

# LIMITES PARA A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL DE FORMA RETROATIVA

Lucimara Aparecida Silva Antunes de Oliveira\*

## Resumo

Partindo-se do pressuposto de que o acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro como norma processual penal mista, tem o presente artigo o objetivo de discutir sobre os limites da retroatividade do instituto para casos anteriores à sua vigência. Considera-se como de natureza mista em razão de o acordo penal contemplar um dos meios para extinção da punibilidade no caso de seu integral cumprimento. Passando-se pela análise da natureza jurídica do instituto e sua interpretação junto aos tribunais superiores, constata-se que o princípio da retroatividade da lei penal benéfica é aplicado de forma mitigada, com fundação hermeneuticamente deficiente, com claro escopo de política criminal que se elegeram adotar.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Justiça penal negociada. Política criminal. Princípio da retroatividade benéfica.

## Abstract

Starting from the assumption that the agreement not to prosecute has been introduced in the Brazilian legal system as a mixed criminal procedural rule, this article aims to discuss the limits of the retroactivity of the institute for cases prior to its effectiveness. It is considered to have a mixed nature due to the fact that the criminal agreement contemplates one of the means for the extinction of punishability in the case of its full compliance. Going through the analysis of the legal nature of the institute and its interpretation by the superior courts, it can be seen that the principle of retroactivity of the beneficial penal law is applied in a mitigated manner, with a hermeneutically deficient foundation, with a clear scope of the criminal policy that was chosen to be adopted.

**Keywords:** Non-prosecution agreement. Negotiated criminal justice. Criminal policy. Principle of beneficial retroactivity.

---

\* Graduada em Direito e Especialista em Ciências Penais (PUC Minas). Especialista em Direito Processual Penal (Instituto Damásio de Jesus/Ibmec). Mestranda em Direito (Faculdade Milton Campos). *E-mail:* lucimaraantunesoliveira@gmail.com

## 1 INTRODUÇÃO

O acordo em matéria penal sempre teve aplicabilidade controversa, pois, no Direito brasileiro, as infrações penais são consideradas como ofensas ao Estado e não só à vítima. Isso se comprova pelo fato de a ação penal ser em regra de iniciativa do órgão estatal, o Ministério Público. Essa previsão é de ordem Constitucional, restando à lei dispor sobre os demais aspectos da ação penal. A lei traz hipóteses pontuais em que a iniciativa da ação penal é da vítima ou de quem a represente na forma da lei. Isso mostra que o legislador reconhece que a vítima é parte na ação penal em alguns casos, quando a ofensa é direta à honra ou quando a intimidade justifica o afastamento do Estado para que a vítima decida se quer levar ao Judiciário o infrator para ser responsabilizado e punido na forma da lei.

Percebe-se também a tensão entre a efetividade da prestação jurisdicional e a política criminal ora incorporada de descarceirização e despenalização, privilegiando o caráter subsidiário do Direito Penal de modo a conceder ao infrator a assunção da responsabilidade sem que seja necessário o processo penal. Busca-se um encurtamento entre a apuração da responsabilidade e a efetiva resolução do conflito causado pela infração penal.

A Justiça penal negociada tem sido introduzida no Brasil de forma lenta, como a criação dos Juizados Especiais Criminais e seus institutos e procedimentos com meios consensuais de solução do conflito sem o estigma de um processo e uma condenação penal. Nesse sentido, criou-se o “Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)”, abarcando-se outras infrações, de forma a ampliar a política criminal de dar chances para o infrator que assume a responsabilidade sem o estigma do processo e consequências da condenação. Por esse instituto, o investigado ou acusado confessa a autoria do fato e se sujeita a condições e prestações, evitando o processo ou sua continuidade.

Não há dúvida de que o instituto é benéfico e, partindo-se do pressuposto de que, embora esteja contido em norma processual, possui conteúdo penal, retroagindo, portanto, a fatos anteriores. Assim, surge o questionamento sobre o limite da retroatividade do instituto, se seria aplicável a fatos anteriores não denunciados ou sem que tenha sido recebida a denúncia. Indaga-se também sobre

sua aplicabilidade a processos sentenciados sem que tenha a condenação transitado em julgado.

Com o fim de se resolver o problema sobre a existência de limite da retroatividade da aplicação do ANPP, faz-se uma análise sobre sua natureza jurídica, de modo a se verificar se está sujeito ao princípio da retroatividade benéfica da lei penal e em que medida a retroatividade é aplicada. Isso porque o dilema gira em torno de ser norma processual e de esta ter conteúdo penal.

O método utilizado para responder ao questionamento é o hipotético-dedutivo, em que se analisa o tratamento doutrinário do ANPP, passando-se para análise de sua interpretação pelos tribunais superiores para se verificar em que medida deve ser aplicado a fatos anteriores e assim examinar a constitucionalidade da interpretação restritiva da retroatividade.

O princípio da retroatividade benéfica da lei penal é, neste trabalho, adotado como marco teórico, uma vez que este não comporta exceções jurisprudenciais ou doutrinárias, pois o Direito Penal não deve se curvar a qualquer interpretação judicial que afaste as garantias e direitos fundamentais previstos na Constituição. O mesmo pode ser dito em relação a leis processuais penais com conteúdo material, como aqui se defende.

## **2 JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA**

Sabe-se que o conflito é inerente à sociedade. Para sua solução efetiva e prevenção de novos conflitos, os métodos consensuais de solução de conflitos têm sido de grande valia, sobretudo na esfera civil. Entretanto, na esfera penal, predomina a solução dos conflitos sob o paradigma punitivo, que tem dado lugar, em alguns casos, ao paradigma restaurativo e negocial.

Vê-se, no Direito brasileiro, a incorporação paulatina de mecanismos de solução de conflitos na esfera penal, em que se privilegia a celeridade, a despenalização e não aplicação da pena privativa de liberdade. Com isso, evita-se o estigma inerente à persecução penal, a pena privativa de liberdade e, em alguns casos, evita-se o próprio processo, sendo tendência da política criminal atualmente adotada, como ensina Mauro Messias:

Dito isso, temos que a crescente adoção de *soluções alternativas* à persecução penal parece ser um *caminho político-criminal sem volta*, objetivando, sobretudo, viabilizar a plena efetivação da justiça criminal, em grande medida vacilante no processo e julgamento dos crimes de maior gravidade, em razão da enorme pauta judiciária dos delitos menos impactantes. Ao se utilizar da negociação em determinados casos, o Ministério Público busca muito mais do que a simples *imposição* da resposta estatal: almeja a *concretização* desta (Messias, 2020).

Ocorre que o crime é entendido como ofensa ao próprio Estado, tendo o Ministério Público como função institucional a promoção da Ação Penal (art. 129, I, CR), salvo exceções legais em que se entende que a deflagração da persecução penal deve se dar por iniciativa do ofendido.

No Direito brasileiro, a justiça negociada teve início com a Lei nº 9.099/95, com vistas a promover a conciliação ou a transação entre as partes, de forma célere e informal, com foco na resolução do conflito, afastando-se do escopo puramente retributivo:

Art. 2º O processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

Art. 62. O processo perante o Juizado Especial orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, objetivando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade (Brasil, 1995).

A Lei introduziu no direito brasileiro o instituto da composição civil dos danos, nos arts. 72 a 74, a Transação Penal, no art. 76, e a suspensão condicional do processo, em seu art. 89, aplicável a crimes não abarcados pelo Juizado Especial, após o recebimento da denúncia e mediante o cumprimento de condições:

Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) (Brasil, 1995).

Posteriormente, a Lei nº 9.807/99 introduziu a colaboração premiada, e a Lei nº 12.850/13 trouxe o instituto de forma aprimorada, como meio de prova e com mais benefícios.

A Lei nº 13.964/2019 introduziu, no Direito brasileiro, o ANPP, no art. 28-A do Código de Processo Penal:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente (Brasil, 2019).

Nas palavras de Augusto César Leite de Resende, em artigo sobre o tema,

O processo penal brasileiro passa por mudanças mediante a ampliação dos institutos de justiça negocial e, não é por outro motivo que a Lei nº 13.964/2019 tem como um dos seus principais pilares a ampliação da justiça criminal consensual no Brasil, especialmente com a institucionalização do Acordo de Não Persecução Penal, que impede o início da ação penal em desfavor do autor do fato criminoso e, se cumpridas as suas condições, acarreta a extinção da punibilidade (Resende, 2020).

Com essa breve exposição da evolução da justiça negocial no Brasil, passe-se à análise do ANPP, precisamente sobre sua natureza jurídica e aplicabilidade a fatos anteriores, uma vez que o legislador não estabeleceu o seu marco de aplicação e, ainda que o fizesse, cumpre-nos refletir sobre sua repercussão sobre o direito de punir do Estado em face do direito do acusado ou mesmo sentenciado a se beneficiar do instituto que traz em si uma causa de extinção da punibilidade, refletindo nos antecedentes e reincidência.

### **3 CONSIDERAÇÕES SOBRE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA NATUREZA JURÍDICA**

O acordo de não persecução penal, introduzido pela Lei nº 13.964/2019 no denominado pacote anticrime expandiu o espaço negocial na justiça criminal, dado que abrange os crimes sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a quatro anos, mediante confissão, o que acarreta um encurtamento da investigação com o fim de produzir provas da autoria, com evidente economia processual. Uma vez que o Estado flexibiliza o direito de punir, o investigado ou réu colabora, fornecendo informação de sua autoria pela confissão e tem em troca a não propositura da ação ou mesmo seu prosseguimento e, conforme defendido no

presente artigo, pode também o acusado, e, em alguns casos, mesmo o sentenciado, se beneficiar do instituto.

O ANPP tem como antecedente, na legislação brasileira, a Resolução nº 181, de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público, que, em seu art. 18, dispõe:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente [...] (Brasil, 2017a).

Houve discussão acerca da inconstitucionalidade do dispositivo por vício formal pelas ADIs 5.790 e 5.793, por se tratar de matéria de Direito Processual que não poderia ser introduzida através de resolução. Entretanto, as referidas ações perderam seu objeto com a positivação do instituto, contudo, não houve decisão de extinção até a conclusão deste artigo.

Sobre o direito subjetivo do investigado ou réu sobre o ANPP, este constitui direito fundamental, tendo em vista que

O “Acordo de Não Persecução Penal”, enquanto posição jurídica integrante do âmbito de proteção do direito fundamental à liberdade de circulação, apresenta uma estrutura triádica, composta por um sujeito ativo, o investigado; um sujeito passivo, o Estado; e um objeto, que é a conduta prescrita pela norma jurídica, no caso, o art. 28-A do Código de Processo Penal, que deve ser realizada pelo Ministério Público a favor do investigado, revelando-se, assim, como um direito que tem o sujeito ativo suscetível de ser exercido sobre o sujeito passivo (Pulido *apud* Resende, 2020).

A Constituição da República, dentre os direitos fundamentais e como garantia, dispõe sobre o princípio da retroatividade da lei penal benéfica em seu art. 5º, XL, especificando que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”. Trata-se ainda de princípio fundamental norteador do Direito Penal, verdadeiro limitador do arbítrio Estatal, espinha dorsal do Direito Penal de garantias em um Estado Democrático de Direito. Esse direito também está disposto no art. 2º, § 2º, do Código Penal, dispondo, em seu parágrafo único: “A lei posterior que, de qualquer modo, favorecer o agente aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada e julgado” (Brasil, 1940).

Quanto à norma processual penal, dispõe o art. 2º do CPP que: “A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos

realizados sob a vigência da lei anterior”. Como instituto processual, o ANPP deve ser oferecido desde já, sempre que cabível e seja benéfico no caso concreto (já que implica a confissão circunstanciada dos fatos e cumprimento de condições materialmente idênticas a penas restritivas de direitos, entretanto, sem processo). Assim, deve-se também privilegiar a segurança jurídica, igualmente importante, no caso de o indivíduo optar por alegar não ser o autor dos fatos e aceitar o processo com todas as suas consequências.

No sentido de retroatividade da lei processual penal mais benéfica, ensina o Professor Aury Lopes Júnior que “o Princípio da Imediatidade contido no art. 2º do CPP, assim aplicado, não resistiria a uma filtragem constitucional, ou seja, quando confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição” (Lopes Júnior, 2020, p. 166). Para o autor, o Direito Processual Penal não pode ser manejado de forma separada do Direito Penal.

Sobre o alcance do acordo de não persecução penal a fatos ocorridos, denunciados ou julgados antes de sua vigência, considera-se que se trata de verdadeira garantia fundamental, visto que reflete nos antecedentes criminais do indivíduo e na reincidência, sabiamente estigmatizantes, sendo também fatores obstativos de direitos na esfera penal. Para tanto, importante considerar a natureza jurídica do acordo, uma vez que se trata de norma processual, mas com conteúdo material. Isso por trazer em si uma causa de extinção de punibilidade, impedindo que seja iniciada ação penal ou, se iniciada, que tenha prosseguimento, conforme ensino de Alexandre Bizzotto e Denival Francisco da Silva:

No campo processual, o acordo interfere no caminhar do procedimento processual penal e tem a capacidade de paralisar a persecução penal, impedindo a continuidade investigativa (se na fase inquisitorial), ou suspende o curso processual (se na fase judicial). [...] Por isso, se a reiteração de um ato processual implicar benefício de cunho material, será então renovado, a fim de se oportunizar ao investigado/acusado fazer a opção (se for este o caminho possível) ou deferi-lo de plano, por trazer-lhe favorável condição em face da novação legal (Bizzotto; Silva, 2020, p. 44).

O ANPP, como norma processual penal com conteúdo material, é instituto benéfico, dado que, conforme art. 28-A, há benefícios para o direito fundamental de o sujeito optar pela não persecução penal mediante condições que são verdadeiras penas, mas sem o estigma da condenação:

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

A defesa da retroatividade ilimitada do instituto (que pode ocorrer antes, durante e até mesmo após a condenação) não é tarefa simples. Há os entraves de ordem interpretativa ou mesmo prática na sua aplicação. O Ministério Público, órgão titular do direito e do dever de iniciar o processo penal, firmou entendimento, no seu Enunciado 20 (art. 28-A), dispondo que: “Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. Segundo o Enunciado 19 (art. 28-A, *caput*) o Ministério Público fixou a tese de que: “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”.

Ocorre que a existência da suficiência do acordo para a prevenção e repressão do crime deve ser presumida, cabendo ao órgão acusador o ônus de comprovar sua ausência. Deve o Ministério Público fundamentar sua análise no caso concreto para então deixar de oferecer o acordo, por entender que este não é suficiente para a prevenção e coibição do crime. Deve, entretanto, partir do pressuposto de que é suficiente quando o fato e o sujeito forem elegíveis para o oferecimento do acordo, visto que o seu não cabimento é que deve ser fundamentado, caso contrário, se trata de direito subjetivo do investigado ou acusado.

O Judiciário também não se posicionou em sede de repercussão geral sobre o marco de retroatividade do oferecimento do ANPP. Prevalece, por ora, que se aplica para os casos em que não foi recebida a denúncia na data em que a lei entrou em vigor, conforme julgado do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum* [...] A G .REG. NO *HABEAS CORPUS* 191.464, Relator Min. Roberto Barroso (Brasil, 2020).

Percebe-se que a Corte Suprema reconheceu o caráter híbrido do acordo de não persecução penal, entretanto, aplicou o instituto considerando o *tempus regit actum* da norma processual em conjunto com a retroatividade da norma penal benéfica, com isso estabelecendo limite temporal e processual para sua aplicação, qual seja o recebimento da denúncia.

O Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido no *HC* 194.677, deu interpretação ao dispositivo, sendo favorável à aplicação do acordo em caso de não ter sido oferecido no primeiro grau, verificando-se vício insanável, determinando que se oportunizasse ao réu a realização do acordo que não fora oferecido oportunamente, paralisando-se o processo em curso, já em fase de alegações finais:

A Turma, por votação unânime, concedeu parcialmente a ordem para determinar que sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do Procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal, nos termos do voto do Relator, vencido em parte o Ministro Ricardo Lewandowski, que concedia o pedido em maior extensão para anular a sentença condenatória, com determinação ao magistrado de origem que se abstenha de proferir nova sentença até a manifestação formal do referido órgão do Ministério Público Federal. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro, Defensor Público Federal. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma, 11.5.2021. (Brasil, 2021).

Percebe-se que a aplicação ao processo em curso se deu em razão de o Ministério Público ter negado a oferta do acordo quando cabível em razão de reconhecimento de redutor da pena a ser aplicada fazendo com que o fato se tornasse passível de acordo. A negativa de oferecimento, entretanto, não foi revista pelo órgão superior do Ministério Público, com claro prejuízo para o réu. Dada a peculiaridade de cada caso, não há que se falar em estabelecer um marco processual para retroatividade da proposta de acordo, dado que a condenação não se espelha sempre na denúncia, e o direito ao acordo pode surgir inclusive na sentença.

#### **4 ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS LIMITES PARA SUA RETROATIVIDADE**

Em uma interpretação mais garantista e constitucional, sem que se determine um marco temporal ou processual de forma arbitrária, entende-se que não há que se

modular um princípio constitucional para adequá-lo à lei, mas sim fazer uma leitura constitucional de toda e qualquer norma, sobretudo norma penal, por afetar direitos individuais mais caros ao ser humano, aplicando-a retroativamente como escrito por Messias:

Como debatido no tópico anterior, ao regulamentar hipótese de extinção da punibilidade no artigo 28-A, § 13, do CPP, a Lei Anticrime produziu uma *novatio legis in melius*, de modo que, por força do artigo 5º, XL, da CRFB e segundo decidiu o STF na ADI nº 1719/DF, a proposta de acordo de não persecução penal deverá ser oportunizada retroativamente (Messias, 2020, p. 130).

Como medida de justiça, o instituto deve ser visto como direito a ser realizado sob a ótica do princípio da retroatividade benéfica das leis penais, previsto de forma expressa no art. 5º, inciso XL, da Constituição, em que “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (Brasil, 1988). O princípio também se mostra positivado no Código Penal, em seu art. 2º, parágrafo único: que dispõe que “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, 1940).

Podem-se vislumbrar várias hipóteses de aplicação retroativa necessária, como a *mutatio libeli*, a *emandatio libeli*, a procedência parcial dos pedidos da denúncia ou reconhecimento de minorantes. Esses são alguns casos que, em princípio, não eram elegíveis para o acordo, mas circunstâncias fáticas ou probatórias ou mesmo o provimento judicial os tornaram passíveis de se firmar o ANPP.

A retroatividade da lei penal benéfica é espinha dorsal do Direito Penal adequado à Constituição. O professor Márcio Luiz de Oliveira ensina que não há como se pensar em um Direito Penal sem concordância com os princípios constitucionais:

Por essa razão, no âmbito do Direito Penal incide o princípio especial da retroatividade da norma jurídica mais benéfica ao réu, contemplado de forma expressa no sistema jurídico brasileiro: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (art. 5º, inc. XL, CRFB). [...] Mas, em contrapartida, o princípio da retroatividade da norma penal mais benéfica ao réu é também um princípio do Direito: um princípio especial do Direito Penal, uma vez que assegura a concretização do senso/ideal de justiça, outra premissa lógica do fenômeno-sistema jurídico. Em suma, não há raciocínio juridicamente sustentável que não considere, na cultura constitucional ocidental, os dois princípios acima exemplificados (Oliveira, 2016, p. 294).

Partindo-se do pressuposto da aplicabilidade da lei processual penal com conteúdo material a fatos anteriores à sua vigência, traçar eventuais limites para a sua retroatividade não é tarefa fácil, uma vez que a Lei nº 13.964/2019, que dispõe sobre o ANPP, não trouxe qualquer previsão para a sua aplicação a processos iniciados. Isso deve ser feito pelo aplicador do Direito, sendo o processo hermenêutico o meio para se aplicar a lei dentro dos parâmetros constitucionais. Isso será delimitado pela jurisprudência, que tem a função de dar a interpretação ao texto legal, considerando todo o sistema jurídico com base na Constituição vigente. Sobre o tema, ensina Oliveira que,

em verdade, ainda é o ativismo judicial o fator de maior posituação de normas jurídicas, via processos hermenêuticos. Mesmo nos países de formação jurídica romano-germânica, a jurisprudência tem evoluído e conquistado grande autoridade nos processos de posituação das normas de Direito, especialmente no que se refere aos princípios jurídicos. Como já afirmado anteriormente, não é incomum que a jurisprudência se antecipe ao legislador, o que, de certa forma, é a base de posituação normativa nos sistemas jurídicos de tradição no *Common Law* (Oliveira, 2016, p. 314-315).

A jurisprudência vem avançando timidamente no sentido de aplicação retroativa do ANPP, admitindo-se no Supremo Tribunal Federal a retroatividade até o recebimento da denúncia:

AGRAVO REGIMENTAL NO *HABEAS CORPUS*. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP, INTRODUZIDO PELA LEI Nº 13.964/2019. NORMA HÍBRIDA: CONTEÚDO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RETROATIVIDADE. POSSIBILIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO (AgRg no *HABEAS CORPUS* nº 628.647 – SC) (Brasil, 2021).

Pelo dito até então, vê-se que a interpretação sobre a retroatividade do ANPP tem sido restritiva, no sentido de ser pacífico que é cabível para fatos em que não tenha sido recebida a denúncia, sendo interpretação em que se evita o processo em razão da colaboração do denunciado.

Não se ousou, entretanto, ao menos em sede jurisprudencial, a aplicação para processos em que já houve sentença de mérito, uma vez que já foi discutida a culpa e individualizada a pena. Entretanto, uma leitura constitucional do instituto não

comporta tal limite. Nesse sentido, Eugênio Pacelli Oliveira, ao tratar sobre a retroatividade de norma processual penal com conteúdo misto, ensina que:

De outro lado, tratando-se de normas de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras. É que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo (Oliveira, 2008, p. 19).

Para o autor, em se tratando de normas que demonstrem o desinteresse do Estado na punição em certo caso, dando como exemplo causas extintivas de punibilidade, devem ser aplicadas a fatos anteriores à sua vigência (OLIVERIA, 2008, p. 20).

O ANPP, como instituto benéfico, deve ser aplicado com a observância do princípio da retroatividade da lei penal benéfica, não cabendo ao Ministério Público e ao julgador limitar seu alcance quando evidenciar benefício para o réu.

## **5 CONCLUSÕES**

Nesta breve reflexão sobre o acordo de não persecução penal, que se inicia com a análise de sua natureza jurídica, percebe-se que a defesa de tese de que não há limite para sua retroatividade não é tarefa fácil. O mesmo se pode dizer da fixação de um marco temporal ou processual para sua retroatividade, uma vez que, mesmo sua retroatividade, durante a investigação processual e antes de iniciado o processo penal, encontrou resistência na jurisprudência e em parte da doutrina.

Uma vez que foi entendido pelos tribunais superiores que o instituto possui natureza mista, ou seja, norma processual com conteúdo penal, este poderia retroagir por ser benéfico. Entretanto, como analisado, fazendo-se uma interpretação constitucional sobre o instituto, não há como negar que, sendo benéfico no caso concreto e útil, não há que se falar em limite para sua retroatividade.

A análise do instituto sob a premissa de que este possui conteúdo de direito material penal benéfico e que a Constituição dispõe sobre a retroatividade da lei benéfica no art. 5º, XL, não há outra forma de se aplicar o ANPP senão retroativamente.

A hermenêutica constitucional leva somente a esse entendimento. Ocorre que os tribunais superiores, os intérpretes da Constituição e da Legislação, por política

criminal ou mesmo por conveniência, estabelecem limites para a retroatividade do ANPP. Isso é compreensível, uma vez que todo e qualquer processo penal não transitado em julgado passaria pelo juízo de admissibilidade do instituto indiscriminadamente, tumultuando a marcha processual e o Judiciário como um todo. Isso não é tarefa simples para os aplicadores do direito, uma vez que deve ser sempre fundamentada a decisão de sua não aplicação quando reclamada pelo réu por este entender que será beneficiado. Eventual limite para a retroatividade deve ser devidamente motivado na lei, fazendo-se uma interpretação constitucional, o que pode ser uma empreitada árdua.

Por fim, pode-se dizer que é confortável para o julgador citar um precedente dos tribunais superiores para limitar um direito, sem se indagar sobre a essência do instituto e sua aplicabilidade em conformidade com a Constituição. Entretanto, é função da doutrina o estudo da norma e sua compatibilidade com a Constituição da República, fornecendo subsídios teóricos para o amadurecimento de uma interpretação justa da norma. Por essa razão, ousou-se, no presente texto, afirmar que o aplicador não poderia estabelecer limite do alcance da norma penal benéfica, uma vez que a Lei Maior não o faz.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. Lei nº 13.964, 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 30 abr. 2021. 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 jul. 2021.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução nº 181, 07 de agosto de 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília-DF, 07 ago. 2017a. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, Centro Gráfico, 1988.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 31 dez. 1940 e retificado em 03 jan. 1941. Disponível em: [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm). Acesso em: 11 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Rio de Janeiro, 13 out. 1941 e retificado em 24 out. 1941. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 13 jul. 1984a. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acesso em: 10 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 27 set. 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9099.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm). Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 9.807, de 13 de julho 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 14 jul. 1999. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9807.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9807.htm). Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Presidência da República. Lei nº 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. *Diário Oficial da União*, Brasília-DF, 05 ago. 2013 - Edição extra. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: 29 jul. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no *Habeas Corpus* nº 628.647 – SC. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Julgado em 09 de março de 2021. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018416&num\\_registro=202003060514&data=20210607&peticao\\_numero=202000977091&formato=PDF](https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2018416&num_registro=202003060514&data=20210607&peticao_numero=202000977091&formato=PDF). Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.790, rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 06 de outubro de 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.793, rel. Min. Ricardo Lewandowski, de 13 de outubro de 2017c. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC 191464 AgR. Relator: Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 11/11/2020, processo eletrônico DJe-280 divulg 25-11-2020 public 26-11-2020. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HC 194677*. Relator: Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 11 maio 2021. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756751533>. Acesso em: 17 jul. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 611. Aprovada em sessão plenária em 17 de outubro de 1984, publicada em 29 de outubro de 1984b. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula611/false>. Acesso em: 10 jul. 2021.

BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de não persecução penal*. Editora Dialética. Edição do Kindle.

DANESI, Daniel; JUNIOR, Luiz. Aplicabilidade temporal do Acordo de não Persecução Penal. Direito: justiça, políticas públicas e as relações entre estado e sociedade. Organizadores Adaylson Wagner Sousa de Vasconcelos, Thamires Nayara Sousa de Vasconcelos. Ponta Grossa - PR: Atena, 2021. Disponível em: <https://www.arenaeditora.com.br/post-artigo/43557>. Acesso em: 10 jul. 2021.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

FISCHER, Douglas. Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019. Publicado em: 28 set. 2020. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-dalei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 10 jul. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MESSIAS, Mauro. *Acordo de não persecução penal: teoria e prática*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de Processo Penal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

OLIVEIRA, Márcio Luís de. *A Constituição juridicamente adequada*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões necessárias. *Revista Brasileira de Direito*

*Processual Penal*, Porto Alegre, v. 6, n. 3, p. 1.543-1.582, set./dez. 2020. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>. Acesso em: 11 jul. 2021.