

Acordo de não persecução penal: o limite da retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal

Fernando Pereira de Azevedo

Analista do MPU – apoio jurídico/Direito. Atualmente é assessor jurídico penal em gabinete de subprocurador-geral da República. Mestrando em Direito Penal Econômico e Combate à Corrupção pelo Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) de Brasília.

Resumo: Este estudo tem por objetivo analisar o limite da aplicação retroativa do art. 28-A do Código de Processo Penal, notadamente para as ações penais que apuram ilícitos cometidos anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, legislação que positivou no ordenamento jurídico brasileiro a possibilidade do oferecimento do acordo de não persecução penal. Com efeito, o acordo de não persecução penal (ANPP), inicialmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP e posteriormente disciplinado pelo art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, é mais uma medida de caráter despenalizador implementada no sistema jurídico brasileiro com o objetivo de fortalecer um modelo de justiça consensual, promovendo, assim, uma atuação estatal na esfera penal mais célere, efetiva e econômica. Entre os pontos controvertidos relacionados a essa matéria, está o limite temporal em que é cabível o oferecimento do ANPP. Assim, em um primeiro momento, analisar-se-ão os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial pelo art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP. Após, procurar-se-á demonstrar a divergência na jurisprudência dos tribunais superiores e na doutrina sobre o limite da aplicação retroativa do art. 28-A do CPP. Por derradeiro, refletir-se-á sobre os posicionamentos existentes acerca do marco temporal adequado para a retroatividade do acordo de não persecução penal.

Palavras-chave: acordo de não persecução penal; aplicação temporal; limite da retroatividade.

Sumário: 1 Introdução. 2 Os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial com base no art. 18 da resolução n. 181/2017 do CNMP. 2.1 A positivação do acordo de não persecução penal e a controvérsia sobre a sua aplicação temporal. 3 Conclusão.

1 Introdução

O acordo de não persecução penal (ANPP), como medida de caráter despenalizador, foi inicialmente previsto no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP, contudo apenas com a Lei n. 13.964/2019, que incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, o aludido instrumento foi positivado no ordenamento jurídico brasileiro. Para Silva (2021, p. 72), o ANPP é a mudança mais profunda, em termos de impactos no sistema criminal, promovida pela referida legislação e muito se assemelha ao instituto *plea bargain* do direito anglo saxônico (SILVA, 2021, p. 72). Por sua vez, para Bem e Martinelli (2020), o acordo de não persecução penal se propõe a auxiliar no desafogo do abarrotado sistema de justiça criminal, bem como a evitar a estigmatização e a dessocialização que decorrem da ação penal.

Trata-se de uma medida despenalizadora, com o nítido propósito de servir como mitigação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. E assim se entende, porque, como se sabe, a ordem jurídica confia ao Ministério Público a obrigatoriedade da ação penal pública, e a alternativa proposta de transação processual mitiga essa realidade da norma cogente. O princípio regente dessa nova forma de solução da controvérsia penal é o da oportunidade ou discricionariedade regrada, pelo qual o titular da ação pode dispor da persecução penal em favor de uma proposta alternativa.

No entanto, em que pese ao inegável avanço desse marco regulatório para o sistema criminal brasileiro, a interpretação conferida pelos tribunais brasileiros sobre a aplicação do acordo de não persecução penal aos fatos delituosos praticados anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, especialmente pelo Superior Tribunal de Justiça, tem restringido o seu alcance, notadamente diante da vedação do oferecimento desse benefício após o recebimento da denúncia. Nesse sentido, o precedente a seguir colacionado, proferido pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, o qual originou o tema repetitivo n. 1.098:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: "(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia".
2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.
3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp n. 1890343/SC. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, public. 15.6.2021).

No mesmo sentido do precedente anteriormente mencionado, temos um julgado da Primeira Turma do egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme a ementa que se transcreve a seguir:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.
2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.
3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.

5. *Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".* (STF. AgRg no HC n. 191.464/SC. Relator: min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 11.11.2020, public. 26.11.2020, grifo nosso).

Em que pese aos julgados acima mencionados, a questão ainda não foi pacificada e está sendo debatida atualmente pelo Plenário do Supremo Tribunal federal por ocasião do julgamento do HC n. 185.913/DF.

Frise-se que o acordo de não persecução penal consiste em *novatio legis in mellius*, uma vez que a norma penal tem, também, natureza material ou híbrida mais benéfica, na medida em que ameniza as consequências do delito, sendo aplicável às ações penais em andamento.

Cumpra esclarecer, também, que a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (Área Criminal) editou o Enunciado n. 98, o qual prevê a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução criminal a qualquer tempo, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da ação criminal. Vejamos:

Enunciado n. 98

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 do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 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 de Coordenação, de 31/08/2020. (MPF, 2020b).

Ante a acentuada controvérsia sobre o tema, faz-se necessário averiguar o verdadeiro alcance do acordo de não persecução penal, notadamente diante do expressivo interesse jurídico e social provocado pelo referido instituto e o seu potencial alcance de um elevado número de ações penais em curso. Dessa forma, o artigo terá por objetivo analisar questões teórico-práticas sobre a retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente o seguinte questionamento: O oferecimento do acordo de não persecução penal aos agentes que tenham praticado fatos delituosos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019 está limitado ao recebimento da denúncia?

Evidenciada está, como se vê, a atualidade do tema apresentado e destaca-se que seu estudo se amolda ao objetivo de desenvolvimento sustentável (ODS) número 16, ou mais precisamente o 16.3, da Organização das Nações Unidas (ONU, [2020]), através do qual o Brasil se compromete a promover o Estado de Direito, em nível nacional e internacional, e a garantir a igualdade de acesso à justiça para todos.

2 Os antecedentes históricos do acordo de não persecução penal e sua implementação inicial com base no art. 18 da Resolução n. 181/2017 do CNMP

O acordo de não persecução penal representa mais um passo da legislação penal brasileira rumo à justiça penal consensual. Nesse sentido, Lopes Jr. (2020, p. 49) esclarece que a transação penal e a suspensão condicional do processo, ambas com previsão na Lei n. 9.099/1995, podem ser consideradas como antecedentes históricos do aludido instituto. Também é possível incluir, no rol de antecedentes da justiça criminal negocial no Brasil, a colaboração premiada, prevista no art. 13 da Lei n. 9.807/1999, o acordo de leniência, previsto no art. 16 da Lei n. 12.846/2013, e a colaboração premiada para obtenção de provas, prevista no art. 3º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013. Todas essas iniciativas demonstram a expansão da justiça negocial no processo penal brasileiro.

Vasconcellos (2014, p. 11) esclarece que tais iniciativas representam uma tendência contemporânea do reconhecimento pelo Estado quanto à importância da cooperação do acusado com a persecução

penal, seja pelo reconhecimento de sua culpabilidade, seja pela incriminação de terceiros, ou por ambos, com o propósito de facilitar a atividade persecutória estatal, e assim dar celeridade à marcha processual. Por sua vez, sobre o acordo de não persecução penal, Silva Júnior (2021, p. 24) pondera acerca do aludido instituto:

Eis aí o germe de uma nova forma de fazer justiça em nosso meio: atividade judicante mais célere e efetiva, com a simplificação da atuação do judiciário por meio da negociação entre as partes.

Em verdade, uma revolução, propugnando, com a reengenharia do processo, a própria modificação estrutural e funcional do judiciário em si, a partir da busca de solução em que os próprios interessados constroem a decisão, tendo como premissa a ideia de que as partes não são capacitadas apenas para gerar o conflito, mas, acima de tudo, para encontrar a solução mais viável.

No ambiente propriamente criminal, esses institutos sinalizam um modelo político-criminal diferente daquele impregnado da tendência paleorrepressiva, simbolicamente representada pela Lei dos Crimes Hediondos. Afastam o *hard control*, adequado ao Estado repressivo, e conferem azo ao *soft control*, com participação ativa das próprias partes, transmutação afinada com o estilo democrático, cujo esteio é a busca de uma solução consensuada para a problemática criminal estudada no caso concreto por meio do processo.

E mais. A solução consensuada do problema criminal encontra apoio na parte final do *caput* do art. 144 da Constituição, ao concitar o próprio autor do crime a colaborar com a segurança pública, cuja responsabilidade também lhe é atribuída pelo preceito constitucional em foco.

Tendo como norte esses objetivos e ideais, em especial a adoção de soluções alternativas que proporcionassem celeridade à resolução de casos penais menos graves, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) editou a Resolução n. 181/2017, posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018, regulamentação que, entre outras disposições, disciplinou o oferecimento do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público e os pré-requisitos para a concessão do aludido benefício. De acordo com a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (MPF, 2020a), o *Parquet* Federal celebrou 1.199 acordos com base na aludida regulamentação e, dentro desse cenário, houve um recorte com os delitos mais praticados:

contrabando ou descaminho (322 casos), uso de documento falso (188 casos), falsidade ideológica (136 casos) e estelionato (66 casos).

Pondera-se, entretanto, que a referida regulamentação teve sua constitucionalidade questionada em duas ocasiões: a primeira pelos autos da ADI n. 5790/DF, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e a segunda pela ADI n. 5793/DF, manejada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), sob o fundamento, em síntese, de as referidas resoluções terem tratado sobre matéria reservada a disciplinamento pelo Poder Legislativo, e que teria havido, portanto, a violação do art. 22, inciso I, da CRFB/88. Para Aras (2018), tal postura pode sinalizar a reação desses setores à justiça consensual ou até mesmo ao modelo acusatório do processo penal (ARAS, 2018). Seja como for, em consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal realizada em 18 de dezembro 2021, constatou-se que ambas as ações ainda seguem em curso, tendo-se manifestado a Procuradoria-Geral da República nos dois feitos pelo reconhecimento da perda superveniente de objeto, ante a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019.

Verifica-se, portanto, que a pavimentação para a construção do acordo de não persecução penal decorre de uma evolução da justiça consensual no Brasil. Além disso, embora a inspiração para o aludido instituto negocial se origine no *plea bargain* norte-americano, notadamente pela difusão, tradição e larga utilização da justiça consensual naquele país, é importante ressaltar que a similitude entre os dois institutos se limita às suas razões político-criminais, pois, como destaca Tabosa (2020, p. 285), existe substancial diferença entre os sistemas jurídicos comparados. Por derradeiro, a referida autora (2020, p. 286) destaca a compatibilidade do acordo de não persecução penal com o processo penal democrático, evidenciando assim a conformidade do aludido instituto com os direitos fundamentais e os demais preceitos constitucionais brasileiros, afastando-o, assim, das críticas que são dirigidas ao modelo negocial estadunidense.

2.1 A positivação do acordo de não persecução penal e a controvérsia sobre a sua aplicação temporal

Conforme explicitado anteriormente, as resoluções n. 181 e n. 183 do CNMP foram alvo de severas críticas, cujo expoente foi a propositora

das ADIs n. 5790/DF e n. 5793/DF. Cumpre esclarecer que as contestações foram arrefecidas após a promulgação da Lei n. 13.964/2019, popularmente conhecida como Pacote Anticrime, a qual positivou no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal ao incluir o art. 28-A no Código de Processo Penal. O referido instrumento normativo entrou em vigor em 23 de janeiro de 2020.

Em que pese a ter-se resolvido o questionamento sobre a legalidade do acordo de não persecução penal, outros questionamentos surgiram após a promulgação da Lei n. 13.964/2019, entre eles o limite da aplicação retroativa do ANPP, objeto de estudo do presente artigo.

A alegada indagação tem demandado profundos debates doutrinários e institucionais, além de julgados com interpretações completamente divergentes, não tanto pelo cabimento da retroação, que parece ser unânime, e sim sobre até que fase da marcha processual a retroatividade alcançará, conforme explicita Calabrich (2020, p. 355):

E quanto a processos antigos, já em curso e relativos a crimes cometidos antes da Lei n. 13.964/2019: é possível o ANPP? Deve ele ter aplicação retroativa? A resposta é sim: o ANPP tem aplicação retroativa e pode beneficiar investigados ou acusados por fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019. A retroatividade do ANPP parte das premissas de que se trata de um instituto tanto de natureza processual penal, de aplicação imediata mesmo para processos em curso quando ainda não superado o momento para a prática do ato (art. 2º do CPP), quanto de natureza penal, por repercutir no jus puniendi estatal. A real controvérsia diz respeito a até que momento o ANPP será possível. Somente para crimes ainda não denunciados? Somente para crimes não sentenciados? Somente para crimes com condenação não transitada em julgado? Ou até mesmo para processos com condenação transitada em julgado, mas cuja pena ainda não tenha sido integralmente executada? (Grifos nossos).

Diante da delimitação proposta, ressalta-se que o entendimento predominante até o momento é aquele que admite a propositura do acordo de não persecução penal até o recebimento da denúncia. E assim se entende, pois foi essa a interpretação adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, corte que possui como uma de suas atribuições a uniformização da interpretação da legislação federal em todo o Brasil, nos dois julgados representativos de controvérsia que deram origem

ao Tema n. 1098 (impossibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia), os quais por oportuno têm as ementas transcritas a seguir:

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: *“(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”.*

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1.036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp n. 1.890.343/SC. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, public. 15.6.2021, grifo nosso).

RECURSO ESPECIAL. PROPOSTA DE JULGAMENTO SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. LEI 13.964/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA EM BENEFÍCIO DO RÉU. (IM)POSSIBILIDADE DE OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL APÓS O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. RECURSO ESPECIAL AFETADO.

1. Delimitação da controvérsia: *“(im)possibilidade de acordo de não persecução penal posteriormente ao recebimento da denúncia”.*

2. Recurso especial afetado ao rito dos recursos repetitivos, com fundamento no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e no art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016.

3. Não se aplica à hipótese o disposto na parte final do § 1º do art. 1036 do Código de Processo Civil (suspensão do trâmite dos processos pendentes), haja vista que a questão será julgada com brevidade. (STJ. ProAfR no REsp. n. 1.890.344/RS. Relator: min. Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, julg. 8.6.2021, **DJe** 15.6.2021, grifo nosso).

Por sua vez, no Supremo Tribunal Federal, a Primeira Turma seguiu o entendimento adotado pelo STJ e fixou, no julgamento do Agravo Regimental em *Habeas Corpus* n. 191.464/SC, a tese sobre a aplicabilidade do ANPP a delitos praticados anteriormente à vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia, conforme se verifica na ementa do aludido julgado, a seguir transcrita:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.

1. A Lei n. 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*.
2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia.
3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.
4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP.
5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: "*o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia*". (STF. AgRg no HC n. 191.464/SC. Relator: min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julg. 11.11.2020, public. 26.11.2020, grifo nosso).

Também nesse sentido é a conclusão adotada pelo Enunciado n. 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União com o Grupo Nacional de Coordenadores do Centro de Apoio Criminal, o qual por oportuno se transcreve a seguir:

ENUNCIADO 20 (ART. 28-A)

Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. (CNPGE; GNCCRIM, [2020]).

Em contrapartida, adotando uma perspectiva intermediária, Calabrich (2020, p. 356) propõe que, pela natureza híbrida da norma e por ser benéfico ao acusado, o ANPP deve ter seu alcance ampliado e ser empregado mesmo nas ocasiões em que a persecução criminal já tiver sido iniciada, contexto no qual a expressão acordo de não persecução penal seria substituída por acordo de não continuidade ou acordo de não prosseguimento da persecução penal, mantendo, no entanto, os mesmos requisitos para a sua aplicação. Dessa forma, o referido autor sugere que o marco temporal limite para o oferecimento do ANPP é a sentença, pois no seu entender, como se trata de uma decisão absoluta ou condenatória, ainda que recorrível, existe o exame e a resolução do mérito. E arremata:

Sendo o ANPP, tal qual a suspensão condicional do processo, um instituto de natureza híbrida, processual penal e penal, e sendo sua parte de direito penal material potencialmente benéfica ao réu, deve retroagir, para ser aplicado em relação a crimes anteriores ao início da vigência da Lei n. 13.964/2019 e mesmo em processos em curso nos quais ainda não tenha sido oportunizada a possibilidade de acordo – mas somente até a sentença. (CALABRICH, 2020, p. 357-358).

Esse posicionamento é compartilhado por Lopes Jr. e Josita (2020), os quais esclarecem que o ANPP, ao criar uma causa extintiva de punibilidade, adquiriu natureza mista de norma processual e penal e esta, por ser benéfica ao agente, deve retroagir para todos os feitos não sentenciados até a entrada em vigor da Lei n. 13.964/2019. Ainda nessa direção, Aras (2020, p. 178) acrescenta:

Também é admissível a celebração de acordo de não persecução penal após a deflagração da ação penal, sendo esta uma interpretação mais benéfica para o acusado. Em tais casos, o ANPP converte-se em acordo de não prosseguimento da ação penal. *Vide*, a propósito, o inciso XVII, do art. 3º-B do CPP. Cabe ao juiz de garantias decidir sobre a homologação de acordo de não persecução penal ou os de colaboração premiada, “quando formalizados durante a investigação”.

Ações penais já em curso na data da vigência da Lei 13.964/2019 podem ser encerradas mediante a celebração de ANPP, com a decretação da extinção da punibilidade, nos termos do § 13 do art. 28-A do CPP. Cuida-se de situação semelhante à prevista no § 5º do art. 89 da Lei 9.099/1995, no tocante à suspensão condicional do processo.

Esta solução 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.

Em prosseguimento, existe uma terceira corrente, ainda mais ampliativa, que admite o cabimento do ANPP para todos os feitos que não tenham transitado em julgado. Nessa direção é o voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do feito HC n. 185.913/DF, processo por ele submetido ao Plenário da Suprema Corte, ante a importância da temática e a intensa discussão que tem ocorrido entre os operadores do Direito. No aludido voto, o referido ministro propôs a fixação da seguinte tese:^[1]

É cabível o acordo de não persecução penal em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento. Ao órgão acusatório cabe manifestar-se motivadamente sobre a viabilidade de proposta, conforme os requisitos previstos na legislação, passível de controle, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP. (SANTOS, 2021).

Cumprido esclarecer que, após consulta ao sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal em 20 de dezembro de 2021, verificou-se que o julgamento desse feito foi designado para o dia 18 de maio de 2022. Ademais, não se desconhecem o teor do voto do ministro Gilmar Mendes e o posicionamento adotado pela Segunda Turma do STF no

juízo do HC n. 194.677/SC, contudo esse feito não tratou especificamente sobre a retroatividade do acordo de não persecução penal, conforme bem delimitou o ministro Nunes Marques em seu voto, e por essa razão não será abordado neste artigo.

A tese acima referenciada também é defendida pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, órgão que possui como atribuição, resumidamente, a coordenação, a integração e a revisão do exercício funcional dos membros do Ministério Público Federal na área criminal. Conforme já referido, em 31 de agosto de 2020, o aludido órgão editou o Enunciado n. 98, o qual prevê a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução criminal a qualquer tempo, desde que ocorra antes do trânsito em julgado da ação criminal. Nesse sentido, vejamos novamente:

Enunciado n. 98

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 do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 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 de Coordenação, de 31/08/2020. (MPF, 2020b).

Destaca-se, ainda, que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região também se alinha a esse posicionamento e vem decidindo reiteradamente nesse sentido (TRF4. ACR n. 5024517-07.2016.4.04.7200/SC. Relator: Des. Leandro Paulsen, Oitava Turma, julg. 10.6.2020).

Por derradeiro, existe um último posicionamento, ainda mais extremo, que admite a aplicação do ANPP a feitos já transitados em julgado. Assim entendem Bem e Martinelli (2020), segundo os quais nem mesmo o

trânsito em julgado da sentença condenatória impede a aplicação retroativa de lei posterior favorável ao agente, e fundamentam seu entendimento no art. 2º, par. único, do CP. Em outras palavras, para os autores o limite para o oferecimento do ANPP seria o cumprimento integral da pena e, nesse caso, deve ser requerido ao juízo da execução penal que o Órgão Ministerial se pronuncie se, à época do fato, o agente preenchia os requisitos para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Com todas as vênias ao entendimento acima exposto, tal conclusão parece de todo desarrazoada. Nas exatas palavras de Calabrich (2020, p. 359), tal conclusão transformaria o acordo de não persecução penal em "acordo de não execução penal". Além disso, não se pode perder de vista que o ANPP é uma negociação e, como já houve a fixação de uma sanção ao agente necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, logo não subsiste qualquer interesse público para o estabelecimento de um acordo.

3 Conclusão

Pela exposição acima apresentada, observa-se que o acordo de não persecução penal é um passo que demonstra a evolução da justiça restaurativa no Brasil, na medida em que garante sanções necessárias à reprovação e à prevenção do crime praticado por meio de uma resolução consensual entre acusação e defesa, sendo uma forma de atuação que contribui para a celeridade e efetividade do sistema de justiça, além de atender aos propósitos de higidez do sistema prisional, evitando encarceramentos desnecessários.

Assim, o presente estudo destinou-se a investigar a controvérsia existente sobre a aplicação temporal do acordo de não persecução penal. Para tanto, ao longo do artigo foram examinados quatro posicionamentos, cada qual delimitando um marco temporal distinto para a retroatividade das ações penais em curso antes da vigência da Lei n. 13.914/2019, a saber: o primeiro, e atualmente predominante, entende pelo cabimento do ANPP até o recebimento da denúncia; o segundo admite o cabimento do ANPP até a prolação da sentença; o terceiro admite o cabimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado; e, por derradeiro, o último admite a aplicação do ANPP até mesmo para as ações já transitadas em julgado.

Após a análise dos mencionados posicionamentos e a reflexão sobre a mudança de paradigma no sistema penal brasileiro provocada pelo acordo de não persecução penal, o qual busca reprovar condutas criminosas, sem necessariamente impor o encarceramento, viabilizando a aplicação de um modelo repressivo eficaz no contexto de nossa realidade nacional, merece ser prestigiada a forma mais abrangente para o seu alcance. Assim, revela-se mais adequado para a resolução da controvérsia em questão o entendimento que admite o cabimento do acordo de não persecução penal até o trânsito em julgado.

Repisa-se, por derradeiro, que é exatamente essa a direção do voto do ministro Gilmar Mendes no julgamento do HC n. 185.913/DF, feito que deverá pacificar as divergências sobre a matéria e cujo julgamento segue sem data definida, após ter sido incluído e retirado da pauta de julgamento sucessivas vezes.

Referências

ARAS, Vladimir. O acordo de não persecução penal após a Lei 13.964/2019. In: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo (org.). **Lei anticrime comentada**. São Paulo: JH Mizuno, 2020. p. 165-240.

ARAS, Vladimir. Os acordos de não-persecução penal em debate. **Blog do Vlad**, ago. 2018. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2018/08/27/os-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-debate/>. Acesso em: 18 dez. 2021.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. **Jota**, São Paulo, fev. 2020. Disponível em: https://www.jota.info/paywall?redirect_to=//www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-24022020. Acesso em: 17 dez. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). **Ag. Reg. no HC 191.464/SC**. 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. Relator: Min. Roberto Barroso, 11 de novembro de 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Seção). **ProAfR no REsp. 1.890.343/SC**. Recurso especial. Proposta de julgamento sob o rito dos recursos repetitivos. Acordo de não persecução penal – art. 28-A do Código

de Processo Penal. Lei 13.964/2019. Aplicação retroativa em benefício do réu. (Im)possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal após o recebimento da denúncia. Recurso especial afetado. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 8 de junho de 2021.

CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: MPF – Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020. p. 348-365. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 18 dez. 2021.

CNPG – CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO; GNCCRIM – GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL. **Enunciado n. 20**. Brasília: CNPG; GNCCRIM [2020]. Disponível em: https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf. Acesso em: 16 dez. 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Pacote anticrime**: um ano depois. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. (Edição Kindle).

LOPES JÚNIOR, Aury; JOSITA, Higyña. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 21 maio 2020.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Acordos de não persecução penal**: "Investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas". Brasília: MPF, 2020a. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao-sobre-acordos-de-nao-persecucao-penal-anpp-e-30-012020_.pdf. Acesso em: 18 dez. 2021.

MPF – MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. **Enunciado n. 98**. Brasília: MPF, 2020b. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 16 dez. 2021.

ONU – ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Objetivos de desenvolvimento sustentável**. Brasília: ONU Brasil, [2020]. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs/16>. Acesso em: 18 dez. 2021.

SANTOS, Rafa. Gilmar vota pela retroatividade do ANPP até o transitado em julgado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-19/gilmar-vota-retroatividade-anpp-transito-julgado>. Acesso em: 20 dez. 2021.

SILVA, Amaury. **Pacote anticrime**: doutrina e concursos. E-book Kindle: 2021.

SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da. Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). In: SILVA JÚNIOR, Walter Nunes da et al. **Pacote anticrime**: temas relevantes. Natal-RN: OWL editora Jurídica, 2021. (Edição Kindle). p. 16-75.

TABOSA, Clarissa Villas-Bôas dos Santos. A *plea bargain* norte-americana. In: MPF – Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (coord.). **Inovações da Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Brasília: MPF, 2020. p. 348-365. Disponível em: https://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/copy_of_2CCR_Coletanea_Artigos_FINAL.pdf. Acesso em: 19 dez. 2021. p. 264-289.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2014. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, pág. 11. Disponível em: <https://repositorio.pucrs.br/dspace/handle/10923/6943>. Acesso em: 18 dez. 2021.

Notas

- [1] Íntegra do voto do ministro Gilmar Mendes disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/voto-gilmar-anpp.pdf>. Acesso em: 20 dez. 2021.