

Acordo de não persecução penal: É possível a sua celebração nos inquéritos policiais e ações penais que já estavam em andamento após a publicação da lei?

A lei 13.964/19, conhecida como “Lei Anticrime”, publicada em 24.12.19, trouxe importantes alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal e em diversas leis penais esparsas, estabelecendo um novo paradigma no Direito Processual Penal Brasileiro, por meio da: (I) incorporação expressa do sistema acusatório no texto da lei; (II) introdução da figura do juiz de garantias; (III) profissionalização da prova técnica, sobretudo da prova pericial, por meio da introdução da chamada “cadeia de custódia”, que traz rigor científico e cuidado na coleta da prova; (IV) nova sistemática de arquivamento do inquérito policial; e (V) do fortalecimento da justiça penal negociada, por meio da incorporação expressa do acordo de não persecução penal (“ANPP”).

Dentre todas essas inovações, merece destaque o acordo de não persecução penal (“ANPP”). Ao contrário do que muitos juristas alegam, não se trata de uma inovação propriamente dita. Isto porque o ANPP já existia no ordenamento jurídico brasileiro desde 2017, por meio da resolução 181, de 07.08.27¹, do Conselho Nacional do Ministério Público, que em seu artigo 18 previa a possibilidade de celebração do mencionado acordo no âmbito do procedimento investigatório criminal presidido pelo Ministério Público. Ou seja: o instituto, que antes tinha previsão restrita em norma interna do Ministério Público passa a ter agora previsão para todo o Brasil e aplicação em todo o território nacional.

Além disso, não é demais ressaltar que este modelo de justiça negocial, ou justiça consensual, não é uma novidade no sistema jurídico brasileiro. O art. 98² da Constituição Federal já previa, desde 1988, a possibilidade de transação no âmbito dos Juizados Especiais. Neste sentido, a lei 9.099/95 (JECRIM) regulamentou esse dispositivo constitucional, criando em seus arts. 76 e 89 respectivamente, a transação penal³ e a suspensão condicional do processo⁴.

¹ A resolução está disponível no link: [clique aqui](#) Vale frisar, contudo, que a resolução era objeto de questionamento sobre sua constitucionalidade, na medida em que não poderia o Conselho Nacional do Ministério Público legislar em matéria processual penal. Nesse sentido foram ajuizadas as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 5.790 e 5.793 pela Associação dos Magistrados Brasileiros e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, as quais estão pendentes de julgamento.

² “Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão: I - juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumaríssimo, **permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação** e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau (grifamos).”

³ “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.”

⁴ “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

Pouco depois, a lei 12.850/12 (Lei de Organização Criminosa) criou o instituto da colaboração premiada em seu artigo 3º⁵ e agora, com a entrada em vigor da lei 13.964/19, a justiça consensual ganha novo impulso com a previsão expressa do ANPP. A justiça consensual é uma nova realidade que veio para ficar e disso não podemos fugir.

Após a publicação da Lei Anticrime, como já era de se esperar, surgiram inúmeros debates sobre sua aplicação. Neste artigo abordaremos especificamente a questão acerca da possibilidade (ou não) de aplicação retroativa do ANPP, é dizer: se o ANPP pode ser celebrado em inquéritos policiais e ações penais que já estavam em andamento quando da publicação da lei 13.964/19.

Antes, no entanto, de responder ao questionamento apresentado, importante tecer alguns comentários e características do instituto que ora se estuda.

Como já demonstrado, não trata o ANPP de uma inovação legislativa, mas apenas de uma inclusão legislativa no bojo do Código de Processo Penal, permitindo assim sua aplicação em todo o território nacional. Trata-se de uma ferramenta que busca simplificar o procedimento da persecução penal e abreviar sua solução, impedindo, assim, o ajuizamento da ação penal.

Não há dúvidas quanto à natureza do ANPP: trata-se de negócio jurídico processual, porque produz efeitos no processo, ainda que antes de um processo propriamente dito, já que a celebração do ANPP visa, justamente, a não instauração de processo penal.

É um negócio jurídico processual personalíssimo, que não atinge terceiros. Além disso, não pode ser imposto de forma coercitiva e obrigatória por uma parte à outra: cabe exclusivamente ao membro do Ministério Público a discricionariedade (devidamente fundamentada) para avaliar se no caso concreto é cabível a celebração do referido acordo. Neste sentido, está o “*caput*” do art. 28-A do CPP: “ (...) o Ministério Público **poderá** propor acordo de não persecução penal, **desde que necessário e suficiente** para reprovação e prevenção do crime”⁶.

outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).”

⁵ Art. 4º O juiz poderá, a requerimento das partes, conceder o perdão judicial, reduzir em até 2/3 (dois terços) a pena privativa de liberdade ou substituí-la por restritiva de direitos daquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal, desde que dessa colaboração advenha um ou mais dos seguintes resultados: I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa; V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

⁶ Entendemos que, apesar de o ANPP não ser um direito subjetivo do investigado, seu oferecimento ou não pelo Ministério Público deve ser fundamentado, em razão dos arts. 129, §4º, e 93, IX, ambos da

Vale mencionar também, que o novo art. 28-A incluído no Código de Processo Penal estabelece de forma clara não apenas os requisitos para que se possa celebrar o ANPP, mas também, as condições que poderão ser ajustadas entre as partes (investigado/acusado e Ministério Público), conforme segue abaixo transcrito:

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

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

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

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

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

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

Feitas estas importantes considerações iniciais, vamos a seguir, responder ao questionamento proposto acerca da possibilidade de celebração do ANPP nos autos dos inquéritos policiais e ações penais que já estavam em andamento quando da publicação da lei 13.964/19.

A pergunta é de todo importante, vez que traz impacto direto no dia-a-dia do advogado criminal. No entanto, por se tratar de uma questão recente, ainda

Constituição da República, bem como do art. 43, III, da Lei 8.625/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público), que preveem a necessidade de os membros do órgão indicarem os fundamentos jurídicos de seus pronunciamentos judiciais. Ausente fundamentação concreta do oferecimento ou não do ANPP, cabe controle judicial.

não há uma posição consolidada seja na doutrina, seja na jurisprudência, de modo que será necessário acompanhar como a questão será tratada a partir da publicação da lei, que não previu uma regra de transição.

De todo modo, a nosso ver, a questão não é tão polêmica quanto parece ser. Para que se descobrir acerca da possibilidade (ou não) de aplicação retroativa do instituto, basta estudarmos a natureza da norma prevista no art. 28-A do CPP. Uma vez estabelecida sua natureza, é possível definir com segurança a partir de que momento a norma pode e deve ser aplicada.

Como se sabe, há três tipos de normas em nosso sistema jurídico: (I) aquelas de conteúdo exclusivamente penal, ou seja, uma norma prevista no Código Penal, que define um tipo penal (ex: art. 121 do CP); (II) aquelas de conteúdo exclusivamente processual, ou seja, que possuem normas relacionadas apenas com o processo, como por exemplo, uma norma que prevê o prazo processual para interposição de um recurso (ex: art. 593, "caput", do CPP), e por fim; (III) as chamadas normas mistas, ou normas processuais penais materiais, que são aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, têm forte conteúdo de direito penal, como normas relativas a perempção, perdão, renúncia, decadência, etc.

No caso das normas penais, as regras do art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, e do art. 9º, do Pacto de São José da Costa Rica, são claras: se o novo conteúdo beneficiar o réu/acusado, deve retroagir a partir de sua publicação (ex: norma que cria nova situação de extinção de punibilidade ou que traz uma nova causa de diminuição da pena deverá retroagir). Para as normas processuais, aplica-se o disposto no art. 2º do CPP⁷, ou seja, aplica-se a lei processual penal tão logo entre em vigor, respeitando-se a *vacatio legis* da norma, quando houver. É dizer: a lei processual penal passa a valer imediatamente, aplicando-se a processos já em andamento, respeitando-se os atos processuais praticados sob a vigência da lei anterior. Por fim, temos as normas processuais penais materiais. Neste caso, aplica-se a seguinte regra: se a norma contiver conteúdo de direito penal benéfico, deverá retroagir. Do contrário, a norma deverá ser aplicada a partir da data de sua publicação.

No caso do art. 28-A do CPP não há dúvidas acerca da natureza mista da norma. Isto porque, embora discipline instituto cuja aplicação se dá no âmbito do processo penal, traz, ao mesmo tempo, importante consequência de direito penal material, qual seja, a extinção da punibilidade, já que, uma vez celebrado, homologado e devidamente cumprido o acordo, o juiz deverá extinguir a

⁷ Art. 2º A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior.

punibilidade do agente, nos exatos termos do art. 28-A, §13 do CPP⁸. Conforme apontam Aury Lopes e Hygina Josita⁹:

Ao criar uma causa extintiva da punibilidade (art. 28-A, § 13, CPP), o ANPP adquiriu natureza mista de norma processual e norma penal, devendo retroagir para beneficiar o agente (art. 5º, XL, CF) já que é algo mais benéfico do que uma possível condenação criminal. Deve, pois, aplicar-se a todos os processos em curso, ainda não sentenciados até a entrada em vigor da lei.

Ou seja: a aplicação do art. 28-A do CPP deve retroagir aos inquéritos policiais e ações penais que já estavam em andamento quando da publicação da Lei nº 13.964, em 24.12.2019. A questão é: até quando poderá retroagir? Parece não existir dissenso a respeito da aplicabilidade do ANPP para fatos ocorridos antes da vigência da nova lei e ainda não denunciados. Contudo, a celeuma surge nos casos em que já há denúncia recebida e em processamento. Neste aspecto, temos as seguintes posições: (I) o ANPP é aplicável desde que não haja denúncia oferecida e recebida; (II) é aplicável até a prolação de sentença; (III) é aplicável até mesmo em grau de recurso; e (IV) aplicável mesmo após o trânsito em julgado da sentença penal.

O Conselho Nacional dos Procuradores Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e União e Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal defendem a primeira posição, vale dizer, que o ANPP não deve ser aplicado na hipótese de denúncia já recebida¹⁰. Em nossa opinião, a posição não se sustenta. Ao que tudo indica, a conclusão das entidades parte da premissa equivocada de que o recebimento de denúncia seria, de um lado, um ato jurídico perfeito e, portanto, protegido pelo inciso XXXVII, do art. 5º, da Constituição Federal, e, de outro, um ato abrangido pela preclusão processual¹¹. Porém, a decisão que recebe a denúncia não se encontra protegida pela regra de proteção aos atos jurídicos perfeitos ou mesmo pelo instituto da preclusão processual, pois o regime de incidência de normas benéficas aos réus não possuem tais limites, a teor do disposto no art. 2º,

⁸ Art. 28-A. (...) § 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

⁹ No mesmo sentido podemos citar Ali Mazloun e Amir Mazloun: “A lei nova gera situação de inquestionável benefício em favor do investigado, pois impede, quando presentes os requisitos legais, tanto a instauração da *persecutio criminis in judicio* quanto a decretação da extinção da punibilidade, uma vez cumpridas as medidas acordadas”, em “Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso”.

¹⁰ Trata-se do enunciado n.º 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”. Os enunciados sobre a Lei Anticrime elaborados pelas entidades ligadas ao Ministério Público estão disponíveis no link a seguir: [clique aqui](#) (acesso em 26/7/20)

¹¹ Art. 5º [...] XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Os autores imaginam que tal posição decorra deste dispositivo constitucional, pois as entidades não divulgaram o fundamento dos enunciados.

parágrafo único, do Código Penal, do art. 5º, XL, da Constituição Federal¹² e art. 9º do Pacto de São José da Costa Rica¹³.

Em outras palavras, os regimes constitucional e convencional afastam a garantia de proteção ao ato jurídico perfeito e proteção diante de normas penais mais benéficas ao réu. Portanto, possuindo o ANPP caráter misto – pois prevê nova hipótese de extinção da punibilidade condicionada a determinadas prestações por parte do investigado – não há que se falar em proteção da decisão que recebe a denúncia. Pelas mesmas razões é incorreta a posição que defende que o ANPP seria cabível somente até a prolação de sentença¹⁴.

Poderia, contudo, haver aplicação do ANPP em fase de recurso? Entendemos novamente que sim¹⁵, pois não há diferença substancial se o processo está em fase de instrução ou em fase recursal: trata-se de uma demanda criminal em curso, ainda não julgada de forma definitiva, que poderá ter desfecho condenatório ou absolutório. Ademais, como apontam Alexandre Wunderlich e João Vieira Neto, devemos nos atentar às normas do Código de Processo Civil, aplicáveis supletivamente ao processo penal por força do art. 3º do Código de Processo Penal, as quais permitem ao desembargador ou juiz federal de segunda instância dirigirem o processo e homologarem autocomposição celebrada entre as partes. Ademais, podemos imaginar a situação em que o delito é desclassificado em sede de julgamento de acórdão, imputando ao réu pena mínima inferior a quatro anos. Nesta situação, o Tribunal poderia converter o feito em julgamento para oferecimento de ANPP, por aplicação *in favor rei* do art. 383, §1º, do CPP, que trata do instituto da suspensão condicional do processo. Por que então haveria óbice para casos ainda não julgados que, desde logo e sem necessidade de maior atividade de interpretação judicial do fato, se enquadrem nos requisitos do ANPP?

Por fim, vale resgatar a discussão similar ocorrida quando da edição da lei 9.099/95, que instituiu em seu art. 89 o benefício da suspensão condicional do

¹² “Art. 2º [...] 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” e “Art. 5º [...] XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

¹³ Artigo 9º - Princípio da legalidade e da retroatividade. Ninguém poderá ser condenado por atos ou omissões que, no momento em que foram cometidos, não constituam delito, de acordo com o direito aplicável. Tampouco poder-se-á impor pena mais grave do que a aplicável no momento da ocorrência do delito. Se, depois de perpetrado o delito, a lei estipular a imposição de pena mais leve, o delinquente deverá dela beneficiar-se.

¹⁴ A posição já foi adotada pelo Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 74.463-0, rel. Celso de Mello, 1ª Turma, DJ 7/3/97, posteriormente revisitada por ocasião do julgamento da Ação Direta de Constitucionalidade 1719, Rel. Joaquim Barbosa, j. 18/6/07.

¹⁵ Veja-se, nesse sentido, conferir: (I) Alexandre Wunderlich e João Vieira Neto, “Acordo de não persecução penal recursal: novatio legis in melius?”. (II) Claudia da Rocha, Ana Beatriz da Luz e Gabriel Bertin de Almeida, “Acordo de não persecução penal em processos com sentença condenatória já proferida”, disponível no link: <<https://www.conjur.com.br/2020-mar-31/opinioao-acordo-nao-persecucao-penal-condenacao-proferida>>; (III) Leonardo Schmit de Bem, “Quais caminhos o STJ pode seguir na aplicação retroativa do ANPP?”, disponível no link: [clique aqui](#)

processo. Naquela ocasião, discutiu-se a possibilidade de retroação da nova regra. A doutrina considerou também aquela norma de natureza mista e, portanto, passível de retroagir, na medida em que trazia nova hipótese de extinção da punibilidade condicionada a obrigações por parte do réu. Nesse sentido foi a posição da Ada Pellegrini Grinover, Antonio Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, responsáveis pelo PL que resultou na Lei dos Juizados Especiais¹⁶.

O Supremo Tribunal Federal¹⁷ e o Superior Tribunal de Justiça¹⁸, por sua vez, decidiram no mesmo sentido, qual seja, de que a norma teria natureza mista (sendo composta por aspectos materiais e processuais) e que, portanto, ela deveria retroagir para atingir processos em curso, sem ressalvas se sentenciados ou não.

Por estas razões, entendemos que o ANPP é aplicável para todos os processos em andamento, mesmo em fase de recurso e ao menos até o marco do trânsito em julgado¹⁹. Contudo, reiteremos que se trata de uma questão recente, que ainda não consta com um posicionamento consolidado na doutrina e na jurisprudência, de modo que será necessário acompanhar como a questão será tratada a partir do momento em que for levada aos Tribunais Superiores.

***André Ferreira** é advogado criminal do escritório **Lacaz Martins, Pereira Neto, Gurevich & Schoueri Advogados**. Mestrando em Direito Penal Econômico pela Fundação Getúlio Vargas. Especialista pela mesma instituição e bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo.

¹⁶ Juizados especiais criminais. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 304.

¹⁷ Trata-se da ADIn 1719, Rel. Minº Joaquim Barbosa, j. 18/6/2007, que analisou a constitucionalidade do art. 90 da Lei 9.099/1995. O legislador do Juizado Especial previu regra de transição para a aplicação das disposições da nova lei, disciplinando que elas não deveriam influir em processos em curso. O Supremo Tribunal Federal entendeu que a vedação era inconstitucional por afastar a possibilidade de retroação de normas penais mais benéficas ao réu, como as do art. 76 e 89. O Superior Tribunal de Justiça analisou os efeitos temporais da suspensão condicional do processo, entendendo pela sua aplicação em sede de recurso, no REsp 123169, Rel. Minº Felix Fischer, 5ª T., j. 26/6/97.

¹⁸ No sentido de que é possível a aplicação do ANPP a processos não transitados em julgado, confira-se também o enunciado da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão 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 13964/2019, conforme precedentes. Alterado na 184ª Sessão Virtual de Coordenação, de 09/06/2020.”, disponível no link: [clique aqui](#).

¹⁹ Vale destacar que existe a discussão também se o ANPP seria aplicável a casos já transitados em julgado. Veja-se, nesse sentido, João Paulo Martinelli e Leonardo Schmitt De Bem, “O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal”, disponível no link: [clique aqui](#) e Sauveí Lai, “Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal”, disponível no link: [clique aqui](#).

***Stephanie Carolyn Perez** é advogada criminal, doutoranda em Direito Penal. Mestre e bacharel em Direito pela PUC/SP. Professora das disciplinas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Execução Penal nos cursos de graduação e pós graduação.