido exemplo é adotado por todas as opiniões, desde aquelas que defendem a irretroatividade, até as visões mais amplas acerca do limite desse efeito.

Em suma, o caminho percorrido nessa etapa do trabalho seguiu o rito típico do procedimento e iniciou pela análise daqueles em favor da não retroatividade do ANPP (tópico 4.1.), pois defendem uma aplicação restrita à fase pré-processual. Pautam-se, em resumo: na (i) natureza meramente processual da norma; (ii) que tal medida vai de encontro com a finalidade do instituto; e na (iii) ausência da confissão do acusado (havendo uma impossibilidade de preencher essa lacuna). Trata-se de corrente minoritária e sem adesão real nos Tribunais de Vértice. No recorte estudado, as decisões do STJ apenas mencionam esse entendimento, mas concluem em sentido diverso. Isso, pois, os Ministros, ao proferirem seus votos, analisam o caso e referem-se à data em que recebida a denúncia.

Quando ultrapassada a fase investigativa e dado início a etapa jurisdicional, fala-se em uma retroatividade temporalmente condicionada, onde as opiniões estão fixadas em diferentes marcos do processo penal. Nessa harmonia pela retroatividade (tópico 4.2), denota-se um padrão: todos pautam esse efeito no caráter benéfico do art. 28-A, do CPP, o qual tem natureza jurídica híbrida.

O primeiro limite verificado é o do recebimento da denúncia (tópico 4.2.a), o qual constitui a corrente majoritária do STJ e da Primeira Turma do STF. Aqueles favoráveis a esse marco, argumentam, em suma, (i) a possibilidade de se deturpar o objetivo do instituto, dada a “avançada marcha processual”; (ii) o enunciado n. 20 do Conselho Nacional do Ministério Público; e (iii) a decisão de não incorporar o *plea bargain*, no sistema jurídico nacional. Por fim, cita-se o Tema Repetitivo n. 1098, questão ainda não julgada pelo STJ, que busca responder à (im)possibilidade de oferecer o acordo aos casos após o recebimento da denúncia.

Em contraponto a esse limite, tem-se o princípio da isonomia, que, quando inobservado, deixa ao acaso a definição dos parâmetros de incidência de uma lei mais benéfica ao agente. Ainda que seja aplicado pela maioria dos ministros que compõem os Tribunais de Vértice (inclusive aqueles encarregados pelo resguardo da Carta Magna nacional), o fator “de sorte” carece de respaldo constitucional e dá margem a decisionismos. Ademais, nessa etapa do estudo, averiguou-se uma confusão terminológica entre os termos “vigência” e “vigor”, o que potencializa a insegurança jurídica já presente no referido marco.

A segunda baliza temporal dá-se no momento em que prolatada a sentença (capítulo 4.2.b). Esse foi o critério adotado pelos Tribunais Superiores no contexto da Lei dos Juizados Especiais, sobre o qual houve extensa discussão sobre institutos da ordem negocial. Todavia, os Tribunais Superiores aderem ao referencial previamente analisado (capítulo 4.2.a) ou ao subsequente (capítulo 4.2.c), excluindo, assim, a via intermediária.

Outra hipótese estudada, foi o trânsito em julgado da sentença condenatória, de modo que permissiva a retroatividade, ainda que em grau recursal (capítulo 4.2.c). Acerca dessa linha, tem-se a afetação do tema sobre o HC 185.913/DF pelo STF, que estabeleceu duas questões problemáticas versando sobre a temática e, de todos os Ministros, até a conclusão deste trabalho, apenas três votaram. Contudo, os ministros votantes concordaram em fixar o entendimento da retroatividade a todos “os casos sem trânsito em julgado da sentença condenatória, desde que requerida na primeira intervenção procedimental das partes” (Brasil, 2020). Extrai-se dos julgados, mais uma vez, a incerteza de se o marco temporal está pautado na entrada em vigor da Lei 13.964/2019 (23/01/2020) ou de sua vigência (24/12/2019).

A despeito do Enunciado 98 do MPF, viu-se que a questão tampouco é uníssona no âmbito do Ministério Público. Outro argumento adotado por essa linha é a Súmula 337 do STJ que, para muitos, seria aplicável ao ANPP, mais uma vez por força do princípio da isonomia e pela inexistência de limite constitucionalmente previsto. Nesse mesmo caminho, em casos de *emendatio libelli* ou *mutatio libelli*, tal marco temporal é mais aceito no âmbito da Corte da Cidadania.

A última hipótese defende a retroatividade mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória (capítulo 4.2. d.) e se divide em dois cenários: fase de execução (capítulo 4.2. d. i.) e após o cumprimento da pena (capítulo 4.2. d. ii.). Tal etapa do trabalho versa sobre questões de natureza teórica, pois não há respaldo jurisprudencial e, tampouco, doutrinadores que comentam a referida possibilidade.

Mais uma vez, o argumento da isonomia é invocado para justificar a tese levantada. Após cumprida a pena, o ANPP serviria como forma de extinguir efeitos acessórios e estigmatizantes da pena. Porém, mesmo nessa teoria, é estabelecido um limite temporal. Valendo-se do entendimento fixado no Tema n. 150 de Repercussão Geral, o prazo para tal modalidade é de 5 anos do cumprimento total da pena.

Diante de todo o exposto, o que se pode concluir é que, por vezes, a fim de justificar concepções individuais, princípios e fundamentos do direito penal são postos de lado. Ainda que as divergências na doutrina e na jurisprudência sejam realidade (e, por conseguinte,

suscitem um debate acalorado dos operadores do direito), não se pode esquecer de quem é afetado por essa indefinição, sendo em tal perspectiva, que se abordou este último capítulo.

## CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou analisar as diferentes interpretações dadas ao instituto previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal. Incluído no ordenamento jurídico nacional em 2019, e em vigor desde o começo de 2020, trata-se de mecanismo recente, advindo da justiça penal negocial que, em muito, se inspira no modelo estadunidense do *plea bargain*, sendo tal circunstância sopesada quando da organização do trabalho.

A pesquisa foi dividida em três seções. A primeira trata do advento da Lei n. 13.964/2019 e perpassa desde o contexto sob o qual ela foi proposta e promulgada, até uma análise mais minuciosa do acordo de não persecução penal.

Em seguida, no terceiro capítulo, abordou-se a justiça criminal negocial, momento em que apresentada sua base e analisado o caso dos Estados Unidos, através da experiência do *plea bargain*. Tal escolha deu-se pelo fato do instituto estadunidense ser a inspiração do art. 28-A do CPP, e, também, pela ampla difusão desse país como modelo de política criminal, sobre a qual as demais nações deveriam se espelhar. Ademais, foi apresentada forma como a modalidade foi adotada no ordenamento brasileiro.

O último capítulo, por sua vez, adentrou nas variadas hipóteses produzidas pela temática da retroatividade. A seção foi finalizada adentrando nos dilemas práticos do instituto e qual o perfil do agente que pactua com o MP.

Este trabalho discutiu os conflitos envolvendo (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal a partir das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça, no primeiro semestre de 2023. Ademais, trouxe enunciados, pareceres e estudos formulados por diferentes atores jurídicos, sendo tal gama contraposta às diferentes visões doutrinárias — sempre sob o norte do processo penal constitucional.

Ficou demonstrada que, não obstante a série de teses no contexto da (ir)retroatividade do art. 28-A do CPP, os motivos se repetem.

Ainda que as divergências na doutrina e jurisprudência sejam previsíveis, em se tratando de instituto despenalizador, a leitura do acordo de não persecução penal há de respeitar os princípios da nossa ordem jurídica. Todavia, conforme exposto, tais fundamentos constitucionais, são sopesados, conferindo-lhes, erroneamente, o mesmo valor argumentativo das demais justificativas.

Apesar da temática ser objeto do Tema 1098 no STJ e terem sido fixadas questões-problema a seu respeito no âmbito do STF (HC 185.913/DF), a ausência de julgamento pelos Tribunais Superiores mantém a instabilidade dos julgamentos locais, às custas da segurança jurídica e dos acusados. Assim, não havendo esse posicionamento, a seletividade e a sorte continuam sendo a regra nos acordos de não persecução penal.

## REFERÊNCIAS

A 13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Rodução: Ava DuVernay, Spencer Averick, Howard Barish. EUA: Netflix, 2016.

ANITUA, Gabriel Ignacio. **A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas**. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). *Sistemas Processuais Penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado**. In: Cunha, Rogério Sanches et al. (Coord.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 218. Cap. 10. p. 273-330.

ASSESSORIA DE COMUNICAÇÃO SOCIAL (Brasil). Tribunal Regional Federal da 1ª Região. **Institucional: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca do STJ fala sobre justiça Penal negociada durante a fase investigativa na rede de inteligência do TRF1**. 2022. Disponível em: <https://portal.trf1.jus.br/portaltrf1/comunicacao-social/imprensa/noticias/institucional-ministro-reynaldo-soares-da-fonseca-do-stj-fala-sobre-justica-penal-negociada-durante-a-fase-investigativa-na-rede-de-inteligencia-do-trf1.htm>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. **O respeito à Constituição Federal na aplicação retroativa do ANPP**. In: De Bem, Leonardo Schmitt; Martinelli, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 123-138.

BEM, Leonardo Schmitt de. **Insistindo sobre a retroatividade do ANPP: não há barreira constitucional que impeça retroação em caso definitivamente: repudiando “tese” consequentialista**. In: De Bem, Leonardo Schmitt; Martinelli, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 171-182.

BEM, Leonardo Schmitt de.; FUZIGER, Rodrigo José. **Por uma aplicação “antiporofóbica” do acordo de não persecução penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 115-121.

BRASIL. Secretaria Nacional de Políticas Penais. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Painéis Dinâmicos: SISDEPEN: estatísticas penitenciárias**. Sisdepen: Estatísticas Penitenciárias. 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/paineis-anteriores>. Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Acordo de não persecução penal: a novidade do Pacote Anticrime interpretada pelo STJ**. 2023. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/2023/12032023-Acordo-de-nao-persecucao-penal-a-novidade-do-Pacote-Anticrime-interpretada-pelo-STJ.aspx>. Acesso em 21 de out. 2023.

BRASIL. **Um levantamento nacional da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no Brasil fortalecendo vias para as alternativas penais [recurso eletrônico]: um levantamento nacional da aplicação do Acordo de não Persecução Penal no Brasil**. Conselho Nacional de Justiça ... [et al.]; coordenação de Luís Geraldo SantAna Lanfredi ... [et al.].

Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/lancamento-levantamento-anpp-1.pdf> Acesso em: 11 de nov. de 2023.

**BRASIL. Operação Carne Fraca: STJ reafirma que investigado não tem direito subjetivo a acordo de não persecução penal.** Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20052022-Operacao-Carne-Fraca-STJ-reafirma-que-investigado-nao-tem-direito-subjetivo-a-acordo-de-nao-persecucao-penal-.aspx>. Acesso em 15 de abril de 2023.

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019.** Brasília, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. Governo Federal. **Metas nacionais prioritárias:** agenda de 100 dias de governo. Brasília: [S.I.], 2019. 9 p. Disponível em: <https://www.gov.br/casacivil/pt-br/assuntos/downloads/100-dias-tabela-reformatada-com-17.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Governo Federal. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei nº 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. **Projeto de Lei n. 882, de 2019.** 1. ed. Brasília, Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL%20882/2019). Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados (Gabinete da Liderança do PR). Projeto de Lei n. 10.372, de 2018. Introduce modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. **Projeto de Lei n. 10.372, de 2018.** Brasília, Disponível em: [https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL%2010372/2018](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL%2010372/2018). Acesso em: 18 dez. 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017.** Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília. DF. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: setembro 2023.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 183, de 24 de janeiro de 2018.** Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-183.pdf>. Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**: coletânea de artigos. Brasília, DF: MPF, 2020. v. 7. p. 348-365.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.

BRASIL. **Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Brasília, Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 01 de agosto de 2013**. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19099.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 18 nov. 2023.

BRASIL. **Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Brasília, 03 out. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 11 nov. 2023.

BRASIL. **Enunciados interpretativos da Lei nº. 13.964/2019 - Lei Anticrime - Comissão Especial CNCCrim**. Disponível em: [https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM\\_Enunciados.pdf](https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf) Acesso em: 20 set. 2023.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime). 2. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

CAMILLO, Carlos. **Manual da Teoria Geral do Direito**. Grupo Almedina (Portugal), 2019. E-book. ISBN 9788584935161. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584935161/>. Acesso em: 14 nov. 2023.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (org.). CASARA, Rubens Roberto Rebello. **Estado Pós-Democrático, neo-obscurantismo e gestão dos indesejáveis**, 1. ed. - Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.

CLAIR, Matthew; WINTER, Alix S.. The collateral consequences of criminal legal association during jury selection. **Law & Society Review**, [S.L.], v. 56, n. 4, p. 532-554, 18 nov. 2022. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/lasr.12629>. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/lasr.12629>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (Brasília). Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia/Superintendência de Economia. **Retratos da sociedade brasileira: principais problemas do país e prioridades para 2021**. 55. ed. Brasília: Cni, 2021. 2018 p. Disponível em: [https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/81/3c/813cc07a-c385-4dd0-b305-f82d92432365/retratosdasociedadebrasileira\\_55\\_principaisproblemasdopaisprioridadespara2021.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/81/3c/813cc07a-c385-4dd0-b305-f82d92432365/retratosdasociedadebrasileira_55_principaisproblemasdopaisprioridadespara2021.pdf). Acesso em: 18 nov. 2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA (Brasília). Diretoria de Desenvolvimento Industrial e Economia/Superintendência de Economia. **Retratos da sociedade brasileira**. 47. ed. Brasília: Cni, 2018. 17 p. Disponível em: [https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/1d/21/1d21ebd0-4c82-41c9-896f-b59236bcde2c/retratosdasociedadebrasileira\\_47\\_perspectivasbolsonaro.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/1d/21/1d21ebd0-4c82-41c9-896f-b59236bcde2c/retratosdasociedadebrasileira_47_perspectivasbolsonaro.pdf). Acesso em: 18 nov. 2023.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA. **Retratos da sociedade brasileira: segurança pública**. Março de 2017. Disponível em: [https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/7c/d5/7cd59272-ccfa-4a51-8210-33c318969a42/retratosdasociedadebrasileira\\_38\\_segurancapublica.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/7c/d5/7cd59272-ccfa-4a51-8210-33c318969a42/retratosdasociedadebrasileira_38_segurancapublica.pdf). Acesso em: 02 outubro. 2023.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO (Brasil). **MP um Retrato**. 2021. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/relatoriosbi/mp-um-retrato-2021>. Acesso em: 11 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MILANEZ, Bruno Augusto Vigo. **A bifuncionalidade dos preceitos sobre o ANPP e sua eficácia temporal**. 2022. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-18/limite-penal-bifuncionalidade-preceitos-anpp-eficacia-temporal/>. Acesso em: 18 nov. 2023.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Não adianta punir os ricos para equilibrar a balança**. *Conjur*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2010-jan-10/entrevista-jacinto-coutinho-especialista-processo-penal>>. Acesso em: 16 out. 2023.

CRIMINAL JUSTICE SECTION (United States). American Bar Association. **Plea Bargain Task Force Report**. [S.I.]: Aba, 2023. 40 p. Disponível em: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/criminaljustice/plea-bargain-tf-report.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP**. Salvador: Editora Juspodium, 2020.

DEZEM, Guilherme Madeira; SOUZA, Luciano Anderson de. **Comentários ao pacote anticrime: Lei 13.964/2019**. Revista dos Tribunais, 2020.

DUARTE, Erika Nobre Martins Gaia. **Em Busca da Racionalidade das Leis Penais: Uma perspectiva integrada entre a Legística, a Argumentação Legislativa e o Controle de Constitucionalidade para moderar o populismo penal e a hipercriminalização.** Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico-Criminais) - Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra, 2020.

ESPAÑA. **Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.** In: Código Penal y Legislación Complementaria. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> Acesso em: 11 de nov. de 2023.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. **Ausência de racionalidade na política criminal no Brasil.** Conjur, 28 jan. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jan-28/chiavelli-falavigno-ausencia-politica-criminal-brasil>. Acesso em: 03 outubro. 2023.

FARACO NETO, Pedro; Lopes, Vinícius Basso. **O acordo de não persecução penal - a retroatividade da lei penal mista e a possibilidade dos acordos após a instrução processual.** Disponível em: <https://ibccrim.org.br/publicacoes/edicoes/51/448>. Acesso em 08 de nov. 2023

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: teoria do Garantismo penal.** 3ª ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **A democracia através dos direitos: o constitucionalismo garantista como modelo teórico e como projeto político.** São Paulo: Ed. RT, 2015.

FREITAS, Hebert. **Pedidos de aplicação retroativa do ANPP, hoje, tem destinos diferentes a depender da Turma sorteada no STF.** Disponível em: <https://sintesecriminal.com/pedidos-de-aplicacao-retroativa-do-anpp-hoje-tem-destinos-diferentes-a-depender-da-turma-sorteada-no-stf/>. Acesso em 11 de nov. 2023.

GAZOTO, Luís Wanderley. **Justificativas do Congresso Nacional brasileiro ao rigor penal legislativo: o estabelecimento do populismo penal no Brasil contemporâneo.** 2010. 377 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Sociologia, Universidade de Brasília, 2010.

GOMES, Luiz Flávio. **Para onde vamos com o populismo penal?** Jusbrasil, [S.l.], 2011. Disponível em: <https://professorlfg.jusbrasil.com.br/artigos/121927228/paraonde-vamos-com-o-populismo-penal> Acesso em: 11 de nov. de 2023.

GUIMARÃES, Chemim; RÉGNIER, Rodrigo; GUARAGNI, Fábio André. O acordo de não percepção penal e sucessão temporal de normas processuais penais. In: BEM, Leonardo Schmitt de; Martinelli, João Paulo (Org.). **Acordo de não persecução penal.** 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 139-170.

GRAMLICH, John. **Only 2% of federal criminal defendants went to trial in 2018, and most who did were found guilty.** 2019. Pew Research Center. Disponível em: <https://www.pewresearch.org/short-reads/2019/06/11/only-2-of-federal-criminal-defendants-go-to-trial-and-most-who-do-are-found-guilty/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

GURGEL, Sérgio Ricardo do Amaral; MANTIOLHE, Flávia Duarte. **Pacote anticrime: os efeitos da reforma ao Código de Processo Penal.** Artigo atualizado em 11/08/2023.

Disponível em: <https://canalcienciascriminais.com.br/pacote-anticrime-os-efeitos-da-reforma-ao-codigo-de-processo-penal/>. Acesso em 21 out. 2023.

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

LOPES JR., Aury.; PINHO, Ana Claudia Bastos de; ROSA, Alexandre Moraes da. **Pacote Anticrime: um ano depois**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021. E-book. ISBN 9788553618453. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553618453/>. Acesso em: 11 de nov. de 2023.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023a. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/> Acesso em: 11 de nov. de 2023.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2023b. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 11 de nov. de 2023.

LOPES JR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

LOPES JR., Aury. **A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECCRIM**. Boletim IBCCRIM - Ano 29 - N.º 344 - julho de 2021 - ISSN 1676-3661, p. 4-6.

MARTINELLI, João Paulo; SILVA, Luís Felipe Sene da. **Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; Martinelli, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 51-72.

MELO, Marcos Eugênio Vieira; RIBEIRO, Marcelo Herval Macêdo; SAMPAIO, André Rocha. **Justiça negocial e garantismo penal: a fragilização da epistemologia garantista a partir da expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. Revista do Departamento de Ciências Jurídicas e Sociais da Unijuí. Editora Unijuí – n. 55 – jan./jun. 2021 – ISSN 2176-6622. Disponível em: Acesso em: 17 out. 2023.

MENDES, Tiago Bunning. **A retroatividade do acordo de não persecução penal: uma luz no fim do túnel**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-fev-04/bunning-retroatividade-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em 07 de nov. de 2023.

MIGALHAS (Brasil). Redação. **STF: Moraes pede vista em caso que analisa retroatividade do ANPP**. 2023. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/quentes/394056/stf-moraes-pede-vista-em-caso-que-analisa-retroatividade-do-anpp>. Acesso em: 07 nov. 2023.

MOUFFE, Chantal. **On the political**. New York: Routledge, 2005.

ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Brasil). **Análise do Projeto de Lei Anticrime**: OAB Nacional. Brasília: Conselho Federal, 2019. 75 p. Disponível em:

<https://s.oab.org.br/arquivos/2019/05/c28c402c-db24-4d8a-9b3c-5e03235fe6a2.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **Curso de processo penal norte-americano**. São Paulo: RI, 2006. Disponível em:

[https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer\\_public/1d/21/1d21ebd0-4c82-41c9-896f-b59236bcde2c/retratosdasociedadebrasileira\\_47\\_perspectivasbolsonaro.pdf](https://static.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/1d/21/1d21ebd0-4c82-41c9-896f-b59236bcde2c/retratosdasociedadebrasileira_47_perspectivasbolsonaro.pdf) Acesso em: 11 de nov. de 2023.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: reflexões à luz da teoria dos direitos fundamentais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, [S.L.], v. 6, n. 3, p. 1543-1582, 27 out. 2020. Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>. Disponível em: <https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/article/view/347>. Acesso em: 11 nov. 2023.

RODRIGUES, Rafael Bulgakov Klock; KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. Uma análise do processo legislativo do pacote anticrime. In: 11º CONGRESSO INTERNACIONAL DE CIÊNCIAS CRIMINAIS, 11., 2021, Porto Alegre. **Anais do 11º Congresso Internacional de Ciências Criminais**. Porto Alegre: Edipucrs, 2021. p. 01-14. Disponível em: <https://editora.pucrs.br/edipucrs/acessolivre/anais/congresso-internacional-de-ciencias-criminais/assets/edicoes/2020/arquivos/74.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

RODRIGUES, Rodrigo Alvez. **Principais Aspectos Do Acordo de Não Persecução Penal**. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/principais-aspectos-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: novembro de 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia do Processo Penal Conforme a Teoria dos Jogos**. 4. ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2017. 974 p.

ROSA, Alexandre Morais da. **Guia compacto do processo penal conforme teoria dos jogos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. 129 p.

ROSA, Luísa Walter da. **A Necessária relação entre liberdade negocial e protagonismo da defesa nos acordos penais**. In: Boletim IBCCRIM - ano 30 - N.º 354 - Maio de 2022 (ISSN 1676-3661). Disponível em:

[https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos\\_pdf/revista-02-05-2022-16-36-52-708038.pdf#page=26](https://ibccrim.org.br/app/webroot/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-02-05-2022-16-36-52-708038.pdf#page=26). acesso em: 17 out. 2023.

SMITH, Jeffrey Q.; MACQUEEN, Grant R.. Going, Going, But Not Quite Gone: trials continue to decline in federal and state courts. does it matter?. **Judicature**, Durham, v. 101, n. 4, p. 26-39, 2017. Disponível em: <https://judicature.duke.edu/articles/going-going-but-not-quite-gone-trials-continue-to-decline-in-federal-and-state-courts-does-it-matter/>. Acesso em: 11 nov. 2023.

STEIN, Ana Carolina Filippin. **Acordo de não persecução penal e presunção de inocência: a (im)possibilidade da presença do direito fundamental à presunção de inocência em ambiente extraprocessual negocial**. In: BEM, Leonardo Schmitt de; Martinelli, João Paulo (Org.). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2022, p. 29-49.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Operação Carne Fraca**: STJ reafirma que investigado não tem direito subjetivo a acordo de não persecução penal. STJ reafirma que investigado não tem direito subjetivo a acordo de não persecução penal. 2022. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/20052022-Operacao-Carne-Fraca-STJ-reafirma-que-investigado-nao-tem-direito-subjetivo-a-acordo-de-nao-persecucao-penal-.aspx#:~:text=Citando%20precedentes%20do%20STF%20e%2ccom%20as%20circunst%C3%A2ncias%20do%20caso>. Acesso em: 11 nov. 2023.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Brasil). **Jurisprudência em Teses**: do pacote anticrime II. 185. ed. Brasília: Secretaria de Jurisprudência, 2022. 5 p. Disponível em: [https://www.stj.jus.br/docs\\_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20185%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime%20II.pdf](https://www.stj.jus.br/docs_internet/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprudencia%20em%20Teses%20185%20-%20Do%20Pacote%20Anticrime%20II.pdf). Acesso em: 11 nov. 2023.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

TÁVORA, Nestor; ARAÚJO, Fábio Roque. **Código de Processo Penal Comentado**. 11. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.

ULMER, J. (2007). **Prosecutorial discretion and the imposition of mandatory minimum sentences**. *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 44, 427-458. <https://doi.org/10.1177/0022427807305853> Acesso em: 12 out. 2023

UNITED STATES. Commission On Civil Rights. United States Government. **Collateral Consequences**: the crossroads of punishment, redemption, and the effects on communities. Washington: [S.I.], 2019. 174 p. Disponível em: <https://www.usccr.gov/files/pubs/2019/06-13-Collateral-Consequences.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2023.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: Análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro. São Paulo: IBCrim, 2015, p. 68.

VILLA, Luca. Ordem dos Advogados do Piauí. **Sugestão de alterações legislativas no âmbito da discussão dos projetos de lei nº 10.372/2018, 10.373/2018 e 882/2019**. 16 de mai. de 2019. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/grupos-de-trabalho/56a-legislatura/legislacao-penal-e-processual-penal/apresentacoes-em-eventos/LucasVillaPropostadealteraeslegislativas.pdf> acesso em: 11 de nov. de 2023.

WACQUANT, Loïc. **Bourdieu, Foucault e o Estado penal na era neoliberal**. *Revista Transgressões*, v. 3, n. 1, p. 5-22, 27 maio 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/transgressoes/article/view/7188>. Acesso em 24 out. 2023.

WUNDERLICH, Alexandre; VIEIRA NETO, João. **Acordo de não persecução penal recursal: novatio legis in mellius?**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-30/wunderlich-vieira-neto-acordo-nao-persecucao-penal-recursal>. Acesso em 09 nov. 2023.