

**UNIVERSIDADE FEDERAL DA PARAÍBA – UFPB
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
COORDENAÇÃO DO CURSO DE DIREITO – CAMPUS JOÃO PESSOA
COORDENAÇÃO DE MONOGRAFIA**

SARA SANTIAGO SOARES

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE ACERCA DO MOMENTO
PROCEDIMENTAL ADEQUADO À PROPOSITURA E DA RETROATIVIDADE DO
NEGÓCIO JURÍDICO CONSENSUAL ESTABELECIDO PELA LEI Nº 13.964/19**

**JOÃO PESSOA
2021**

SARA SANTIAGO SOARES

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE ACERCA DO MOMENTO PROCEDIMENTAL ADEQUADO À PROPOSITURA E DA RETROATIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO CONSENSUAL ESTABELECIDO PELA LEI Nº 13.964/19

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Coorientador: Me. Rodrigo Gomes Teixeira

**JOÃO PESSOA
2021**

Catálogo na publicação
Seção de Catalogação e Classificação

S661a Soares, Sara Santiago.

Acordo de não persecução penal: análise acerca do momento procedimental adequado à propositura e da retroatividade do negócio jurídico consensual estabelecido pela lei nº 13.964/19 / Sara Santiago Soares. - João Pessoa, 2021.

85 f.

Orientação: Gustavo Barbosa de Mesquita Batista.

Coorientação: Rodrigo Gomes Teixeira.

Monografia (Graduação) - UFPB/CCJ.

1. Acordo de Não Persecução Penal. 2. Momento de propositura. 3. Retroatividade. 4. Negociação no Processo Penal. I. Batista, Gustavo Barbosa de Mesquita. II. Teixeira, Rodrigo Gomes. III. Título.

UFPB/CCJ

CDU 34

SARA SANTIAGO SOARES

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE ACERCA DO MOMENTO PROCEDIMENTAL ADEQUADO À PROPOSITURA E DA RETROATIVIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO CONSENSUAL ESTABELECIDO PELA LEI Nº 13.964/19

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Graduação em Direito de João Pessoa do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba como requisito parcial da obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Dr. Gustavo Barbosa de Mesquita Batista

Coorientador: Me. Rodrigo Gomes Teixeira

DATA DA APROVAÇÃO: 13 DE JULHO DE 2021

BANCA EXAMINADORA:

**Prof. Dr. GUSTAVO BARBOSA DE MESQUITA BATISTA
(ORIENTADOR)**

**Prof. Me. RODRIGO GOMES TEIXEIRA
(COORIENTADOR)**

**Prof. Me. WERTON MAGALHÃES COSTA
(AVALIADOR)**

**Prof. Me. EDUARDO DE ARAÚJO CAVALCANTI
(AVALIADOR)**

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me iluminar em cada passo dado, mostrando que sem Ele nada sou. A meu pai, João, por todo o apoio, cuidado, incentivo e compreensão, sempre. À Terezinha, minha avó, por ser minha grande inspiração e por rezar por mim todos os dias. À Samara, Sara e Giovanna, minhas tias e prima, pelo carinho e torcida constantes. A minhas amigas de infância, nos nomes de Vitória e Bia, por todos os momentos, alegres e difíceis, em que estivemos umas pelas outras, reciprocamente. Aos meus amigos da UFPB, das turmas da manhã e da noite, por toda a trajetória percorrida, reforçando nossos laços ao final do curso.

Aos docentes que fazem da Universidade Federal da Paraíba uma instituição fundamental à sociedade, os quais contribuíram para minha formação não só acadêmica, mas também humanística, no nome do meu orientador, Gustavo Batista, cujas considerações foram imprescindíveis à concretização deste trabalho.

A Dr. Rodrigo, por todos os ensinamentos passados a mim durante os quase dois anos sendo sua estagiária no MPF e por todo o auxílio, paciência e tempo dedicados a esta pesquisa, não medindo esforços para tanto. Ainda, aos meus companheiros diários do 8º Ofício, nos nomes de Ivanna e William, pelo conhecimento compartilhado e assistência constante.

RESUMO

O presente trabalho pretende elucidar qual o momento adequado para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e até quando incide a eficácia retroativa de tal instituto nos processos em curso assim que iniciada a vigência da Lei n.º 13.964/19, diploma legal que o introduziu no ordenamento pátrio. Com o fito de responder à problemática desta pesquisa, alvo de inquietações jurídicas nos ambientes doutrinário, acadêmico, jurisprudencial e do Ministério Público, busca-se partir da exata compreensão da ferramenta negocial ora analisada. De início, aprofunda-se o estudo acerca de mecanismos similares ao ANPP, típicos de uma justiça criminal lastreada em práticas consensuais e despenalizadoras, os quais foram concebidos, há muito, em países estrangeiros, como a Alemanha, a Itália e os Estados Unidos. Em seguida, discute-se quanto à sintonia entre os princípios constitucionais, penais e processuais penais regentes da sistemática nacional e o pacto não persecutório fixado no art. 28-A do CPP. Ato contínuo, são examinadas as nuances pragmáticas do acordo, levando-se em conta sua natureza de negócio jurídico extraprocessual e, simultaneamente, de instrumento de política-criminal, bem como são observados os requisitos, condições e pressupostos do supracitado dispositivo. Ainda, trilhando um olhar conceitual e empírico, diferencia-se o ANPP de outros institutos negociais brasileiros sedimentados na seara penal e, posteriormente, evidenciam-se as vantagens e as precauções advindas da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal. Por fim, debate-se sobre a propositura negocial durante a audiência de custódia, inferindo-se, ademais, o momento propício para a celebração do pacto negociado, assim como as hipóteses excepcionais do cabimento dessa prática consensual. Em remate, à luz de múltiplas linhas de pensamento divergentes e traçando um elo entre todas as outras discussões tecidas ao longo do trabalho, conclui-se acerca da retroatividade da ferramenta não persecutória.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Momento de propositura. Retroatividade. Negociação no Processo Penal.

ABSTRACT

The aim of this work is to elucidate the appropriate time for the Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) proposal and to clarify up to when it applies the retroactive effectiveness of such institute on ongoing processes as soon as emerged the Law n°. 13.964/19, the legal diploma that introduced the referred kind of agreed penal resolution into the national legal system. In order to answer this research's imbroglio, reason of concerns in doctrinaire, academic, jurisprudential and prosecution sectors, it is sought to start from the exact understanding of the negotiating tool now analyzed. At first, the study deepens about similar mechanisms to the ANPP, which are typical from a criminal justice based on consensual and decriminalization practises that were conceived, long ago, in foreign countries such as Germany, Italy and the United States of America. Next, it is discussed the harmony between the constitutional, criminal and procedural criminal principles that guide the national system and the non-prosecution pact established in art. 28-A of the Criminal Procedure Code (CPP). Following, the pragmatic nuances of the agreement are examined, considering its nature of extra-procedural legal contract and, simultaneously, as an instrument of criminal policy, as well as the requirements, conditions and assumptions of the aforementioned device are observed. Still, trailing a conceptual and empirical view, the ANPP is distinguished from other Brazilian negotiating institutes sedimented in the criminal field and, subsequently, the advantages and precautions arising from the application of the Acordo de Não Persecução Penal are evidenced. Finally, the negotiation proposal during the custody hearing is debated, inferring, moreover, the propitious moment for the negotiated pact celebration, as well as the exceptional hypotheses that admit this consensual practise. In conclusion, in the light of multiple divergent lines of thought and drawing a link between all the other discussions set throughout the work, it concludes on the retroactivity of the non-prosecutorial tool.

Key-words: Non-Criminal Prosecution Agreement. Time of proposal. Retroactivity. Bargaining in Criminal Procedure.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

AMB – ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS

ANPP – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

BGH – TRIBUNAL SUPERIOR ALEMÃO

BVerfG – TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ALEMÃO

CF – CONSTITUIÇÃO FEDERAL

CNJ – CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CP – CÓDIGO PENAL

CPP – CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

MP – MINISTÉRIO PÚBLICO

OAB – ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	BREVE CONCEITO E RELAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	11
2.1	ASCENDÊNCIA DO INSTITUTO NÃO PERSECUTÓRIO	11
2.2	INTRODUÇÃO DO ANPP NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	18
2.3	PRINCÍPIOLOGIA ATRELADA AO ACORDO NÃO PERSECUTÓRIO	22
3	BENESSES E PRECAUÇÕES DA IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA FERRAMENTA NEGOCIAL NA PRAGMÁTICA PROCESSUAL PENAL: ANÁLISE COMPARADA	30
3.1	NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	30
3.1.1	Negócio jurídico extraprocessual	30
3.1.2	Instrumento de política criminal.....	36
3.2	APLICAÇÃO CONCRETA DO ART. 28-A DO CPP.....	39
3.3	CONTRASTE COM OUTROS INSTITUTOS PROCESSUAIS TÍPICOS DA HODIERNA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA.....	40
3.4	VANTAGENS E RISCOS DO ANPP	44
4	MOMENTO PROPÍCIO PARA APRESENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	49
4.1	AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA	49
4.2	QUANDO DEVE SER ANUNCIADA A PROPOSTA NÃO PERSECUTÓRIA.....	52
4.3	EXCEÇÕES QUE ADMITEM A PROPOSITURA DO ANPP APÓS INSTAURADO O PROCESSO PENAL PROPRIAMENTE DITO	55
4.4	RETROATIVIDADE AOS CASOS PRÉVIOS À LEI N.º 13.964/19: IMPLICAÇÕES LÓGICO-PROCESSUAIS E CONCEITUAIS	60
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
	REFERÊNCIAS	76

1 INTRODUÇÃO

Tradicionalmente, a prática de uma infração penal enseja, em decorrência do exercício do *ius puniendi* inerente ao Estado, a persecução criminal. Esta, por sua vez, abarca a etapa inicial de investigação do delito e, em seguida, perpassa pela fase de processamento do feito sob a égide da jurisdição estatal. Tal sistemática, típica de Estados Democráticos de Direito, enfrenta, hodiernamente, complexa celeuma, posto que a ascensão da criminalidade massificada, advinda da sociedade industrial pós-moderna, sobrecarrega exaustivamente a capacidade estatal de providenciar uma resposta adequada aos ilícitos.

À luz do abarrotamento de processos a cargo da justiça criminal pátria, fenômeno imiscuído à morosidade do Judiciário brasileiro, à demasiada expansão do Direito Penal e ao crescimento da impunidade e da criminalidade, tem-se, de fato, que as finalidades penais precípuas (preventiva, sancionatória e ressocializadora) restam não efetivadas.

A fim de remediar tal quadro caótico, com celeridade e eficiência, optou-se pela ampliação da justiça criminal consensual na pragmática jurídica brasileira, mediante a recente regulamentação do acordo de não persecução penal. Trata-se, em breve síntese, de negócio jurídico pré-processual que denota crucial mecanismo de política criminal a cargo do Ministério Público (enquanto titular da ação penal), resultando (para certos delitos, mediante confissão do investigado e observados os requisitos legais) na extinção da punibilidade do agente, no adimplemento de condições pactuadas pelo compromissário e no não oferecimento de denúncia, isto é, ausência de processo penal.

Nesse contexto, verifica-se que a normatização do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP)¹, através da edição da Lei n.º 13.964/19, intitulada Pacote Anticrime, não definiu o momento exato para a propositura do acordo, omitindo-se, também, sobre os parâmetros retroativos do novo instituto. Com isso, deu-se azo à instauração de complexa controvérsia doutrinária e jurisprudencial no cenário nacional, cujas teses divergem quanto ao marco temporal máximo para admissão do pacto, se (i) até o recebimento da denúncia, (ii) somente durante o início da fase instrutória, (iii) até a prolação de sentença penal condenatória, (iv) anteriormente ao trânsito em julgado do litígio penal, (v) a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado.

¹ Doravante reconhecido pela sigla ANPP, conforme a Lista de Abreviaturas do presente trabalho.

Assim, o cerne da pesquisa reside em debater tais questões temporais, de forma a elucidar qual o lapso temporal propício à celebração do acordo e até que momento procedimental deve operar a retroatividade da legislação que o instituiu.

Para isso, o estudo ora empreendido considera a consonância dessa ferramenta negocial com a principiologia constitucional e processual penal, bem como os elementos teóricos e conceituais que fundamentam o pacto não persecutório, em especial, a sua natureza jurídica, levando-se em conta, ainda, com o escopo de aprimorar o debate, modelos de negócios penais desenvolvidos em países estrangeiros e institutos brasileiros de justiça criminal consensual, em perspectiva comparativa. Tais aspectos consolidam, portanto, os objetivos da presente monografia.

No tocante à metodologia, este trabalho elabora um arcabouço teórico acerca da fase procedimental, tendo em vista a investigação criminal e a persecução processual penal, propícia ao firmamento do ANPP e, conseqüentemente, acerca das balizas retroativas do pacto incidentes nos processos em curso quando da vigência da Lei n.º 13.964/19.

Utiliza-se, para tanto, uma abordagem de método dedutivo (partindo da análise geral ao particular), de forma que a observação de ferramentas consensuais estrangeiras; a base principiológica constitucional, penal e processual penal; as especificidades dos já existentes mecanismos negociais pátrios e as características do negócio jurídico regido pelo art. 28-A do CPP formam o ponto de partida para chegar-se, ao final, a uma conclusão concernente ao momento adequado para celebração do acordo não persecutório e aos critérios retroativos de tal instrumento político-criminal.

A presente pesquisa, porquanto lastreada em técnicas de investigação cujas fontes incluem legislações (nacional e internacional), livros, artigos científicos, pareceres, produções acadêmicas e demais documentos que contribuíram para este estudo, configura-se como bibliográfica e documental. Outrossim, consultas jurisprudenciais acerca do ANPP e de suas implicações temporais, bem como sobre mecanismos consensuais brasileiros que se aproximam do acordo, são utilizadas nesta obra.

Ademais, quanto aos métodos procedimentais, aplica-se: o método histórico, na observação da evolução das normativas pátrias e alienígenas quanto à negociação no processo penal, assim como na percepção do deslinde jurisprudencial referente ao tempo de propositura e de retroatividade do pacto não persecutório; e o método comparativo, na análise dos institutos estrangeiros e pátrios confrontados ao acordo de não persecução penal.

Na estruturação dos capítulos, tem-se, *a priori*, a gênese do acordo de não persecução penal, partindo de mecanismos negociais alienígenas, em especial, da Alemanha, da Itália e dos

Estados Unidos, passando-se ao exame da introdução do ANPP no ordenamento brasileiro, levando em conta as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público e a Lei n.º 13.964/19, e, em seguida, culminando-se nas conexões do acordo com a principiologia, constitucional e processual penal, norteadora do sistema de justiça criminal nacional.

Posteriormente, no segundo capítulo, são elucidadas as nuances do instituto previsto no art. 28-A do CPP, tais como a natureza jurídica (negocial e político-criminal), os pressupostos, as condições, os requisitos subjetivos e objetivos, as vantagens e os riscos da celebração do pacto não persecutório, assim como são diagnosticadas semelhanças e disparidades entre o ANPP e a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

No terceiro e último capítulo, sedimentadas as bases teóricas necessárias ao aprofundamento da problemática ora versada, discute-se sobre o cabimento do acordo de não persecução penal durante a audiência de custódia, tendo em vista atos normativos do CNMP e do CNJ; e, também, é pontuado, sob a óptica das discussões empreendidas, o momento adequado para a apresentação, pelo membro ministerial, da proposta não persecutória ao investigado, bem como é esclarecida a questão sobre a possibilidade de hipóteses excepcionais a tal marco procedimental. Ainda, são trazidas à tona as teses doutrinárias, jurisprudenciais e ministeriais sobre o limite retroativo do ANPP aos casos em andamento quando editada a Lei Anticrime, fechando-se a análise da pesquisa com a evidenciação da baliza temporal máxima até a qual incidem os efeitos retroativos do acordo em tela, diante de sua natureza jurídica híbrida (material e processual) e das respectivas finalidades político-criminais explanadas anteriormente.

Por fim, almeja-se dilucidar tais pontos controvertidos relacionados à ferramenta de justiça criminal consensual recentemente instituída em nossa sistemática, fomentando o debate jurídico em prol de uma coerente aplicação do pacto não persecutório, tanto nos casos vindouros, quanto retroativamente.

2 BREVE CONCEITO E RELAÇÕES PRINCÍPIOLÓGICAS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Com o propósito de investigar o momento adequado para a apresentação do pacto não persecutório brasileiro e os parâmetros de sua retroatividade, entende-se fundamental a análise das origens estrangeiras de negócios processuais penais que guardam certa proximidade com o ANPP, bem como a exposição do surgimento dessa ferramenta consensual no ordenamento pátrio.

Além disso, partindo-se da indissociabilidade entre as normas processuais e os princípios e regras constitucionais², sendo o processo penal constitucional o método de estudo ora empregado, a apreciação do acordo de não persecução penal sob a óptica dos princípios constitucionais com os quais se correlaciona será, também, articulada neste capítulo.

2.1 ASCENDÊNCIA DO INSTITUTO NÃO PERSECUTÓRIO

À luz da pretensão de aperfeiçoar o desenvolvimento de institutos fomentadores de uma justiça consensual³ na *práxis* jurídica brasileira, o acordo de não persecução penal pátrio foi inspirado por tendências há muito sedimentadas em países estrangeiros, especialmente nos Estados Unidos, na Itália e na Alemanha, as quais evoluem apartadas da típica dialética processual.

Parte da doutrina aponta que a ferramenta negociada ora estudada é típica de países de tradição do sistema *common law*⁴ e, portanto, de incompatível aplicabilidade com ordenamentos fundamentados no *civil law*, como o Brasil.

Há de se levar em conta, no entanto, que os métodos alternativos de resolução de conflitos, formadores do lastro teórico buscado pelo pacto não persecutório, não estão eminentemente atrelados a Estados onde prevalecem os sistemas de precedentes judiciais. Uma vez que o julgamento penal padrão excessivamente longo, descredibilizado e, por vezes,

² O que demanda o exame da adequação das leis ao texto e ao espírito constitucional (GRINOVER, 1990).

³ O modelo consensual abarca as subespécies de justiça reparadora (cujo foco é a reparação de danos, com utilização marcante do método de conciliação), pacificadora ou restaurativa (voltada à resolução da lide por meio da pacificação de interesses antagônicos interpessoais das partes, contribuindo para a harmonia social), negociada (marcada pelo firmamento de acordo entre acusação e investigado, com obrigações recíprocas dos negociantes) e colaborativa (quando o consenso na solução do conflito é adotado como forma de conseguir a colaboração do agente) (GOMES; MOLINA, 2009).

⁴ Em apertada síntese, tem-se que o sistema do *common law* é caracterizado pela predominância da jurisprudência (precedentes) e dos costumes jurídicos como fontes normativas, enquanto o *civil law*, de tradição romano-germânica, tem como fonte normativa primária a legislação (TARTUCE, 2019).

discriminatório, é fenômeno comum a diversas nações, nota-se que a corriqueira procura por soluções diversionistas não é exclusiva de países afeitos ao direito comum.

Nesse sentido, Aury Lopes Júnior (2019) destaca a presença de institutos de resolução penal pactuada em territórios de *civil law*, citando o *patteggiamento sulla pena* da Itália, a *conformidad* da Espanha e, em Portugal, o arquivamento em caso de dispensa da pena e a suspensão provisória do processo.

O sistema continental europeu, marcado pela preeminência do princípio clássico da legalidade, insere-se, historicamente, nos parâmetros da *civil law*. Com irrefutável influência na dinâmica jurídica brasileira, o mencionado sistema é concebido a partir: (i) de uma maior participação⁵ do juiz na investigação; (ii) do interesse do membro do *Parquet* na busca pela verdade, assim entendida aquela mais próxima dos acontecimentos fáticos, independentemente do que as partes tenham acordado acerca da verdade a ser usada em juízo; (iii) da não extinção, de pronto, da marcha processual quando presente a confissão⁶, pois a culpa do acusado será apurada pelo magistrado ao final do rito, quando prolatada a sentença (BRANDALISE, 2016).

Malgrado a pretensão da aplicação igualitária da lei (afastando-se da vingança privada ou da autotutela), a força do monopólio estatal em dizer o direito e as garantias principiológicas (legalidade, proporcionalidade da pena, culpabilidade etc.) adotadas pelo sistema continental, tem-se que não é noção remota a tal sistemática a importação de métodos alternativos de conflitos afeitos a países de *common law*. Pois o pujante acréscimo de práticas delituosas na sociedade industrial pós-moderna⁷ e, por conseguinte, do montante de casos sob encargo do Poder Judiciário faz emergir a urgência na adoção de medidas céleres, eficazes, processualmente econômicas, com maior atuação das partes e com certa passividade do julgador, qualidades inerentes ao sistema comum/adversarial.

À guisa de exemplo, com o intuito de apresentar instrumentos de negociação sedimentados em países de sistemas similares ao brasileiro, torna-se relevante compreender os acordos adiante expostos com o propósito de captar com precisão, ulteriormente, a especificidade do acordo de não persecução penal pátrio.

⁵ Quando comparada ao modelo adversarial, no qual assume o magistrado uma posição mais afastada e as partes adotam posições de maior projeção. No modelo continental, por sua vez, a acusação e a defesa ficam em segundo plano ante a condução persecutória processual pelo juiz. Sintetiza Thomas Weigend (2003, p.160) *apud* (BRANDALISE, 2016, p. 75) que “o juiz é o terceiro imparcial que, de forma profissional, está interessado na persecução da verdade”.

⁶ Na óptica continental, a confissão denota, tradicionalmente, um dentre os vários elementos de prova, já que incumbe ao juiz definir a verdade buscada (BRANDALISE, 2016).

⁷ Marcada pela globalização política e cultural, fenômeno que acentua tendências integralistas e separatistas, homogeneizantes e diversificantes no cerne de populações multiculturais, o que resulta, portanto, em tensões potencialmente criminógenas (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

A Alemanha, inserida na sistemática do *civil law* e marcada pela atividade legislativa figurando no centro da normatização do Direito, não deixando de lado a relevância dos princípios gerais e das decisões como parâmetros interpretativos do fenômeno jurídico, incorporou a negociação criminal em sua práxis, especialmente após a introdução, durante o pós-guerra, da dignidade da pessoa humana como preceito do processo penal (ROXIN, 2003).

A justiça alemã, nesse sentido, fundamenta-se nos princípios da verdade material (*das Prinzip der materiellen Wahrheit*) e da investigação (*Instruktionsmaxime*), imperando a presunção de inocência até que seja demonstrada, no âmbito processual, a culpa do acusado. Diferentemente do sistema adversarial estadunidense, o modelo germânico pressupõe a atuação independente e imparcial do magistrado na busca pela verdade material⁸, bem como parte da percepção de que o investigado possui status de sujeito processual e de que o Ministério Público não goza de discricionariedade absoluta, sequer ampla, uma vez que (i) o postulado da legalidade impõe, em regra, a obrigatoriedade da persecução penal em face de conhecida prática delitiva e (ii) nas exceções⁹, a conduta ministerial é minuciosamente limitada pelos parâmetros legais (BRANDALISE, 2016).

Dentre as possibilidades de acordo no processo penal alemão, que abarcam, inclusive, a negociação da sentença criminal¹⁰ em si, destaca-se a hipótese mais recorrente no país, prevista na seção 153a do *Strafprozeßordnung* - StPO (Código de Processo Penal Alemão)¹¹. Nessa, após o cumprimento de certas condições propostas pelo membro ministerial e aceitas pelo acusado e pelo juízo, extingue-se a persecução criminal do fato a ele imputado, de maneira que o processo é suspenso e não há reconhecimento formal da culpabilidade advindo exclusivamente de confissão, pois “el acusado no se declara culpable (*guilty plea*), sino que formaliza una confesión que es valorada por el tribunal como el medio de prueba general para su culpabilidad” (SCHÜNEMANN, 2004, p. 180).

⁸ Assim entendida a atrelada aos acontecimentos da realidade, aos fatos do caso concreto. Em sentido oposto, tem-se a verdade negociada/processual, segundo a qual as partes acordam sobre quais elementos probatórios devem ser levados a juízo.

⁹ Nos crimes de médio ou leve potencial ofensivo, as hipóteses de insignificância do delito, de admissão de resolução estatal diversa da processual, de interesses estatais prioritários e de persecução penal conduzida pela vítima consagram relativizações à regra da obrigatoriedade da ação penal (BRANDALISE, 2016).

¹⁰ A constitucionalidade dos acordos no processo penal alemão foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*, ou BVerfG) em 2013, tendo previamente, em 1997, o Tribunal Federal de Justiça (*Bundesgerichtshof* ou BGH) atestado a legalidade da *Absprachen* (forma negocial com redução da pena mediante confissão do acusado), de modo que o reconhecimento da confissão na sistemática germânica decorre de certa influência da prática norte-americana do *plea bargaining* (BRANDALISE, 2016; SCHÜNEMANN, 2004).

¹¹ O dispositivo 153 do StPO, que estabelece diversas espécies de hipóteses de *non-prosecution* (seções 153a até a 153f), consagra, como considera a doutrina, o princípio da oportunidade da ação penal no ordenamento alemão, permitindo ao titular da ação não instaurar o processo criminal se ausente o interesse público (SCHÜNEMANN, 2004; SUXBERGER, 2017).

Tal medida de diversão com intervenção, ao admitir sua aplicabilidade em fase preliminar ao processo, ao fixar obrigações de reparação de danos e de trabalhos em prol de entidades públicas, entre outras, e ao aproximar-se do instituto estadunidense do *nolo contendere*, mostra-se bastante símil ao acordo de não persecução penal ora estudado.

Outrossim, importa sublinhar que, não obstante a adesão germânica aos métodos negociais, por influxo do tratamento norte-americano à confissão no molde adversarial, permanecem vigentes os princípios basilares do processo alemão no contexto consensual, em especial: a busca da verdade material pelo Poder Judiciário, a publicidade (posto que os pactos devem ser registrados, permitindo a ulterior fiscalização das partes negociantes e da sociedade), as garantias do acusado (a consciência e a voluntariedade do investigado são inafastáveis, devendo ser devidamente orientado pela defesa acerca das consequências do acordo) (BRANDALISE, 2016).

Ainda, com o propósito comparativo quanto ao ANPP ora sob análise em relação às demais ferramentas negociadas presentes em ordenamentos estrangeiros, torna-se vital o sucinto deslinde da pragmática italiana, uma vez que o direito brasileiro foi, historicamente, muito influenciado pelo formato jurídico ítalo.

A Itália, notório país de *civil law*, em razão da direta proveniência do Direito Romano, tem como alicerce constitucional o princípio da obrigatoriedade da ação penal¹², o qual vem sendo alvo de discussões e paulatinas relativizações, em face de, paradoxalmente, (i) possuir absoluta irrealizabilidade prática (todo o aparato judicial, através do rito procedimental completo, não comporta o maciço montante de delitos cometidos) e (ii) ao contrário de prezar pela igualdade, acaba criando desigualdades ao obstar a regulamentação unificada de critérios de política criminal, dando azo a discricionariedades de procuradores (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2017).

Nesse contexto, similar ao experienciado no cenário brasileiro, tais relativizações podem ser percebidas por reformas processuais penais, influenciadas pelo ordenamento estadunidense, que resultaram na admissão, inclusive no âmbito constitucional¹³, de acordos para resolução de litígios criminais, a exemplo do *patteggiamento*, do *procedimento per decreto* e do *giudizio abbreviato*.

¹² Art. 112 da *Costituzione della Repubblica Italiana*. O Ministério Público tem a obrigação de exercer a ação penal (ITALIA, 1947).

¹³ Art. 111, 5 da *Costituzione della Repubblica Italiana*. A lei regula os casos em que a formação da prova não tem lugar em contraditório por consenso do arguido ou por impossibilidade comprovada de natureza objetiva ou por efeito de conduta ilícita provada (ITALIA, 1947).

Por ora, ater-se-á ao *patteggiamento*, uma vez que consiste na modalidade consensual mais habitual, segundo a qual as partes acordam sobre a aplicação da pena na sentença a ser prolatada pelo magistrado. Com o escopo de atrelar celeridade, efetividade da jurisdição estatal e imediata execução da pena com os princípios constitucionais italianos (legalidade da persecução penal, liberdade do acusado, direito à defesa, presunção de inocência, finalidade da pena), tal ferramenta negociada enseja divergências doutrinárias, posto que uma corrente a enxerga como próxima ao *nolo contendere* estadunidense¹⁴, enquanto outra, jurisprudencial, entende que o acusado renuncia, mesmo que tacitamente, a presunção de inocência ao admitir sua responsabilidade, a qual é exigida para fins de aplicação de pena (BRANDALISE, 2016).

À parte de tal polêmica, verifica-se que o *patteggiamento* consiste em forma negocial mais ampla, e gravosa, do que o acordo não persecutório brasileiro¹⁵, eis que o primeiro não extingue a propositura da ação penal (fazendo-se presentes todos os efeitos de sentença penal de cunho condenatório) e as respectivas tratativas versam sobre critérios de redução de pena (os termos da sentença)¹⁶.

Ademais, faz-se inevitável mencionar a forma de negociação consensual predominante no processo penal dos Estados Unidos, considerando a relevância do instituto no panorama mundial e, em especial, a influência que exerce em nossa sistemática. Saliente-se, *a priori*, que o acordo de não persecução penal brasileiro, apesar de possuir pontos em comum com a ferramenta norte-americana, apresenta, todavia, traços significativos que o afastam do modelo sedimentado no *plea bargaining*, como será demonstrado posteriormente¹⁷.

No cenário estadunidense, a prática do *plea bargaining* permeia e amolda todo o sistema de justiça penal do país¹⁸, ante a relevância dos acordos no tratamento de conflitos criminais,

¹⁴ Argumentando que o investigado não contesta a ação penal, motivo pelo qual a sentença proferida manifesta somente uma equiparação à condenação, pois não houve reconhecimento de culpa do agente quando da anuência com o pacto.

¹⁵ Insta ressaltar, todavia, que o ANPP e o *patteggiamento* são semelhantes ao pressuporem uma atuação ministerial fundamentada e a exigência de que o magistrado averigue os termos do acordo, especialmente no tocante à legalidade. Ambos os institutos se afastam, nesse sentido, do modelo estadunidense do *plea bargaining* (que conta com uma maior discricionariedade da acusação e uma participação mais passiva do juiz) (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015).

¹⁶ Ainda, faz-se relevante mencionar que a Corte Constitucional da Itália, na decisão 313/1990, consagrou a constitucionalidade do *patteggiamento*, destacando a análise judicial do acordo quanto à proporcionalidade da pena proposta e a adequação do pacto aos princípios da legalidade, da exclusividade jurisdicional da determinação da pena, da necessidade de motivação das decisões judiciais, da presunção de inocência (pois a não contestação do investigado à peça acusatória não implica em violação dessa garantia) e aos direitos de liberdade e de defesa (CAPPARELLI; VASCONCELLOS, 2015).

¹⁷ Vide tópico 2.2.

¹⁸ A hegemonia do acordo como resposta estatal à dada prática delitiva é notória nos Estados Unidos, o que pode ser percebido ao constatar que, em 2014, somente 2,6% dos acusados passaram pelo julgamento “tradicional”, isto é, conduzido nos moldes do *bench trial* (juiz togado) ou do *jury trial* (júri) (CASTRO, 2020).

visto que basicamente todo delito federal pode ser solucionado mediante pacto firmado entre acusação e defesa.

De pronto, faz-se mister a compreensão da terminologia adiante utilizada e usualmente confundida, em razão da semelhança das expressões. *Plea bargaining* refere-se ao procedimento que leva ao acordo, ao trâmite percorrido na negociação até o firmamento, por fim, do pacto resolutivo. Já *plea bargain* remonta à barganha propriamente dita, as concessões bilaterais tratadas na negociação. *Plea*, por sua vez, consiste na declaração prestada pelo investigado, seja ela de (i) culpa (*guilty*); (ii) não culpado (*not guilty*) ou (iii) *nolo contendere* (em que não admite nem contesta a acusação). Ainda, *plea agreement* denota o acordo em si, o instrumento pactuado pelas partes (CASTRO, 2020).

Nessa perspectiva, é sobretudo importante assinalar que o modelo adversarial norte-americano, distinto do acusatório clássico, é sedimentado em uma ausente proeminência do magistrado na investigação, o qual assume uma postura mais passiva, enquanto o destaque, na procura pela verdade atestadora da participação do investigado no delito, volta-se ao *prosecutor* (promotor, acusador). Destarte, a confissão (*guilty plea*¹⁹) consagra um paradigma no sistema adversarial capaz de extinguir a persecução processual criminal, como clarifica Brandalise (2016, p. 59):

Assim, [na sistemática adversarial] é natural a obtenção de verdades acordadas, pois o resultado se mostra mais relevante do que a obtenção de como os fatos aconteceram. (...) por atuar o juiz de forma passiva, as partes definem o alcance do processo – fático e probatório – movidas por interesses estratégicos, com possibilidade de investigação pelas duas partes.

Dito isso, convém ponderar que (i) consoante a *Rule 11* da *Federal Rules of Criminal Procedure*²⁰, há três espécies de *plea agreement*²¹, exalando, assim, a amplitude dos acordos no sistema estadunidense; (ii) a *plea* e o *plea agreement* não possuem um marco temporal específico para ocorrerem no processo, de modo que são admitidos em qualquer fase processual, mesmo se iniciado o *trial*.

Ademais, na conjuntura norte-americana, evidenciam-se quatro principais formas de negociação pertencentes ao vasto gênero *plea bargaining*, são elas a *charge bargaining* (em

¹⁹ Conforme Shünemann (2004, p. 176, tradução nossa), “a confissão de culpa (*guilty plea*) assume o lugar da determinação da culpabilidade do acusado pelo juízo, constituindo assim, de pronto, o fundamento para a fixação da pena”.

²⁰ Responsável pela regulamentação dos procedimentos do processo penal nos juízos federais dos EUA, cuja edição compete à Suprema Corte dos Estados Unidos - SCOTUS (CASTRO, 2020).

²¹ Dentre os quais se permite à acusação (i) afastar ou não apresentar imputações, (ii) recomendar dada sentença ao juízo (ou não contrapor pleito da defesa) e (iii) anuir com a adequação de determinada sentença ao delito *in casu*.

que o investigado confessa o crime menos grave dentre os que foram atribuídos e o *prosecutor* concorda com a atenuação vertical²²), a *count bargaining* (quando o agente admite a prática de um ou alguns dos delitos inicialmente imputados e a acusação anui, abrindo mão de parcela das demais capitulações), a *sentence bargaining* (na qual o promotor, após confissão ou não contestação do acusado, recomenda ao juízo determinada sentença menos rígida) e a *fact bargaining*²³ (ocasião em que é negociada, entre defesa e acusação, a verdade sobre fatos e versões delitivas, barganhando acerca de elementos que influem diretamente no cálculo da pena) (ALVES, 2018; CASTRO, 2020).

Importante frisar, todavia, que não obstante a estruturação e o aperfeiçoamento do instituto *plea bargaining* pelo sistema de justiça estadunidense, ele não advém da tradição de *common law* dos EUA²⁴, isto é, essa organização de ordenamento jurídico não constitui *conditio sine qua non* para a implantação daquela ferramenta negocial. Como ilustra Ana Lara Camargo de Castro (2020, p. 147):

De forma diversa ao que se costuma pensar, (...) o *plea bargaining* não é parte integrante da tradição de *common law* norte-americana e, portanto, não constituía pilar do seu sistema de justiça, que é fundado no direito a julgamento pelo júri popular, assegurado na *Bill of Rights*. A resolução penal pactuada foi formalmente reconhecida apenas no início dos anos setenta e consolidada como observação da realidade. A prática dessa espécie de composição entre as partes estava presente no cotifiano forense e precisava ser descortinada, sem cinismo ou hipocrisia, retirada da obscuridade e legalizada. (...) as inovações trazidas pela legalização do *plea bargaining* reforçaram o sistema de garantias ao acusado e explicitaram os papéis dos atores jurídicos.

Ainda, quanto às espécies de acordo penal em voga nos Estados Unidos, cumpre atentar ao *non prosecution agreement* (NPA) e ao *deferred prosecution agreement* (DPA). O primeiro, usualmente manejado pelo Departamento de Justiça norte-americano, pela Comissão de Valores Mobiliários ou pelo Ministério Público dos Estados, consiste em um pacto pré-processual em que o acusado presta colaboração (imprescindível ao interesse público e

²² Ou qualitativa, refere-se à hipótese, em *charge bargaining*, quando o promotor acorda em desclassificar um delito originalmente imputado para outro menos grave. Distingue-se da atenuação horizontal ou quantitativa, em que a acusação concorda, após a confissão do investigado de parte dos crimes a ele atribuídos, em afastar as imputações não confessadas, caracterizando a *count bargaining* (ALVES, 2018; CASTRO, 2020).

²³ Destaque-se que as duas primeiras maneiras de *plea bargaining* têm como objeto negocial as imputações constantes na exordial acusatória, enquanto as duas últimas, *sentence* e *fact*, tratam de aspectos intrínsecos aos parâmetros da pena.

²⁴ Vale lembrar que o *common law* estadunidense - em que as cortes judiciais são fonte normativa primária, porquanto definem a norma jurídica a partir de precedentes ou *stare decisis* (não somente aplicando um direito costumeiro advindo de costumes sociais) - adota o princípio da legalidade na seara criminal. Assim, os tipos penais não são criados pela atividade jurisdicional, havendo lei penal editada pelo Legislativo, federal ou estadual, que deve observar os princípios da *prohibition against vagueness*, da *rule of lenity* (similar ao *in dubio pro reo*) e do *ban on ex post facto laws* (anterioridade da lei penal) (CASTRO, 2020).

impossibilitada de obtenção por meio diverso) em contrapartida da não propositura de ação penal pela promotoria (ARAS, 2018).

Já o DPA, por seu turno, denota uma modalidade consensual em que a persecução penal é suspensa, mediante autorização judicial, por lapso temporal determinado, até que seja retirada a acusação (arquivada a ação penal) quando cumpridas, pelo investigado, as obrigações acordadas com o Ministério Público (CASTRO, 2020).

Tanto o NPA quanto o DPA podem ser celebrados com pessoas jurídicas, tendo este último uma aplicação interessante em delitos econômico-financeiros (*corporate criminal case*). No entanto, apesar da convergência terminológica entre ANPP e NPA, o *non prosecution agreement*, com elevado teor colaborativo, aproxima-se ao acordo brasileiro de leniência (ARAS, 2018). Enquanto o DPA, uma vez que desenvolve após iniciada a persecução penal, isto é, posteriormente à apresentação da peça acusatória, e não estabelecendo prévia homologação judicial, não encontra correspondente no sistema brasileiro.

2.2 INTRODUÇÃO DO ANPP NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

A constatação de que o sistema de justiça criminal brasileiro perpassa por situação, no mínimo, caótica, é facilmente vislumbrada tanto pelos operadores do Direito, sejam doutrinadores, magistrados, advogados, técnicos do Judiciário ou promotores, quanto pelos jurisdicionados.

Com efeito, o imenso volume processual e a demora na resposta judicial afastam progressivamente a persecução criminal da almejada harmonização social, contribuindo, em sentido oposto dessa finalidade, à proliferação de injustiças, de descrédito generalizado nas instituições jurídicas e de impunidade aos delitos praticados.

Nesse cenário, em consonância com tendências mundiais, a práxis jurídica brasileira procurou soluções alternativas para o paradoxo típico da Terceira Onda Renovatória de Acesso à Justiça²⁵, mediante a implantação de técnicas de consenso e de negociação entre as partes (acusação e defesa) no provimento da resposta estatal aos conflitos penais, como opção diversa ao completo rito processual tradicional.

Antes de prosseguir, insta ressaltar que o julgamento integral (*full trial*) de todos os delitos submetidos à jurisdição pátria seria perspectiva sublime, todavia quimérica, ante o

²⁵ Os *Alternative Dispute Resolution – ADRs*, um dos aspectos do “Novo Enfoque do Acesso à Justiça” que pretendia otimizar a resposta judicial lenta e pouco eficiente, considerando a ampliação dos jurisdicionados obtida nas Ondas anteriores (CAPPELLETTI; GARTH, 1988). Vide tópico 3.1.1.

abarroamento do Judiciário, a alta criminalidade e a necessidade de soluções mais céleres e justas do que as atualmente entregues. Em decorrência disso, admitir formas acordadas nos crimes de pequena e média gravidade, como via alternativa à persecução plena em juízo, é medida que se impõe²⁶, até mesmo para autores adversos ao pacto na seara penal, a exemplo de Bernd Schünemann (2004, p. 196):

El ideal del siglo XIX, de llevar a cabo en cada caso concreto un juicio oral completo [audiência de instrução e julgamento] reconociendo los principios de publicidad, oralidad e inmediatez, es sólo realizable en una sociedad sumamente integrada, burguesa, en la que el comportamiento desviado cumple cuantitativamente sólo un papel secundario. En las sociedades postmodernas desintegradas, fragmentadas, multiculturales, con su propagación cuantitativamente enorme de comportamientos desviados, no queda otra alternativa que arribar a una condena sin un juicio oral detallado, en los casos en que el supuesto de hecho se presenta como tan profundamente aclarado en la etapa de instrucción, que ni siquiera al mismo imputado le interesa una repetición de la producción de la prueba en el juicio oral [audiência de instrução e julgamento].

Partindo dessa conjuntura, a Resolução n.º 45/110 da Assembleia Geral das Nações Unidas (CNJ, 2016) sedimentou, em 1990, a urgência na adoção de métodos alternativos capazes de, observando a legalidade e os interesses da vítima, prevenir o crime e de proteger a sociedade sem provocar a persecução penal clássica²⁷.

Nesse movimento de oposição à cultura demandista, em estímulo às práticas consensuais, a fim de ultrapassar a hiperjudicialização instalada no país, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, desde 2014, apregoa a favor de uma atuação ministerial

²⁶ Como reconhecem, inclusive, Aury Lopes Júnior e Alexandre Morais da Rosa (2017, *online*): “Os juristas desatualizados insistem em excluir os institutos da Justiça Negociada do ambiente processual brasileiro, lutando por manter a ilha moderna do processo penal e o fetiche pela decisão penal de mérito como o único mecanismo de descoberta e de produção de sanções estatais”.

²⁷ Referido ato normativo internacional, conhecido como Regras de Tóquio, estabelece as regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Para os fins do presente trabalho, faz-se relevante a observância dos seguintes itens:

5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.

2.5 Deve-se considerar o tratamento dos infratores na comunidade, evitando-se o máximo possível recorrer aos procedimentos ou julgamentos formais em um tribunal, de acordo com as garantias legais e as regras de direito.

2.6 As medidas não privativas de liberdade devem ser aplicadas de acordo com o princípio da intervenção mínima.

3.2 A escolha de medida não privativa de liberdade deve ser fundada em critérios estabelecidos que levem em consideração tanto a natureza e a gravidade da infração quanto a personalidade e os antecedentes do infrator, o objetivo da condenação e os direitos das vítimas (CNJ, 2016).

progressivamente resolutive, mais veloz e menos custosa financeira e socialmente, uma vez que efetuada extrajudicialmente²⁸ (MESSIAS, 2020).

Com isso, o CNMP editou a Resolução n.º 181/2017, tratando sobre a instauração e o trâmite do Procedimento Investigatório Criminal a cargo do órgão ministerial e inserindo na sistemática nacional o acordo de não persecução penal, alterado, posteriormente, pela Resolução n.º 183/2018. O novo instituto consensual, ensejador do arquivamento da investigação criminal quando cumpridas integralmente as condições anuídas pelo investigado, foi, no entanto, alvo de questionamentos de sua constitucionalidade junto ao Supremo Tribunal Federal, por meio de Ações Diretas de Inconstitucionalidade postuladas pela OAB e pela AMB (CUNHA, 2021).

Os posicionamentos críticos insurgidos em face da criação do acordo por meio de resolução do CNMP tiveram como fundamento, sobretudo, a violação à legalidade e à obrigatoriedade da ação penal. Apontavam, nesse viés, vício de inconstitucionalidade de ordem formal, por ofensa à competência privativa da União para editar leis penais e processuais penais²⁹ e de ordem material, por afronta à obrigatoriedade incumbida ao titular da ação penal (extraída do art. 129, I da CF)³⁰, à presunção de inocência³¹ e ao devido processo legal (mitigando a máxima *nulla poena sine iudicio*)³² (PEREIRA; PARISE, 2019).

Em relação às considerações de cunho material, aprofundar-se-á a discussão principiológica no tópico seguinte. Quanto à aduzida inconstitucionalidade formal das Resoluções do CNMP n.º 181/2017 e n.º 183/2018 por desprezo à reserva legal³³, verificou-se

²⁸ Art. 1º, parágrafo único da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014, do CNMP, que versa sobre a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público: “Ao Ministério Público brasileiro incumbe **implementar e adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais**, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos” (CNMP, 2014, grifo nosso).

Art. 1º, § 2º da Recomendação n.º 54, de 28 de março de 2017, do CNMP, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro: “Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será **priorizada a resolução extrajudicial** do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, **especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade**” (CNMP, 2017b, grifos nossos).

²⁹ Art. 22, CF. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho (BRASIL, 1988).

³⁰ Art. 129, CF. São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei (BRASIL, 1988).

³¹ Art. 5º, LVII, CF. Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

³² Art. 5º, LIV, CF. Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (BRASIL, 1988).

³³ Saliente-se, entretanto, que setores doutrinários, como Cabral (2018), Messias (2020) e Barros (2018), opinavam pela ausência de inconstitucionalidade formal orgânica, defendendo que (i) as resoluções do CNMP gozam de normatividade primária, consoante o entendimento do STF quanto à primariedade dos atos normativos do CNJ referentes à aplicação de princípios constitucionais (a exemplo da Res. 7 do CNJ, considerada válida na ADC 12);

que, posteriormente, o conteúdo substancial do ANPP, regulamentado pelas normativas do órgão ministerial nacional, foi consideravelmente abarcado pela Lei n.º 13.964 de 24 de dezembro de 2019.

Destarte, mediante os ditames legais inseridos no Código de Processo Penal pelo Pacote Anticrime, restou superada a controvérsia acerca da violação formal ao art. 22, I da Constituição Federal pela previsão do pacto não persecutório em atos normativos do CNMP³⁴.

Em remate, tendo em vista o fito do presente trabalho, torna-se elementar depreender, brevemente, as principais distinções feitas pelo diploma legal no acordo de não persecução penal elaborado pelo CNMP e a inequívoca diferença entre o pacto brasileiro e o *plea bargaining* estadunidense.

A partir da Lei n.º 13.964/2019, os dispositivos reguladores do ANPP adquiriram caráter de norma processual penal material (NUCCI, 2021b). A constatação acerca do conteúdo híbrido ou misto adquirido pelo instituto negocial após a tratativa legal, decorre, dentre outras: (i) da previsão da extinção de punibilidade do investigado quando adimplidas todas as condições por ele assumidas (art. 28-A, §13, CPP); (ii) da atribuição de competência ao juízo de execução para fiscalizar o pacto (art. 28-A, §6º, CPP); (iii) da suspensão do prazo prescricional durante o cumprimento do acordo (causa impeditiva da prescrição acrescida ao art. 116, IV do Código Penal).

Por fim, são trazidas a lume as principais distinções entre o *plea bargaining* dos Estados Unidos e o acordo não persecutório brasileiro ora vigente, restando evidente o cuidado legislativo pátrio para afastar os vícios apontados pela doutrina especializada corriqueiramente percebidos na prática norte-americana.

Enquanto o primeiro (i) se descumprido, resulta em condenação definitiva, já que o agente não é submetido ao rito completo³⁵; (ii) é cabível, no sistema federal, para qualquer delito, podendo ser o encarceramento uma das obrigações assumidas pelo investigado, no ANPP, em sentido diametralmente oposto, (i) o descumprimento enseja propositura de ação

(ii) o acordo não persecutório, ao tratar de etapa extrajudicial e prévia ao processo, quando ainda não se configurou a tríade relação processual (réu, promotor e juiz), não versa sobre processo penal; (iii) o ANPP, além de não impor penas (somente possibilitando condições negociadas com o investigado), previa somente o arquivamento da investigação se adimplidas as obrigações (art. 18, § 11 da Res. 181/2017 do CNMP), não a extinção da punibilidade (inserida na Lei n.º 13.964/2019), dessa forma, não veiculava matéria de natureza penal. Ademais, experiências estrangeiras, como a francesa (CABRAL, 2020), a estadunidense (BRANDALISE, 2016) e a alemã (SCHÜNEMANN, 2004), mostram que a introdução de alternativas negociais se deu pela iniciativa de agentes processuais, em especial promotores e juízes, ficando a disciplina legislativa para momento ulterior.

³⁴ Persistiram, sem embargo, reprimendas à edição da supracitada legislação, em razão de não ter havido um debate público prévio necessário, no âmbito da proposta apresentada pelo Ministério da Justiça, para discutir os impactos do acordo nos sistemas penal, processual penal e penitenciário perante a comunidade científica (CFOAB, 2019).

³⁵ Pois o acusado renuncia às garantias de obter um julgamento integral, por juiz ou júri, quando o juízo aceita a *guilty plea* ou a declaração de *nolo contendere* (CASTRO, 2020).

penal, instaurando-se o trâmite processual típico integralmente; (ii) não há aplicação de pena³⁶ ou condenação, muito menos previsão de aprisionamento como condição a ser negociada com o compromissário; (iii) somente pode ser proposto aos crimes de média e pequena gravidade, sem qualquer pretensão de substituir o *full trial* nos delitos mais complexos (CABRAL, 2021).

Relevante pontuar, ainda, que a confissão é percebida distintamente entre as ferramentas ora contrastadas, posto que, no acordo do art. 28-A do CPP, ela não consiste em admissão de culpa³⁷, não funciona como pontapé ao lastro probatório da investigação (já que o acordo somente deve ser proposto quando configurada a justa causa ensejadora da denúncia) e denota uma condição de evitação da denúncia, apenas³⁸ (MESSIAS, 2020).

Pelas considerações ora tecidas, infere-se que o instituto estadunidense é significativamente mais amplo³⁹ e mais severo do que o ANPP brasileiro.

2.3 PRINCIPIOLOGIA ATRELADA AO ACORDO NÃO PERSECUTÓRIO

Levando-se em conta a divergência doutrinária acerca da compatibilidade do pacto de não persecução penal com o lastro principiológico constitucional norteador do Processo Penal, o sucinto deslinde quanto aos principais pontos de dissenso é medida improtelável.

Unânime, entretanto, é a percepção de que a Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio acusatório⁴⁰, em que o Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal, alinhando-se completamente às garantias dos jurisdicionados criminais em um Estado Democrático de Direito (PRADO, 2005).

³⁶ Consoante explanado no capítulo seguinte, o acordo não persecutório pressupõe o consenso sobre obrigações livremente assumidas, de natureza negocial, não havendo imposição de penas criminais (MESSIAS, 2020).

³⁷ No lecionar de Mauro Messias (2020, p. 61), “a confissão, pois, é a *magnus consensus* entre os interessados, isto é, a máxima demonstração de que (1) a narrativa fática é unânime, ou seja, a mesma para ambos os interessados, e (2) o mecanismo escolhido por eles para a solução do caso penal é a consensual, e não a processual”. Ao confessar, o investigado aperfeiçoa o consenso máximo, com a acusação, sobre os fatos e sobre a não intenção de adentrar no rito processual, servindo a confissão, assim, de pressuposto ao acordo, não ao processo.

³⁸ Em oposição ao papel da confissão no modelo estadunidense, no qual pode a *guilty plea* influir diretamente na definição da culpa e na quantidade de pena fixada na sentença (BRANDALISE, 2016).

³⁹ A negociação penal nos EUA envolve, ainda, a barganha quanto aos fatos e provas a serem levados em conta para firmamento do pacto, quanto às penas, quanto ao momento de apresentação de provas etc., já que o *plea bargaining* “(...) can involve negotiations on any aspect of the case, including what charges will be brought, what facts will be included in the agreement, and what sentence will be requested” (BROOK, 2016, p. 1164). Ainda, o Ministério Público nos EUA dispõe de forte independência, considerável discricionariedade e relevante protagonismo nas negociações penais (BRANDALISE, 2016).

⁴⁰ Em seu art. 129, I, segundo o qual cabe ao *Parquet* a promoção da ação penal pública. Abandonou-se, assim, caracteres do sistema inquisitório, em que se busca a verdade real (material) e o réu é mero objeto processual, desprovido de garantias fundamentais aptas a frear o arbítrio do *ius puniendi* estatal (PRADO, 2005).

Ao partir da noção de que as funções de julgar, defender e acusar devem ser atribuídas a distintos sujeitos processuais, quais sejam, respectivamente, o magistrado, a defesa (pública ou privada) e a acusação (em regra, o Ministério Público), o sistema acusatório reconhece a imparcialidade do magistrado, o tratamento garantista ao acusado (o qual deixa de ser mero objeto e torna-se sujeito passivo na dialética processual) e a igualdade entre as partes quanto à produção probatória (BARROS; ROMANIUC, 2018).

Nesse sentido, a atuação ministerial na propositura de ANPPs não viola a estrutura acusatória, porquanto não substitui ou sequer obsta a função jurisdicional de dizer o Direito, porquanto somente exerce atribuição precipuamente delegada à instituição ministerial quanto à formação da *opinio delicti*, decidindo pelo cabimento da proposta pactuada ou pela denúncia no caso concreto.

Outro princípio fortemente questionado com a inserção do acordo não persecutório no ordenamento nacional foi o devido processo legal. O referido sobreprincípio⁴¹, detentor das facetas formal e substancial, conceitua-se tanto pela garantia à adequada relação jurídica processual⁴², como pela salvaguarda do bem jurídico tutelado pelo direito material e instrumentalizado no processo. Em suma, a atual perspectiva do *due process of law* pondera, nas lições de Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 43), que “a observância da garantia exige que as normas advenham de um processo legislativo de elaboração previamente definido e não sejam desarrazoadas, portanto intrinsecamente injustas”.

Ressalte-se, por oportuno, que não devem prosperar as alegações de que a ferramenta negociada acrescida no art. 28-A do CPP resulta em aplicação e execução de pena antecipadamente, suplantando a condenação judicial advinda do devido processo legal. Isso porque (i) as condições negociadas no bojo do acordo, previstas em lei, detêm como pressuposto a voluntariedade do investigado em assumi-las, sendo absolutamente desprovidas de coercitividade e, por conseguinte, não caracterizando penas; (ii) havendo descumprimento das obrigações negociadas, ou optando o investigado por não firmar acordo, a única consequência será o oferecimento de denúncia, iniciando-se o rito processual integral (ARAS, 2018).

Nesse sentido, restam plenamente preservadas a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição⁴³ e o brocardo latino *nulla poena sine iudicio* (SUXBERGER,

⁴¹ Tal garantia genérica, ou inominada, configura-se como fundamento de vários direitos fundamentais, sendo mais do que simples princípio, já que de sua amplitude derivam outros preceitos a ela conexos (BULOS, 2015).

⁴² Assim entendida a que conta com um conjunto de atos, de sujeitos e de situações processuais que conduzem ao provimento jurídico final (FERNANDES, 2010).

⁴³ Art. 5º, XXXV, CF. A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito (BRASIL, 1988).

2018), pois as tratativas do acordo são facultadas ao investigado (que pode livremente escolher não negociar e, tradicionalmente, percorrer a via persecutória processual), há exame judicial sobre o pacto (juízo homologatório atento à voluntariedade e à legalidade do negócio)⁴⁴ e não se fala em pena (esta exclusivamente cominada pelo Judiciário) no cerne consensual do ANPP.

Ainda, mostram-se infundados os argumentos de violação, pelo pacto não persecutório, ao devido processo legal, no tocante aos seus corolários contraditório e ampla defesa⁴⁵, uma vez que o acordo: (i) somente poderá ser firmado se o investigado estiver devidamente assistido por defensor; (ii) tem como pressuposto o consentimento livre e informado do compromissário, o qual deve estar plenamente ciente de todos os fatos, as implicações e as possibilidades referentes à negociação, podendo, com isso, discernir se acordará ou não; (iii) exige que o investigado seja ouvido, tanto na audiência extrajudicial junto ao *Parquet*, quanto em juízo, ocasiões em que estará plenamente livre para manifestar-se, podendo contrariar ou anuir (consoante o direito que, estando devidamente informado, deseje exercer) com os argumentos da acusação (BRANDALISE, 2016).

Convém atinar, nesse cenário, que a própria aceitação do ANPP, pelo compromissário, expressa o exercício de sua ampla defesa, porquanto realiza, em conformidade com seus interesses, o direito de não percorrer os demais atos processuais do rito jurisdicional (BRANDALISE, 2016).

Cumprido destacar, ademais, que o negócio jurídico não persecutório em tela zela pela efetivação do devido processo legal, na medida em que assegura a observância do princípio da publicidade⁴⁶, viabilizando, conseqüentemente, a *accountability* da negociação. Ao ensejar a possibilidade de controle pelas partes e pelas instâncias judiciárias superiores, a publicidade contemplada na estruturação do acordo corrobora a eficácia da ampla defesa.

Nesta senda, em prol da fidelidade ao contraditório, ressalte-se que, no acordo, o ente ministerial tem o dever de levar à investigação, de igual modo, elementos informativos⁴⁷

⁴⁴ Art. 28-A, CPP. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade (BRASIL, 1941).

⁴⁵ Tais garantias, manifestações simultâneas, intrinsecamente vinculadas e que não derivam uma da outra, expressam, para as partes, a necessidade de informação e a possibilidade de reação (através da exteriorização de razões fáticas e jurídicas, bem como da produção de provas, da contraposição aos termos da outra parte e da disposição de outros instrumentos legais hábeis à adequada defesa técnica e material) (FERNANDES, 2010).

⁴⁶ À luz da exigência de registro audiovisual das tratativas do acordo, realizadas em audiências extrajudiciais, no âmbito ministerial, consoante o § 2º do art. 18 da Res. n.º 181/2017 do CNMP, dispositivo que permanece em vigor (CABRAL, 2021), aduzindo que “A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor” (CNMP, 2017c).

⁴⁷ O dever de revelação de informações (*disclosure*) é encargo do membro ministerial e inerente ao contraditório (BRANDALISE, 2016).

favoráveis à acusação e à defesa, independentemente de pedido do defensor nesse sentido e vedada a omissão do membro responsável pelo procedimento investigatório acerca de indícios probatórios benéficos ao investigado (MESSIAS, 2020).

Assim, a atuação transparente e objetiva do representante do Ministério Público, permitindo o acesso da defesa e do compromissário a todos os elementos informativos produzidos na persecução investigativa⁴⁸, contribui para a formação do livre consentimento informado do investigado e, ao mesmo tempo, afasta práticas viciosas recorrentes em modelos negociais estrangeiros, como a *overcharging* e o *bluffing*⁴⁹ (CABRAL, 2021).

Além dos mencionados princípios, a doutrina nacional questionou o acordo de não persecução penal no que se refere a sua sintonia com o preceito da obrigatoriedade da ação penal. Há de se perceber, *a priori*, que uma das principais tendências do direito processual penal contemporâneo, nas palavras de Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 24-25):

(...) é a do rompimento com o dogma da obrigatoriedade da ação penal, por meio da paulatina e gradual abertura ao princípio da oportunidade ou mediante novas alternativas procedimentais que, para evitar o processo, estimulam o acordo entre Ministério Público e acusado. Representa inegável aceitação de que não é possível instaurar inquéritos e processos de todas as infrações comunicadas às autoridades. Constitui afirmação da necessidade de resolução célere e simplificada de processos relativos a infrações de menor lesividade, abrindo-se, com isso, espaço para que se dedique maior atenção e tempo para os delitos de maior gravidade. Foi manifestação dessa tendência entre nós a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, dos Juizados Especiais Criminais, que, sem rompimento com o princípio da obrigatoriedade, dele se apartou, adotando outro princípio, denominado pela doutrina de princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

A obrigatoriedade, também denominada de legalidade processual penal, remete à compulsoriedade da propositura da ação penal pública, pelo seu titular, quando presentes, em investigação de suposta infração penal, indícios de autoria e de materialidade suficientes (*justa causa*).

Com notória feição democrática (JARDIM, 2001), posto que tem como justificativa a proteção do indivíduo em face de eventual arbítrio do *ius puniendi* estatal, a obrigatoriedade reclama por uma igualdade material na persecução criminal. Ao vedar a discricionariedade

⁴⁸ Em atenção, inclusive, à Súmula Vinculante n.º 14 do STF, a qual dispõe: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa” (BRASIL, 2009).

⁴⁹ Decorrentes da maior liberdade disfrutada pelos órgãos acusatórios nas negociações, a *overcharging* expressa uma acusação excessiva, vertical ou horizontalmente (agravando o delito imputado, com majorantes e/ou qualificadoras, ou acrescentando mais crimes na acusação do que se deflui dos elementos probatórios), enquanto o *bluffing* consiste no blefe do membro ministerial, que afirma ao investigado possuir mais informações investigativas do que as que realmente detém, com o intuito de intimidar o compromissário para firmar o acordo ou para fazê-lo anuir com condições abusivas *in casu*. (MESSIAS, 2020).

ministerial que, infundadamente, denuncie alguns investigados e abone outros com favores indevidos, tal princípio possui importância historicamente reconhecida.

Ocorre, todavia, que a automática denúncia, sem quaisquer ponderações sobre a gravidade do fato, sobre o interesse do demandado em colaborar com eventual resolução penal pactuada, sobre a relevância de uma resposta célere e compatível com o interesse público (no que toca à suficiência e à necessidade para reprovar e prevenir o crime), sobre os custos financeiros e humanos requeridos em uma persecução judicial, sobre a efetiva reparação à vítima, entre outros, atenta, justamente, contra a intenção precípua da obrigatoriedade, por permitir tratamentos não equânimes, em flagrante desprivilegio à faceta substancial da igualdade (CABRAL, 2021).

Por outro lado, infere-se que a absoluta discricionariedade, havendo total disponibilidade do processo penal, com a atuação ministerial persecutória denotando mera atividade administrativa (com base em critérios de conveniência e oportunidade) guiada por opções voltadas à utilidade social (BRANDALISE, 2016), também seria deveras nociva⁵⁰.

Disso, pode-se depreender que tão insustentável como uma plena obrigatoriedade seria uma oportunidade pura, sendo essa última assumida ou velada (quando informalmente praticada no âmbito jurídico). Nesse viés, imprescindível pontuar que ante (i) à hodierna massificação da criminalidade, (ii) à impossibilidade de perseguir processualmente todos os ilícitos cometidos, (iii) à urgência de contemplar a proporcionalidade, de evitar o arbítrio e de resguardar, de fato, a máxima da *ultima ratio*, torna-se essencial uma visão intermediária.

Levando-se em conta que oportunidade e obrigatoriedade não se excluem, ao contrário, complementam-se, quando critérios regulamentadores são devidamente previstos em lei, sobressaltam-se os ensinamentos de Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 130-131):

Uma coisa, porém, é o princípio geral da oportunidade hoje praticamente fora de questão, outra diferente a existência de limitações ao princípio da legalidade no sentido da oportunidade, ou mesmo a consagração, para certos domínios limitados e sob certas possibilidades de controle, do princípio da oportunidade.

⁵⁰ Nessa toada, importante observar a o item IX da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Tipo para a América Latina: “O direito de nossos países, em geral, se aferra ao chamado ‘princípio da legalidade’, que pretende que sejam perseguidas todas as ações puníveis, segundo uma regra geral de obrigação. Em que pese o princípio, na prática operam diversos critérios de seleção informais e politicamente caóticos, inclusive dentro dos órgãos da persecução penal e dos órgãos judiciais do Estado. Decorre então que é necessário introduzir critérios que permitam conduzir essa seleção de casos de forma razoável e em consonância com convenientes decisões políticas. Isso significa modificar, em parte, o sistema de exercício das ações do Código Penal, tolerando **exceções à ‘legalidade’, com critérios de oportunidade, legislativamente orientados**” (FERNANDES, 2010, p.187-188, grifo nosso).

Reforçam-se, assim, os argumentos em prol da discricionariedade mitigada⁵¹, atinente à uma obrigatoriedade flexibilizada por parâmetros legislativos, a fim de que os critérios legais de seleção sejam uniformes, evitando soluções diversas e garantindo a isonomia entre os investigados.

Pode-se conceituar o princípio da discricionariedade regulada ou regrada, também denominada oportunidade regrada, a partir da definição de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes (2005, p. 48), quando tratavam da transação penal:

O Ministério Público, nos termos do art. 76, continua vinculado ao princípio da legalidade processual (obrigatoriedade, “deve agir”), mas sua “proposta”, presentes os requisitos legais, somente pode versar sobre uma pena alternativa (restritiva ou multa), nunca sobre uma privativa de liberdade. Como se percebe, ele dispõe sobre a sanção penal original, mas não pode deixar de agir dentro dos parâmetros alternativos. A isso dá-se o nome de princípio da discricionariedade regulada ou regrada.

Desse modo, a obrigatoriedade permanece contemplada, posto que a não celebração do negócio não persecutório determina a atuação ministerial perante a justiça criminal, isto é, impõe o oferecimento de denúncia diante da previamente configurada justa causa para a ação penal. Assim, verifica-se uma obrigatoriedade apenas relativizada pontualmente e mediante regras precisas, jamais aniquilada.

Mister se faz elucidar, ademais, que a discricionariedade típica do modelo estadunidense do *plea bargaining* não se confunde com a obrigatoriedade flexibilizada brasileira acima exposta. As críticas à atuação do Ministério Público, as quais intentam igualar as práticas norte-americanas e o ANPP, não merecem prosperar, considerando, além dos exaustivos critérios legais para a conduta ministerial pátria, que as pressões por índices de condenação direcionadas ao *prosecutor* eleito⁵² não são experimentadas pelos promotores concursados e vitalícios do Brasil, o que embaraça análises comparativas minimamente verossímeis, técnica e contextualmente, entre as práticas daqui e as de lá (ALVES, 2018).

⁵¹ Ao tratar da Lei 9.099/95, Antonio Scarance Fernandes evidencia uma revolução de paradigma quanto à ação penal trazida ao sistema jurídico brasileiro pela referida norma consagrada da solução consensual em matéria penal. Esclarecendo que “com a transação, adotou-se o princípio da discricionariedade regrada, com mitigação da obrigatoriedade. Em suma, permanece o princípio da obrigatoriedade, mas no tocante às infrações de menor potencial ofensivo, se presentes os pressupostos, não deve o promotor acusar e sim propor a solução consensual do art. 76. Abriu-se a ele nova alternativa. É muito importante que o membro do Ministério se utilize com eficiência dessa alternativa” (FERNANDES, 2010, p. 209). Essencial perceber, nesse sentido, que tal posicionamento se mostra totalmente aplicável ao acordo de não persecução penal do art. 28-A do CPP.

⁵² Por ser o *prosecutor* incumbido em suas atribuições mediante processo eleitoral, ele se torna suscetível a maiores pressões dos cidadãos (eleitores) que anseiam, não raramente, por condenações mais robustas, favorecendo práticas nocivas, como *overcharging* e *bluffing*, para as quais já existem mecanismos brasileiros voltados a impossibilitá-las.

Não obstante, em relação à atuação proativa e independente do membro ministerial, lastreada no dever de informação supracitado (*disclosure*) e no cumprimento de normas éticas (boa-fé e lealdade) na elaboração do ANPP, importante destacar que

O Ministério Público é imprescindível para a existência da estrutura acusatória (a ele, não ao juiz, está acometida a persecução do criminoso). Porém, esta existência acusatória não o torna interessado em condenações, mas sim em julgamentos condenatórios e/ou absolutórios dentro dos limites estabelecidos pelo direito e pelo processo penal. E por estar-se diante de um sistema acusatório, é a ele que compete o início das negociações (BRANDALISE, 2016, p. 190).

Outrossim, faz-se oportuno situar a presunção de inocência no contexto do pacto não persecutório, à luz de preocupações doutrinárias atinentes à cognição processual da culpa, as quais vislumbram uma possível expansão do *ius puniendi* estatal⁵³ em detrimento do referido preceito.

A *priori*, há de se pontuar que o escopo mor do acordo não persecutório, na contramão das propensões alargadoras e agravantes da criminalização de condutas, é recuperar, direta ou indiretamente, o caráter preventivo do Direito Penal pátrio. Não abandonando, evidentemente, a necessária e suficiente reprovação ao ilícito, o pacto direciona o olhar persecutório ao ressarcimento da vítima e à voluntariedade do investigado, devidamente consciente e informado, para firmar a solução penal consensual, não imposta coercitivamente.

Ainda, o ANPP não estabelece como condição objeto de negociação a privação de liberdade do compromissário, somente obrigações similares às penas restritivas de direitos desprovidas, reforce-se, do caráter de pena, conforme explanado posteriormente. Verifica-se, por conseguinte, que eventual e injustificado crescimento das sanções criminais vai totalmente de encontro aos objetivos precípuos do instituto de não persecução penal (CABRAL, 2021).

Além disso, a confissão formal e circunstanciada, requisito subjetivo para a validação do negócio jurídico não persecutório, não torna o investigado culpado, pois não há juízo de culpabilidade no âmbito negocial (extrajudicial), no qual ela possui finalidade exclusivamente consensual.

Ademais, a defesa da não utilização da confissão no processo⁵⁴, quando do insucesso das tratativas consensuais, reitera a presunção de inocência, ao passo em que consolida os

⁵³ Na medida em que haveria uma tendência de que investigados confessassem forçadamente, mediante coação imposta pelo Estado, assumindo a culpa por infrações penais mesmo quando inocentes (BRANDALISE, 2016).

⁵⁴ Considerando que (i) a “confissão serve apenas para depuração dos elementos indiciários, inservíveis por si só, para formação da convicção do juiz (CPP, art. 155) e em razão de não produzir qualquer efeito sobre a culpabilidade do investigado é que não se identifica violação ao princípio da presunção de estado de inocência (CF, art. 5º, LVII)” (SOUZA, 2019, p. 186) e que (ii) a justa causa para a ação penal já está formada quando da propositura do acordo (motivo pelo qual eventual utilização em juízo da confissão seria desnecessária ao *Parquet*), tem-se que a proteção da confissão é essencial como garantia consensual ao compromissário.

princípios da proteção da confissão obtida consensualmente e do *venire contra pactum próprio* (MESSIAS, 2020). Nesse viés, esclarece Brandalise (2016, p. 217):

Como não se trata de um confronto, por lealdade entre os sujeitos processuais, necessária a proibição de prova dos elementos do processo negocial [confissão] na hipótese de o acordo fracassar. A intervenção de todos os agentes não afasta a circunstância de que as declarações prestadas pelo acusado quando da negociação que acabou não concretizada não podem ser simplesmente utilizadas contra ele, na medida em que ausente o requisito da voluntariedade que caracteriza a confissão, pois elas somente surgiram em face da negociação entabulada.

Sob a óptica da não culpabilidade, atesta-se que a duração desnecessária do processo criminal macula veementemente a presunção de inocência, pois o longo rito processual penal ocasiona ao arguido sofrimento em vão e interfere nas suas esferas pessoal e profissional, em razão da estigmatização a ele atribuída (BRANDALISE, 2016).

Dessa forma, resta evidenciado o alinhamento do acordo não persecutório aos princípios da celeridade⁵⁵, da eficiência, da proporcionalidade e da vantajosidade⁵⁶, na medida em que o pacto preza, respectivamente, pela duração razoável do processo, pela resolução da lide penal através do consenso (sem imposições, havendo maior participação dos envolvidos e maiores chances de adimplemento das obrigações assumidas), pela adequação das condições negociadas à gravidade do delito cometido e pela redução dos custos do Judiciário (permitindo que recursos jurisdicionais, financeiros e humanos, sejam empregados mais proveitosamente, isto é, nos delitos de maior complexidade, os quais exigem maior atenção do Estado).

Ante o exposto, depreende-se que, em face de eventual oposição de princípios fundamentais, deve-se empregar o prisma exegético da técnica da ponderação de valores (ou interesses), tentando abarcar o máximo de ambos os preceitos que entre si aparentemente conflitem (BULOS, 2015).

Dessarte, necessita-se harmonizar garantias processuais, como o devido processo legal e a duração razoável do processo⁵⁷, com a resposta penal consensual proposta nos termos do art. 28-A do CPP, pois exacerbada rigidez processual, em nome de inflexível segurança jurídica, tende a fomentar situações flagrantes de injustiça material⁵⁸.

⁵⁵ Em consonância com o art. 5º, LXXVIII da CF, o qual dispõe “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”, o ANPP busca solucionar o conflito penal rápida e eficazmente, com tratativas no âmbito extrajudicial, evitando-se a ação penal e a consequente marcha processual demorada (ARAS, 2018).

⁵⁶ Ou economia processual, que contribui, também, ao aprimoramento da eficácia do sistema de justiça criminal, na medida em que promove maior pacificação social sem a necessidade de aumentar recursos e jornadas de trabalho no Judiciário e no Ministério Público.

⁵⁷ Postulado que constitui direito fundamental consoante o art. 6º, n. 1 da Convenção Europeia de Direitos Humanos.

⁵⁸ Nessa perspectiva harmônica, sintetiza Antonio Scarance Fernandes (2010, p. 19): “Essa dicotomia [entre eficiência repressiva e garantias do acusado] é, em regra, representada pelo confronto entre eficiência e garantismo

3 BENESSES E PRECAUÇÕES DA IMPLEMENTAÇÃO DA NOVA FERRAMENTA NEGOCIAL NA PRAGMÁTICA PROCESSUAL PENAL: ANÁLISE COMPARADA

A fim de alcançar o escopo do presente objeto de pesquisa, torna-se crucial a elucidação da natureza jurídica do acordo de não persecução penal, assim como a observância dos moldes de aplicação e das principais consequências, vantajosas ou adversas, de tal instrumento pactuado.

Outrossim, o olhar aos demais institutos negociais vigentes no processo penal, em perspectiva comparativa, permite estabelecer distinções importantes, contribuindo, *a posteriori*, para uma análise sobre o momento de propositura e sobre a retroatividade do ANPP condizentes com sua essência e com os impactos por ele desencadeados no cotidiano da justiça criminal nacional.

3.1 NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Não obstante o conceito do acordo de não persecução penal perpassar, imperiosamente, pelas noções de negócio jurídico extraprocessual⁵⁹, devido às razões a seguir expostas, há de se considerar que tal instituto pactuado expressa uma ferramenta de política criminal de extrema relevância, quando bem estruturada e aplicada, ao sistema de justiça penal, conforme será discutido adiante.

3.1.1 Negócio jurídico extraprocessual

Em consonância com o movimento processualístico mundial desencadeado com a Terceira Onda Renovatória de Acesso à Justiça⁶⁰, os métodos consensuais de resolução de conflitos, intitulados de *Alternative Dispute Resolution – ADRs*, foram paulatinamente implantados nos diversos sistemas jurídicos estrangeiros (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

no processo penal. Em uma visão moderna, esses dois vetores não se opõem, pois não se concebe um processo eficiente sem garantismo”.

⁵⁹ Via de regra, como se examinará no decorrer do próximo capítulo, o ANPP costuma ser firmado em sede ministerial, isto é, no âmbito da investigação penal (extrajudicialmente), quando ainda não foi apresentada denúncia e, conseqüentemente, não tendo sido iniciada a persecução criminal processual, apesar da existência de exceções que admitem o acordo no curso do processo.

⁶⁰ Ou “Novo Enfoque do Acesso à Justiça”, que buscou solucionar o paradoxo do acesso à justiça desencadeado pelas Primeira e Segunda Ondas Renovatórias, as quais, respectivamente, pugnavam pela ampliação do rol de jurisdicionados e pela eficiência do provimento jurisdicional (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

A fim de melhorar a solução de lides, ante as dificuldades na obtenção de efetiva pacificação social por meio da prestação jurisdicional estatal, visto que a alta demanda dos jurisdicionados e a morosidade impedem uma resposta jurídica rápida, resolutiva e pacificadora, os *ADRs* denotam uma alternativa plausível, apta a transformar a cultura do litígio (ou demandista), típica de países de *civil law*, especialmente o Brasil.

Nesse cenário, a introdução de meios negociais no Direito Penal pátrio, a exemplo da transação penal, da suspensão condicional do processo e da colaboração premiada, ilustra que o hodierno sistema criminal nacional, inserido nos moldes tradicionais de punibilidade⁶¹, encontra-se em situação insustentável. Como leciona Bitencourt (2021, p. 50), é possível perceber um contexto ciclicamente vicioso:

(...) a escassez de políticas públicas que sirvam de suporte para a progressiva diminuição da repressão penal, unida à ineficácia do sistema penal produzem o incremento da violência e, em consequência, o incremento da demanda social em prol da maximização do Direito Penal.

Assim, a multiplicação de ilícitos, a demora da prestação processual e o elevado custo judicial para o trâmite do processo criminal, em termos financeiros e humanos, desembocam na prestação jurisdicional deficiente e, conseqüentemente, no acréscimo da impunidade, de modo que as finalidades penais precípuas, quais sejam a preventiva, a sancionatória e a ressocializadora, restam cabalmente desconsideradas (BITENCOURT, 2021).

Ante a falência dos métodos punitivos tipicamente utilizados, o acordo de não persecução surge, na contramão da hipertrofia do Direito Penal e do cenário de *hard control* consagrado a partir de 1990⁶² (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 2005), como um meio, inerente ao Direito Penal de Segunda Velocidade⁶³, apto a ressuscitar a almejada, e atualmente longínqua, efetividade de nossa debilitada justiça criminal.

⁶¹ E caracterizado (i) pela edição de leis com penas mais rígidas para suprir os anseios sociais, (ii) por políticas públicas escassas e/ou inexistentes que contribuem para um caótico sistema carcerário, e (iii) pela submissão automatizada de demandas à tutela jurisdicional.

⁶² Período em que o modelo político-criminal brasileiro, caracterizado pelo endurecimento de penas, pela criação de novos tipos penais, pela restrição a direitos e garantias fundamentais, pela ausência de razoabilidade das sanções penais e pela rispidez crescente da execução penal, foi evidenciado com a edição da Lei de Crimes Hediondos (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 2005).

⁶³ Classificação teórica segundo a qual o Direito Penal pode ser percebido em velocidades, não como um único 'Direito Penal Moderno'. Nesse prisma, o Direito Penal de Primeira Velocidade é marcado pela pena privativa de liberdade e pela aplicação meticulosa, isto é, integral, dos princípios processuais e político-criminais clássicos, bem como das regras de imputação. Ainda, o de Segunda Velocidade caracteriza-se pela presença de penas restritivas de direito junto à admissão de certa flexibilização de princípios e regras, proporcionalmente à tal espécie sancionatória (deveras mais amena do que o encarceramento). Enquanto o Direito Penal de Terceira Velocidade denota a reunião da privação da liberdade com uma vasta relativização principiológica das regras de imputação e das garantias político-criminais e processuais, aproximando-se do Direito Penal do Inimigo vislumbrado por Jakobs (SILVA SÁNCHEZ, 2013).

Para isso, o ANPP tem como principal objetivo “evitar a denúncia” (MESSIAS, 2020, p. 43) dos crimes de médio potencial ofensivo, cometidos sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos.

Com isso, o acordo busca combater os vetores temporal (lentidão dos alongados processos judiciais criminais) e qualitativo (responsável pelo usual sentimento de injustiça que acomete os atingidos, direta ou indiretamente, pelas sentenças condenatórias) que assolam o Poder Judiciário, pois o efetivo tratamento de tais crimes mediante o cumprimento de condições pactuadas extrajudicialmente reduz consideravelmente o montante de casos submetidos ao crivo judicial, permitindo que este se dedique, com maior empenho e disponibilidade, aos delitos mais graves (VIANA, 2019).

A partir da própria etimologia do acordo de não persecução penal, advinda do latim *accordare* ou *concordare*, verifica-se estar diante de um negócio jurídico eminentemente extrajudicial⁶⁴ que, assim o sendo, pressupõe a dualidade de vontades das partes envolvidas (MESSIAS, 2020). Nesse sentido, o instituto não persecutório consiste em um consenso entre as expressões anímicas do investigado, assistido por seu defensor, e do Estado, representado pelo membro do Ministério Público, restando caracterizada, portanto, a bilateralidade da ferramenta negocial.

À luz das lições de Pontes de Miranda (1974), o conceito de negócio jurídico, agregando as noções de fato e de ato jurídico, abarca os elementos fato, direito, vontade, licitude e composição de interesses.

Em suma, “a manifestação de vontade é elemento essencial do suporte fático, que é o negócio; com a entrada desse no mundo jurídico, tem-se o negócio jurídico” (PONTES DE MIRANDA, 1974, p. 10). Outrossim, percebe-se que o exercício da liberdade negocial, decorrente da autonomia das partes, é enfatizado no instituto negocial ora analisado, de modo que

[...] *in concreto*, negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que todo o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (AZEVEDO, 2002, p. 16).

Convém salientar, nesse prisma, que o negócio jurídico é lastreado na autonomia da vontade, na lealdade, na boa-fé objetiva e na eficiência. Na medida em que o acordo de não persecução penal pressupõe um consenso de interesses entre as partes pactuantes⁶⁵, atreladas

⁶⁴ Não obstante a possibilidade de ser celebrado em sede processual penal, à luz das exceções explanadas adiante.

⁶⁵ Por meio do qual o investigado se compromete a realizar certas prestações (encargos estabelecidos no rol dos incisos I a V do art. 28-A do Código de Processo Penal) e, como contraprestação, o membro do Ministério Público

em razão do prévio cometimento de dado delito, afere-se indubitável o cunho de negócio jurídico extrajudicial, uma vez que ajustado, em regra, fora do ambiente processual, sendo-lhe aplicável, portanto, a teoria geral do negócio regulamentada pelo Código Civil.

Para que reste completamente constituído um determinado negócio jurídico, faz-se essencial analisar a presença dos planos de existência, de validade e de eficácia, os quais constituem a *Escada Ponteana*. Tal estrutura teórica, saliente-se, foi concebida por Pontes de Miranda e apresenta os elementos imprescindíveis à formação do negócio jurídico.

Assim, tendo em vista o objeto do presente trabalho, é salutar a elucidação da aplicabilidade de tais planos nos parâmetros do acordo de não persecução penal, uma vez que a análise dessas estruturas cíveis foi outrora discutida, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, em relação ao acordo de colaboração premiada. Dessa forma, resta confirmado o cabimento de tais dimensões de existência, de validade e de eficácia no bojo de pautas criminais negociadas⁶⁶.

Sob o espectro do plano de existência⁶⁷, primeira etapa da aludida *Escada* rumo à formação do negócio jurídico, no ANPP devem ser observados: (i) a presença do investigado, acompanhado por defensor, e do membro do Ministério Público; (ii) o objeto negocial, composto pelas condições definidas pelo art. 28-A do CPP; (iii) a forma escrita; (iv) a manifestação da vontade das partes (CABRAL, 2021).

Em seguida, o plano de validade atribui aos pressupostos de existência determinadas qualificações (TARTUCE, 2019), exigindo, por conseguinte, que (i) as partes sejam capazes; (ii) o objeto seja lícito, possível, determinado ou determinável; (iii) seja observada a forma prescrita ou não defesa em lei; (iv) a declaração de vontade advenha do consentimento livre e informado, verificando-se válido o acordo de não persecução que reunir, em consonância com o artigo 104 do Código Civil⁶⁸, tais requisitos.

É preciso atentar, no tocante ao objeto do ANPP, que as obrigações assumidas pelo investigado, inseridas no rol dos incisos I a V do art. 28-A do CPP⁶⁹, uma vez que destituídas

assume a incumbência de não propor denúncia, não se dando início à ação penal e, adimplidas todas as condições anuídas pelo agente, restando extinta a punibilidade.

⁶⁶ STF, Voto do Ministro Relator DIAS TOFFOLI no HC 127483, Tribunal Pleno, julgado em 27/08/2015, publicado em 04/02/2016: “Embora essa doutrina [dos três planos sucessivos do negócio jurídico] se refira ao negócio jurídico privado, sua lição é inteiramente aplicável ao negócio jurídico processual da colaboração premiada” (BRASIL, 2015).

⁶⁷ No qual se situam os elementos mínimos, isto é, os pressupostos referentes ao suporte fático do negócio jurídico, sem os quais há inexistência do negócio. Os pressupostos de existência são partes (ou agentes), objeto, vontade e forma (TARTUCE, 2019).

⁶⁸ Art. 104, CC. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei (BRASIL, 2002).

⁶⁹ Art. 28-A, CPP. (...) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena

de imperatividade, coercitividade ou inderrogabilidade⁷⁰, jamais configuram penas. Tais condições são, de fato, prestações totalmente disponíveis, cujo cumprimento fica a cargo da vontade do investigado, guiado por suas liberdade, autonomia e disponibilidade e, caso não queira firmar a avença, o ente ministerial não compelirá quaisquer obrigações, apenas procederá ao oferecimento da ação penal (CABRAL, 2021)⁷¹.

Por outro lado, as prestações assumidas pela outra parte negociante, guiadas pelos princípios da lealdade, da probidade e da boa-fé objetiva⁷², consistem no não oferecimento de denúncia contra o investigado, em relação aos fatos levantados na investigação criminal acompanhada pelo *Parquet*, e, implicitamente, denotam a não utilização da confissão do agente, pelo agente ministerial, caso o ANPP não seja homologado.

Quanto à forma, a validade do acordo se perfaz, nos termos do art. 28-A, § 3º do CPP, quando realizado por escrito e assinado pelas partes, investigado e membro do Ministério Público, e pelo defensor do primeiro, consagrando o interesse e a anuência bilaterais.

Ainda, deve-se enfatizar que o consentimento livre e informado é fundamental à manifestação da vontade de ambas as partes para celebração do acordo. Uma vez que não deve haver qualquer espécie de imposição aos pactuantes, a liberdade informada é o paradigma que conduz ao consenso no ANPP.

Saliente-se que a prerrogativa institucional, não discricionária, do Ministério Público de propor o acordo tem como lastro o interesse do Estado no caso concreto (celeridade na resposta à prática delitativa, afastamento do trâmite processual, aptidão do acordo para cumprir as finalidades repressiva e preventiva *in casu*), enquanto o investigado, devidamente esclarecido quanto aos termos negociados e sempre contando com o suporte do defensor, tem

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 Código Penal; IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código Penal, a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

⁷⁰ No conceito de pena arguido por Nucci (2021a, p.561), tem-se que “é a sanção imposta pelo Estado, por meio de ação penal, ao criminoso como retribuição ao delito perpetrado e prevenção a novos crimes”. Dessarte, a coercitividade pode ser extraída de tal definição, entendendo-a como a prerrogativa estatal de impor o adimplemento de dada sanção, a despeito da vontade do agente. Ademais, o princípio da inderrogabilidade expressa que a aplicação da pena, tendo sido previamente constatada a prática de infração penal, é inderrogável, o que exala a desconsideração de eventuais desígnios do infrator (NUCCI, 2021a).

⁷¹ No lecionar de Cabral (2021, p. 90), “[...] parece bastante claro que o acordo não impõe penas, apenas estabelece direitos e obrigações de natureza negocial. O investigado cumpre as obrigações se quiser, não existindo a possibilidade de cumprimento forçado”.

⁷² Art. 422, CC. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé (BRASIL, 2002).

como interesse evitar a delonga do processo judicial e todos os efeitos deletérios, assim como o estigma social, advindos da sentença penal condenatória (MESSIAS, 2020).

Nesse viés, cumpre destacar que defeitos na manifestação de vontade eventualmente flagrados durante a negociação do ANPP, cujas distorções mais recorrentes são o erro, o dolo ou a coação⁷³, maculam o consentimento livre e informado (considerado tanto pelo prisma do membro ministerial, quanto do investigado) e atingem o plano de validade, atribuindo à avença o vício de nulidade⁷⁴.

Prosseguindo na *Escada Ponteana*, tem-se o terceiro e último degrau para constituição do negócio jurídico, quando esse passa a agregar os atributos de existente, válido e eficaz. Para averiguar o plano da eficácia⁷⁵ no acordo de não persecução penal, observar-se-á o seu potencial de gerar os efeitos jurídicos previamente almejados, tanto em relação às partes negociantes, quanto em relação a terceiros.

Destaque-se que o estudo das consequências jurídicas do negócio (plano da eficácia) perpassa pela análise dos elementos condição, termo e encargo. Assim, nos termos dos §§ 4º e 6º do art. 28-A do CPP⁷⁶, a homologação do ANPP pelo magistrado expressa uma condição de eficácia da avença penal pré-processual, de modo que:

Nesses casos, a homologação judicial funciona apenas como ato integrador da eficácia do acordo. É dizer, para que se possa começar a gerar os efeitos pretendidos, o ANPP deverá necessariamente ser homologado pelo Poder Judiciário. Essa **necessidade de homologação sinaliza um maior interesse público na questão em jogo, exigindo o legislador esse ato posterior como condição de sua eficácia** (CABRAL, 2021, p. 145, Grifo nosso).

Assim, a homologação judicial tem como escopo o exame da legalidade do ANPP e da voluntariedade do investigado ao firmar o acordo, ocasião em que a análise do magistrado às negociações relativas ao tratamento de dado bem jurídico protegido pelo Direito Penal observa as garantias constitucionais do investigado, a efetiva autonomia e liberalidade das partes e a compatibilidade com os requisitos legais. Tal atuação do Poder Judiciário é imprescindível, visto que após a decisão homologatória, o ente ministerial não mais detém a possibilidade de

⁷³ Erro consiste em falsa representação da realidade cometida por uma das partes do negócio jurídico, já o dolo expressa o vício em que um dos negociantes induz o outro a erro; enquanto a coação denota a utilização de força física e/ou psicológica a fim de que seja obtido o pacto (CABRAL, 2021).

⁷⁴ Art. 171, CC. Além dos casos expressamente declarados na lei, é anulável o negócio jurídico: [...] II - por vício resultante de erro, dolo, coação, estado de perigo, lesão ou fraude contra credores (BRASIL, 2002).

⁷⁵ “Nesse plano, não se trata, naturalmente, de toda e qualquer possível eficácia prática do negócio, mas sim, tão-só, da sua eficácia jurídica e, especialmente, da sua eficácia própria ou típica, isto é, da eficácia referente aos efeitos manifestados como queridos” (AZEVEDO, 2002, p. 49).

⁷⁶ Art. 28-A, CPP. § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade. (...) § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal (BRASIL, 1941).

promover a ação penal, desde que adimplidas integral e corretamente todas as condições assumidas pelo compromissário (MESSIAS, 2020).

3.1.2 Instrumento de política criminal

Além da natureza jurídica negocial, o acordo de não persecução penal constitui elementar ferramenta de política criminal, ao passo que almeja cumprir as finalidades de um Direito Penal em consonância com o Estado Democrático de Direito. Caracteriza-se, nessa conjuntura, como meio de enfrentamento da criminalidade pautado em técnicas extrajudiciais despenalizantes e desobstrutivas do congestionamento processual penal do Poder Judiciário.

Compreende-se política criminal como uma ciência autônoma e independente, distinta, portanto, da criminologia e da dogmática penal. Por meio do ramo científico político-criminal, estuda-se o Direito Penal e analisa-se a aplicação de ferramentas preventivas e controladoras do delito, levando em conta elementos empíricos, éticos, jurídicos, econômicos, políticos, etc (MAÍLLO; PRADO, 2019).

Elucida Nucci (2021a, p. 13) que o saber político-criminal é construído “[...] de modo crítico, voltado ao direito posto, expondo seus defeitos, sugerindo reformas e aperfeiçoamentos, bem como visando à criação de novos institutos jurídicos que possam satisfazer as finalidades primordiais de controle social desse ramo do ordenamento”.

Nesta senda, torna-se importante que a política criminal seja elaborada em consonância com o Direito Penal e com a criminologia⁷⁷, de maneira a reunir aspectos teóricos (dogmática penal e criminológica) e pragmáticos (investigações, experimentos) para a formação de técnicas efetivas de combate à criminalidade aplicáveis pelos Poderes do Estado.

Com efeito, rompendo com o entendimento lisztiano até então vigente⁷⁸, Claus Roxin evidenciou a indissociabilidade entre dogmática penal e política criminal, defendendo que:

O fato é, porém, que a ciência do direito penal tem de partir das decisões político-criminais do legislador — que, obviamente, só podem ser acolhidas na lei de modo bastante genérico —, concretizá-las e desenvolvê-las até seus detalhes. O dogmático do direito penal é, assim, quem auxilia o legislador a realizar a sua intenção, quem tem de levar adiante as ideias básicas deste e quem tem de chegar a conclusões que

⁷⁷ Ciência de teor empírico voltada, especialmente, às causas do delito. Conforme Maíllo e Prado (2019, p. 10), a criminologia “(...) estuda o fenômeno criminal utilizando-se principalmente do método causal-explicativo. Ocupa-se das circunstâncias humanas e sociais relacionadas com o surgimento, a prática e a maneira de evitar o crime, assim como do tratamento dos criminosos”.

⁷⁸ Para Fran von Liszt (1905, p. 80 *apud* ROXIN, 2006, p. 67), “o direito penal é a barreira intransponível da política criminal”.

correspondem à sua vontade, sem que o legislador as tenha conscientemente visto. Fidelidade à lei e criatividade dogmática e político-criminal não se excluem de modo algum (ROXIN, 2006, p. 67).

Nessa perspectiva funcionalista⁷⁹ do Direito Penal, as consequências práticas das decisões criminais influem na elaboração de técnicas que permitam a resolução de novos casos, considerando as funções jurídico-penais instrumental e social.

Assim, a dogmática penal passa a ser pensada a partir de vetores axiológicos característicos das finalidades político-criminais (SOUZA, 2019). Frise-se, no entanto, que essa concepção não desprestigia os princípios limitadores típicos de um Estado de Direito e as garantias formais e materiais do acusado estabelecidas pelo Direito Penal (ROXIN, 2000), ao contrário, ela defende a proteção de direitos fundamentais e das garantias constitucionais na implementação de políticas criminais.

De mais a mais, partindo da percepção da política criminal como a linha de combate à criminalidade adotada pelos Poderes do Estado, verifica-se que, nas últimas décadas, o Brasil conta com um Congresso Nacional que legisla ao acaso, um Executivo e um Judiciário que variam entre posições deveras intervencionistas e outrora abolicionistas. Tal postura, desprovida de parâmetros mínimos de sistematicidade, resulta em um conjunto de falhas estruturais⁸⁰ que obsta a elaboração de um rumo político-criminal unívoco, ocasionando um direito penal de emergência, casuístico, ilógico, pouco eficaz e incompatível com a segurança jurídica tão almejada pelo ordenamento pátrio (NUCCI, 2021a).

O acordo de não persecução penal surge, nesse contexto, como uma medida de política criminal de notória razoabilidade, como ferramenta de caráter garantista, de intervenção mínima⁸¹ e, ao mesmo passo, seguramente eficaz. Na medida em que a avença não persecutória preza pelo consenso entre as partes para construção de uma solução pactuada (não imposta), tem-se a ampliação da legitimidade na resposta estatal, o favorecimento de seu cumprimento e a resolução célere à prática delituosa, o que melhora o ideal de justiça e restaura a credibilidade do Poder Judiciário (VIANA, 2019). Nesse sentido, esclarece Binder (2017, p. 206):

⁷⁹ Segundo a qual a dogmática penal, deixando de lado o até então vigente apego estrito à exegese positivista, deve estar atenta aos efeitos que causa na sociedade em que atua, de modo que o Direito Penal seja (re)estruturado em conformidade com os princípios garantistas e as finalidades político-criminais do sistema penal. Trata-se de uma concepção voltada à estruturação teleológica da ciência penal, guiada por finalidades valorativas almejadas pelo próprio sistema penal, quando a resposta ao caso concreto é construída com base na finalidade da lei penal, a qual, por sua vez, foi elaborada à luz dos fins garantistas e político-criminais (BITENCOURT, 2021).

⁸⁰ No âmbito das políticas públicas, de atos legislativos e jurisdicionais (VIANA, 2019).

⁸¹ Concretizando-se, dessa forma, como um instituto que manifesta um Direito Penal funcional consonante com uma intervenção punitiva atenuada, isto é, autorrestritiva, nos moldes defendidos por Jesús-María Silva Sánchez (2013).

Constitui uma das tarefas mais importantes do presente construir o método que nos permita desenhar, executar e controlar a política criminal dentro do conjunto valorativo do sistema democrático submetido ao Estado de Direito, com maior rigor, menor conteúdo emocional e amplo debate público. Eficácia não significa aumentar o conteúdo violento do poder punitivo, muito pelo contrário. Eficácia significa ter a capacidade de contribuir para o controle da criminalidade com o menor conteúdo de violência possível. Isso constitui o núcleo das exigências político-criminais do processo penal de nosso tempo e um de suas tarefas mais urgentes.

Consagrando-se como resultado de uma tendência global despenalizante⁸², e como aperfeiçoamento de práticas estimuladas no cerne do Ministério Público⁸³ há considerável tempo, o ANPP denota uma seleção de casos penais, ajustando o *ius puniendi* estatal à realidade social e às finalidades jurídico-penais (especialmente as funções preventiva, sancionatória e ressocializadora), de modo que os crimes menos graves sejam solucionados extrajudicialmente⁸⁴, deixando os esforços do aparato processual penal para as demandas mais relevantes, complexas e/ou gravosas (CABRAL, 2021).

Com o propósito de edificar um direito penal lastreado nos moldes funcionalistas, isto é, atento às múltiplas consequências sociais da punibilidade para formular uma resposta eficaz no enfrentamento à criminalidade, a aplicação do instituto não persecutório pelo ente ministerial titular da ação penal é completamente legitimada (SOUZA, 2019).

Uma vez que o Ministério Público possui evidente protagonismo no *ius perseguendi*, verifica-se indubitável e imprescindível sua atuação na implementação de uma opção político-criminal que, ao buscar técnicas alternativas e céleres aos delitos de média gravidade, destine o foco do olhar persecutório aos casos mais relevantes, sendo a celebração de ANPPs um dever funcional⁸⁵ do *Parquet* que advém do seu caráter de *dominus litis* no processo criminal.

⁸² A exemplo do disposto na supracitada Resolução n.º 45/110, de 14/12/2010, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

⁸³ Vide o art. 1º, parágrafo único da Resolução n.º 118/2014 do CNMP: “Ao Ministério Público brasileiro incumbe implementar e **adotar mecanismos de autocomposição, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais**, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos” (CNMP, 2014, grifos nossos). E o art. 1º, § 2º da Recomendação n.º 54/2017 do CNMP: “Sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, será **priorizada a resolução extrajudicial do conflito**, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, **especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade**” (CNMP, 2017b, Grifos nossos).

⁸⁴ Importante observar, em relação à possibilidade de flexibilização processual nos delitos que resultam em penas restritivas de direitos, o lecionar de Jesús-María Silva Sánchez (2013, p. 191): “[...] à medida que a sanção não seja a de prisão, mas privativa de direitos ou pecuniária, parece que não teria que se exigir tão estrita afetação pessoal; e a imputação tampouco teria que ser tão abertamente pessoal. A ausência de penas ‘corporais’ permitiria flexibilizar o modelo de imputação”.

⁸⁵ Na qualidade de agentes políticos, os membros ministeriais são incumbidos da escolha de prioridades político-criminais (CABRAL, 2021).

3.2 APLICAÇÃO CONCRETA DO ART. 28-A DO CPP

A delimitação exata acerca do que consiste, na prática, o instituto negocial ora pesquisado é primordial a fim de pontuar, com apropriado substrato teórico, o momento adequado para a propositura do acordo de não persecução penal, assim como para tecer considerações devidamente fundamentadas sobre a retroatividade aos casos em andamento quando da edição da Lei n.º 13.964/19.

Para tanto, observar-se-ão os requisitos do ANPP, de ordem objetiva e subjetiva, bem como as condições (objeto de negociação) previstas na legislação processual penal, limitando-se o aprofundamento da temática ora apresentada aos fins precípuos do presente trabalho.

Quanto aos requisitos objetivos para que seja cabível o acordo não persecutório, o art. 28-A prevê que (i) a pena mínima cominada ao delito deve ser inferior a 4 (quatro) anos, considerando-se as causas de aumento (a fração de aumento mínima) e de diminuição (a máxima fração redutiva)⁸⁶ aplicáveis ao caso concreto; (ii) o crime não pode ter sido praticado com violência ou grave ameaça⁸⁷; (iii) o firmamento do ANPP seja necessário e suficiente para garantir as funções político-criminais de reprovação e de prevenção ao crime; (iv) não haja possibilidade de arquivar o caso, em razão da presença de indícios investigativos suficientes de autoria e de materialidade, os quais fundamentem a denúncia.

A exigência de que o ANPP somente seja apresentado ao configurar-se como medida suficiente e necessária à reprovação e à prevenção do delito envolve a observação, pelo membro ministerial, da gravidade do crime e do grau de reprovabilidade da conduta ilícita. Dessa forma, tal requisito objetivo traduz-se em uma opção político-criminal contida em cláusula interpretativa aberta, de modo a ensejar a discricionariedade regrada do *Parquet*, refutando-se veementemente quaisquer interpretações insustentáveis normativamente, contraditórias ou incompatíveis com os princípios constitucionais e penais (CABRAL, 2021).

Em relação ao descabimento do acordo quando verificados os fundamentos para o arquivamento, tem-se que a existência de uma linha investigativa contundente é inafastável a fim de que o pacto não persecutório seja proposto. Assim, a investigação criminal deve abarcar prova da materialidade e indícios suficientes de autoria, isto é, elementos robustos ao ponto de propiciar a justa causa para o adequado oferecimento de denúncia. Ainda, em consonância com

⁸⁶ Utilizando a menor fração de aumento e a maior fração de diminuição, obtém-se a pena mínima abstrata conforme o delito em tese cometido pelo investigado (CUNHA, 2021).

⁸⁷ Tal violência se refere à pessoa, não incluindo as modalidades violentas contra coisas, consoante as doutrinas de Cabral (2021), Cunha (2021) e Messias (2020).

o devido processo legal, restam vedadas a utilização do ANPP como meio de obtenção de justa causa para a investigação e a omissão ministerial de evidências benéficas ao investigado⁸⁸ (MESSIAS, 2020).

Retomando os requisitos objetivos, há, ainda, as vedações ao acordo não persecutório previstas no § 2º do art. 28-A do CPP, são elas: (i) quando o delito admitir o benefício da transação penal, cuja pena máxima não seja maior do que 2 (dois) anos (crimes de menor potencial ofensivo); (ii) caso o crime tenha sido praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, independentemente do gênero da vítima; (iii) quando o delito for praticado contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor⁸⁹.

No tocante aos requisitos subjetivos para a propositura da avença não persecutória, ou seja, aqueles atrelados à condição pessoal do agente, tem-se as vedações do art. 28-A, § 2º, incisos II e III do CPP e a exigência confessional, aperfeiçoada quando da celebração do ANPP. Respectivamente, haverá acordo desde que (i) as condições pessoais do investigado sejam favoráveis (sem reincidência ou constatação de elementos probatórios indicativos de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional, salvo se insignificantes as prévias infrações penais); (ii) o imputado não tenha sido beneficiado, nos 5 (cinco) anos anteriores à prática delitiva potencialmente ensejadora de ANPP, em transação penal, suspensão condicional do processo e em acordo de não persecução penal; (iii) ocorra a confissão da prática da infração penal, formal e circunstanciadamente, pelo imputado.

3.3 CONTRASTE COM OUTROS INSTITUTOS PROCESSUAIS TÍPICOS DA HODIERNA JUSTIÇA PENAL NEGOCIADA

Buscar-se-á, por ora, traçar um panorama comparativo, considerando similitudes e divergências, entre o ANPP e a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada. Com isso, o estudo de tais ferramentas negociais influirá na precisão técnica para inferir, posteriormente, o momento procedimental adequado para que o acordo não persecutório seja, em regra, proposto.

⁸⁸ Como esclarece Mauro Messias (2020, p. 60, grifos nossos), “[...] ao analisar se determinado caso admite acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público, independentemente de requerimento defensivo, deve trazer ao procedimento investigativo elementos de informação que esclareçam os fatos, quer favoráveis à acusação, quer à defesa, **vedada a supressão, pelo órgão de persecução penal, de evidência favorável ao imputado, capaz de exonerar a responsabilidade deste**”.

⁸⁹ Considerando uma análise objetiva acerca da prática criminosa cometida contra a mulher, quando demonstrados, na conduta ilícita, menosprezo, discriminação e/ou preconceito em relação ao sexo feminino, não se levando em conta as razões subjetivas, psicológicas do agente (CUNHA, 2021).

Inserida nos moldes de uma justiça penal consensual⁹⁰, a transação penal, prevista no art. 98, I da Constituição Federal e regulamentada pelo art. 76 da Lei n.º 9.099/95, consiste em uma negociação pré-processual, entre o membro ministerial e o agente do crime, para não oferecimento de denúncia nos casos de infrações de menor potencial ofensivo⁹¹, quando: não cabível o arquivamento, atendidos os requisitos legais e cumpridas as medidas restritivas de direito, ou multa, assumidas.

À vista disso, nota-se que tanto o ANPP como a transação convergem entre si, ao passo em que denotam acordos firmados, por excelência, antes da fase processual, exalando um primor pelas técnicas consensuais. Ademais, tem-se que ambos os institutos: propiciam a não denúncia (e, conseqüentemente, a ulterior extinção da punibilidade); devem submeter-se à homologação do Poder Judiciário; bem como estão adstritos à observância de requisitos objetivos e subjetivos, fixados legalmente, para que possam ser apresentados.

Outra semelhança importante é a ausência de reconhecimento formalizado da culpa, ou seja, o investigado não é declarado culpado para fins de determinação de pena, já que as condições restritivas de direito cabíveis não têm natureza de pena *stricto sensu*. Assim o é que, caso descumprido o ANPP ou a transação, instaurar-se-á o processo penal tradicionalmente, a fim de que seja cominada a sanção criminal⁹². Também, a celebração de tais ferramentas negociais não implica em maus antecedentes, pois não há culpa imputada pelo órgão jurisdicional (CABRAL, 2021).

No entanto, enquanto a transação penal se volta aos delitos menos graves e possui um teor mais enfático de pura e simples despenalização, o acordo de não persecução penal, com teor residual, abarca as infrações de pequeno e médio potencial ofensivo que não comportem a transação, configurando, o ANPP, uma delimitação exata de política criminal que seleciona prioridades para o processo criminal, solucionando os casos menos graves no âmbito

⁹⁰ Assim estruturada como uma justiça norteada pela fomentação da participação concreta dos envolvidos em dada prática delitiva na solução dos respectivos conflitos criminais, através do consenso como técnica eficaz e legitimadora da pacificação social, em detrimento da invocação do usual processo penal formalizado, burocrático, custoso, moroso e desacreditado (já que caracterizado por ínfimas eficácia e legitimidade) (BRANDALISE, 2016).

⁹¹ Esclarece o art. 61 da Lei n.º 9.099/95, *in verbis*: “Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine **pena máxima não superior a 2 (dois) anos**, cumulada ou não com multa” (BRASIL, 1995, grifo nosso).

⁹² Não obstante o art. 76 da Lei n.º 9.099/95 estabeleça a “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas” (BRASIL, 1995) para a celebração da transação penal, é indubitável não se tratar de pena *stricto sensu*, à luz do entendimento sumulado (Súmula Vinculante nº 35) do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual: “A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial” (BRASIL, 2014). Ainda, para a Corte (RE 795.567/PR), as conseqüências jurídicas extrapenais do art. 91 do Código Penal decorrem de sentença penal condenatória, portanto, não aplicáveis à transação penal (BRANDALISE, 2016).

extrajudicial com o objetivo de acelerar e aumentar a eficácia do tratamento estatal às práticas delitivas.

Ademais, além dos requisitos distintos para a utilização dos dois institutos ora analisados, a preocupação do acordo não persecutório com o ofendido é evidenciada, assim como o detalhamento do respectivo rito homologatório. O maior traço distintivo entre as técnicas negociadas, todavia, é a exigência de confissão circunstanciada no ANPP como elemento de informação que corrobora com a investigação, não que a fundamenta. Na transação penal, por sua vez, Brandalise (2016, p. 143) reforça que

(...) ela não é celebrada para fins de obtenção da confissão do acusado para alguma diminuição da imputação ou da pena, bem como porque não há qualquer reconhecimento de culpa em tal hipótese (assim, não representa condenação e não produz reincidência). Aproxima-se, portanto, do *nolo contendere* americano. Mas, essencialmente, é um caso de diversão com intervenção.

Isso posto, evidentes são as similaridades, porém relevantes as divergências entre o recente acordo não persecutório e a transação penal, considerada a semente da justiça consensual no Brasil (CUNHA; SOUZA, 2018).

Por sua vez, a suspensão condicional do processo, consubstanciada no art. 89 da Lei n.º 9.099/95, refere-se ao mecanismo consensual através do qual é oferecida ao acusado a possibilidade de paralisar temporariamente⁹³ o processo penal (suspê-lo), mediante o cumprimento de determinadas obrigações pactuadas, as quais, adimplidas, resultarão na extinção da punibilidade do réu quando do fim do lapso temporal suspensivo, isto é, do período de prova em que se verifica a execução das condições pelo réu (VASCONCELLOS, 2021).

Assim como o acordo de não persecução penal, a suspensão condicional do processo também deve ser homologada judicialmente, possui requisitos objetivos e subjetivos previstos em lei, tem olhar voltado à vítima (ao fixar a reparação do dano causado ao ofendido como condição) e estabelece o prosseguimento tradicional da persecução penal como resultado de fortuita transgressão às obrigações pactuadas, a fim de que seja aplicada a pena cabível.

Enquanto a suspensão condicional é admissível para crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a 01 (um) ano e é proposta simultaneamente ao oferecimento da denúncia, o ANPP, conforme mencionado anteriormente, aplica-se aos delitos com pena mínima inferior

⁹³ Nos termos do art. 89, caput da Lei n.º 9.099/95, “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, Grifo nosso).

a 4 (quatro) anos e, consoante será exposto adiante, é apresentado, em regra, na fase pré-processual.

A despeito da proximidade entre ANPP e a suspensão condicional, em razão de consistirem em técnicas consensuais que expressam uma política criminal de diversão com intervenção⁹⁴, afastando uma resposta coercitiva (não negociada, imposta, qual seja a aplicação de pena através de sentença penal condenatória) e propiciando efetividade, economia processual e celeridade no âmbito do Poder Judiciário (CABRAL, 2021), tem-se que tais institutos divergem notoriamente quanto (i) à exigência de confissão, (ii) à possibilidade de revogação, (iii) ao tipo de contraprestação assumida pelo Estado, representado pelo membro ministerial.

Nesse sentido, somente o ANPP tem a confissão, formal e circunstanciada, como requisito essencial para sua celebração, ao passo que apenas a suspensão condicional do processo pode ser revogada, na hipótese de o acusado praticar novo crime. Ademais, no acordo não persecutório, o dever estatal consiste em não oferecer denúncia, enquanto na suspensão condicional, a incumbência do ente público é não dar continuidade ao rito processual penal já em andamento.

E, por último, porém não menos imprescindível, tem-se a análise comparativa com a colaboração premiada. *A priori*, deve-se compreender a colaboração, ou delação premiada como espécie do gênero colaboração processual, consoante esclarecem as palavras de BRANDALISE (2016, p. 149):

A colaboração processual é a definição genérica, da qual são espécies a confissão, o chamamento do corréu (que ocorre somente na fase judicial, sem necessário reconhecimento de culpabilidade), a delação (que ocorre em qualquer fase, e requer a ocorrência de confissão), a delação premiada (que pressupõe a contribuição para a apuração da materialidade do delito e da autoria) e a colaboração processual em sentido estrito (compreende qualquer forma de cooperação que resulte em benefício de cunho processual, como a ausência de persecução, por exemplo).

Nesta senda, a delação premiada⁹⁵, regulamentada entre os arts. 3º-A ao 7º da Lei n.º 12.850/13, pode ser conceituada como mecanismo penal que assegura ao acusado uma vantagem (prêmio, consistente na diminuição ou anulação da pena) em troca da sua confissão

⁹⁴ A diversão remete à resolução de litígios penais de maneira alternativa, diversificada, sem a usual denunciação (não sendo iniciada a ação penal) ou com a descontinuidade processual criminal, enquanto a intervenção faz referência às condições a serem adimplidas pelo acusado como consequências punitivas da prática delitiva (VIANA, 2019). Assim, o teor diversionista e interventivo se faz presente na transação penal, na suspensão condicional e no ANPP.

⁹⁵ De acordo com o Supremo Tribunal Federal (HC 127483), o acordo de delação premiada tem natureza jurídica de negócio jurídico processual personalíssimo, caracterizando meio de obtenção de prova cujo objeto “é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração” (BRASIL, 2015).

e de seu auxílio nos procedimentos persecutórios, desde que realizados voluntariamente (VASCONCELLOS, 2021).

Percebe-se, assim, o teor enfático da delação como instrumento voltado à instrução criminal, com finalidade eminentemente investigativa, lastreada na cooperação do suspeito. Na delação premiada, reduz-se a futura punição do delator em favor de acelerar, desonerar e facilitar a persecução penal estatal (CALLEGARI, 2019). O que se afasta das finalidades do ANPP quanto às funções preventivas do *ius puniendi*, pois na medida em que almeja por celeridade e por economicidade na pragmática do Poder Judiciário, o acordo não persecutório busca reduzir os efeitos deletérios da resposta estatal impositiva e seleciona prioridades para o olhar processual, denotando uma política-criminal que preza pela solução de lides extrajudicialmente, sendo sua contribuição para a investigação criminal o menor de seus intuitos/atributos/efeitos⁹⁶.

Portanto, inegáveis as semelhanças entre o acordo e a delação premiada, porquanto ambos são instrumentos negociais dotados de requisitos objetivos e subjetivos. Há, porém, a supracitada discrepância em relação às finalidades precípuas de cada ferramenta e o fato de que o ANPP fixa como contraprestação do Estado o não oferecimento de denúncia e, conseqüentemente, a extinção da punibilidade do acusado (enquanto na delação, a ausência de denunciação requer a observância de certas exigências)⁹⁷.

3.4 VANTAGENS E RISCOS DO ANPP

É oportuno destacar, por ora, que a implementação prática do acordo de não persecução penal, nos moldes previstos pela redação do art. 28-A do CPP, permeia-se de evidentes

⁹⁶ Considerando que a proposta de acordo não persecutório somente deve ser apresentada em caso de não arquivamento, pressupondo uma linha investigativa razoavelmente já desenvolvida e hábil a configurar a justa causa para o oferecimento da ação penal.

⁹⁷ Art. 4º da Lei n.º 12.850/13. 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: (...) § 3º O prazo para oferecimento de denúncia ou o processo, relativos ao colaborador, poderá ser suspenso por até 6 (seis) meses, prorrogáveis por igual período, até que sejam cumpridas as medidas de colaboração, suspendendo-se o respectivo prazo prescricional.

§ 4º Nas mesmas hipóteses do caput deste artigo, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se a proposta de acordo de colaboração referir-se a infração de cuja existência não tenha prévio conhecimento e o colaborador: I - não for o líder da organização criminosa; II - for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

§ 4º-A. Considera-se existente o conhecimento prévio da infração quando o Ministério Público ou a autoridade policial competente tenha instaurado inquérito ou procedimento investigatório para apuração dos fatos apresentados pelo colaborador (BRASIL, 2013).

benefícios e, todavia, exige certos cuidados para que as finalidades do instituto, teoricamente arquitetadas, não sejam desvirtuadas por uma aplicação normativa indesejada.

Ao permitir a resolução de delitos de mediano potencial ofensivo (com pena mínima menor do que quatro anos) extrajudicialmente, na fase pré-processual, e a partir do consenso entre Ministério Público e investigado, acompanhado de defensor, o ANPP resulta em valorosa celeridade, já que a não denúncia afasta todo o trâmite processual penal usualmente percorrido.

Ante a dialética processual vagarosa, típica do processo penal pátrio, somada ao vasto grau recursal existente no ordenamento brasileiro, a morosidade do provimento jurisdicional acaba resultando em insatisfação das partes, reduzindo a legitimidade da resposta estatal. Esta, por sua vez, denota, em muitos casos, verdadeira injustiça e longínqua pacificação social. O acordo não persecutório, tendo como base a negociação (em que as partes, no espectro da autonomia da vontade, acordam acerca de obrigações recíprocas), configura-se como ferramenta atribuidora de eficácia e de legitimação ao sistema de justiça criminal.

Promovendo um tratamento rápido e efetivo à prática delitiva, o ANPP aumenta exponencialmente as chances de cumprimento das obrigações assumidas pelo investigado, uma vez que este participou da negociação daquelas, diferentemente de eventual condenação em sentença penal, dotada de caráter coercitivo e impositivo. Assim, a coparticipação dos envolvidos com a prática delituosa implica em maior compromisso para com o acordo, em razão dos princípios da confiança, da lealdade e da boa-fé, como esclarecem Rogério Sanches Cunha e Renne do Ó Souza (2018, p. 8):

O crescimento de uma perspectiva pragmática do direito, fincado na busca pelos **melhores resultados produtivos e úteis**, deu ensejo a multiplicação de instrumentos negociais que, a um só tempo, cumprem expectativas dos indivíduos e agentes políticos-econômicos, porque **abreviam o tempo para a solução do conflito, e atendem um prático cálculo de utilidade social**. O consenso entre as partes se estabelece em um ambiente de coparticipação racional, mediante **vantagens recíprocas que concorrem para uma aceitabilidade no cumprimento da medida mais efetiva**, sentimento que eleva o senso de autorresponsabilidade e comprometimento com o acordo, atributos que **reforçam a confiança no seu cumprimento integral** (Grifos nossos).

Ainda, com os casos menos graves resolvidos consensualmente, o Poder Judiciário, bem como as demais instâncias formais de controle social (Polícia e Ministério Público), podem concentrar seus esforços (financeiros e de recursos humanos) na persecução de delitos mais complexos e gravosos. Logo, em razão da economia processual advinda do firmamento de acordos no âmbito ministerial, são reduzidos os custos dos entes jurisdicional, policial e

ministerial e, concomitantemente, são obtidas uma prestação jurisdicional e investigações criminais qualificadas, específicas e eficientes para as demandas que as exigem.

Sob essa orientação, a Comissão redatora do Procedimento de Estudos e Pesquisas n.º 01/2017 da Corregedoria Nacional do Ministério Público (2017a), em sede de pronunciamento final, concluiu, acerca do acordo não persecutório, que:

[...] com o acolhimento das propostas aqui delineadas, haveria um grande avanço na qualidade do nosso Sistema de Justiça, já que haveria: a) uma celeridade na resolução dos casos menos graves (evitando-se, inclusive, que o nosso STF tenha que discutir questões bagatelares menores, como vem fazendo, que são completamente incompatíveis com a relevância que deve ter um Tribunal Supremo); b) mais tempo disponível para que o Ministério Público e o Poder Judiciário processem e julguem os casos mais graves, tendo a possibilidade, de tal maneira, de fazê-lo com maior tranquilidade e reflexão; c) haveria economia de recursos públicos, já que os gastos inerentes à tramitação do processo penal seriam reduzidos (ou seja, menos processos judiciais, menos gastos); d) minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, dando um voto de confiança aos não reincidentes, minorando, também, os efeitos sociais prejudiciais de uma pena e desafogaria, também, os estabelecimentos prisionais (CNMP, 2017a, p. 32).

Em relação ao acusado, os benefícios da prática negocial são evidentes, pois o ANPP evita as implicações nocivas de uma sentença penal condenatória⁹⁸ e a própria estigmatização decorrente do delongado processo criminal, além de que as condições assumidas pelo investigado podem ser adimplidas muito antes do que a execução da pena cominada através de sentença judicial. Aqui, resta evidenciada a função preventiva do acordo não persecutório, uma vez que assegura a não marginalização do investigado e a sua reinserção social (VIANA, 2019).

Nesse contexto, a aproximação temporal entre a prática delitativa, a resposta estatal por meio de solução consensual e o cumprimento de obrigações pactuadas afastam a noção de impunidade tão ressonada na sociedade atual, tendência favorecida pela morosidade do processo criminal.

Acrescente-se, ainda, que a vítima foi completamente prestigiada pela regulamentação do ANPP⁹⁹, exalando a concretização de um olhar do *ius puniendi* voltado à reparação do ofendido e não preocupado, pura e exclusivamente, com a repressão do delito através da utilização exponencialmente crescente de penas rígidas e severas (CUNHA; SOUZA, 2018).

⁹⁸ Não ostentando, o acusado que tenha cumprido integralmente o acordo, maus antecedentes, bem como preservando a primariedade que possua e não podendo ser considerado, *a posteriori*, reincidente, à luz do art. 28-A, § 12 do CPP (CABRAL, 2021).

⁹⁹ Sendo a participação do ofendido ostentada, em especial, no art. 28-A, I e § 9º do CPP: (...) I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; (...) § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento (BRASIL, 1941).

Em contrapartida, certas precauções devem ser observadas quando da celebração de acordos de não persecução penal, de modo a não permitir, ainda que indireta ou sutilmente, formal ou materialmente, a vulnerabilidade do investigado ao negociar com o ente essencial à função jurisdicional do Estado (o *Parquet*), respeitando-se as garantias fundamentais e a autonomia da vontade do agente.

Como reforça o caput do art. 28-A do CPP, é sabido que o ANPP só será proposto caso não seja possível o arquivamento do feito. Logo, a presença da justa causa à ação penal, no bojo investigativo, é inafastável para que possa ser apresentada, pelo membro do Ministério Público, a proposta de acordo¹⁰⁰. Os indícios suficientes de autoria e de materialidade devem estar contidos na investigação até então desenvolvida, a fim de que se possa oferecer denúncia sem maiores dificuldades. Assim, o ANPP não pode ser usado como meio de prova para incremento investigativo, visando suprir o lastro probatório para a fundamentação da denúncia.

Outro aspecto merecedor de cautela, quando da celebração de acordos, consiste na imprescindibilidade de uma defesa adequada ao investigado, responsável por acompanhá-lo e por esclarecê-lo quanto aos termos em negociação, contribuindo para a formação do consentimento livre e informado¹⁰¹ (pressuposto inafastável do negócio jurídico) do compromissário.

Nesse viés, o desequilíbrio da balança entre os atores processuais, considerando a discrepância entre o robusto aparato persecutório do Estado e a defesa, pública ou particular, do investigado, manifesta uma preocupação pragmática sobre a implementação do ANPP nas mais diversas localidades do território nacional¹⁰². Isso porque tal diferença fragiliza a premissa basilar da negociação: a igualdade entre as partes negociantes (VASCONCELLOS, 2021).

Outrossim, ao prever que o acordo deve ser necessário e suficiente para prevenir e reprovar o delito, o legislador acabou criando uma cláusula de abertura que, sem o devido

¹⁰⁰ Deve haver *opinio delicti* positiva pelo membro ministerial para que seja apresentada proposta de ANPP, como afirma Mauro Messias (2020, p.61, grifos nosso): “[...] o relato dos fatos pelo investigado e a sua confissão **não funcionam como início de prova para denunciar**. Ora, já há prova da materialidade e indícios suficientes de autoria para denunciar, logo não é este o papel desempenhado pela confissão. O propósito não é robustecer o material probatório que acompanha a denúncia, **pois não se objetiva denunciar, e sim acordar**”.

¹⁰¹ Responsável por demonstrar a voluntariedade do investigado e a sua consciente anuência ao pacto celebrado. A presença de uma defesa satisfatória, dando suporte ao investigado, é vital para afastar eventual coercibilidade da proposta que possa indevidamente se instaurar durante as negociações (VASCONCELLOS, 2021).

¹⁰² Haja vista a ausência de Defensoria Pública em todas as comarcas do país. Não obstante, nas palavras de Rodrigo da Silva Brandalise (2016, p. 230), “não se pode esquecer que as questões fáticas acerca da eventual disparidade entre o Estado, o arguido e entre eventuais advogados é uma mácula que atinge o próprio processo penal em si. Assim, não pode uma mácula geral ser suficiente para afastar algo que, em determinado momento, traz benefícios aos sujeitos processuais [...]”.

cuidado, pode ensejar discricionariedade na construção da proposta consensual¹⁰³. Eis que tal redação, provida de vagueza, reivindica por requisitos claros e objetivos aptos à aferição da necessidade e da suficiência do ANPP em cada caso concreto, com o intuito de afastar eventuais negativas discricionárias do membro ministerial à apresentação de propostas não persecutórias aos investigados.

Reforçando a vigência da discricionariedade fundamentada (MESSIAS, 2020), segundo a qual se exige justificativa para a não apresentação do acordo, Cabral (2021) elenca o exame dogmático de dois fatores para verificação do requisito da necessidade e suficiência¹⁰⁴ para fins de reprovação e de prevenção do crime, quais sejam: (i) a existência de injusto mais grave e (ii) indicativos de maior culpabilidade do agente.

¹⁰³ Importante pontuar que as vedações ao cabimento do ANPP devem configurar, preferencialmente, rol taxativo (*numerus clausus*), uma vez que “é inversamente proporcional a relação entre a subjetividade dessa cláusula e a legitimidade do acordo de não persecução penal” (MESSIAS, 2020, p. 37).

¹⁰⁴ A título exemplificativo, faz-se pertinente a menção ao acordo não persecutório firmado entre a Procuradoria Geral da República e o ministro da Secretaria-Geral da Presidência, Onyx Lorenzoni, em fevereiro de 2019. Nessa ocasião, o procurador do caso analisou, metodologicamente, a fim de fixar condições do ANPP suficientes e necessárias à prevenção e à repressão do crime de falsidade ideológica eleitoral (caixa dois) *in casu*, a gravidade do delito, considerando os parâmetros de (i) motivação; (ii) consequência; (iii) itinerário. Essa observação tríplice subsume a prática criminosa analisada, em seguida, à uma tabela com cinco graus de gravidade (do mínimo ao máximo) e, posteriormente, à uma outra tabela, também com cinco divisões, referente à renda e ao patrimônio do compromissário (HAIDAR, 2021).

4 MOMENTO PROPÍCIO PARA APRESENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Restando sedimentadas as raízes do instituto negocial ora discutido, a sua conceituação teórica, a principiologia constitucional, penal e processual penal com a qual se relaciona e as análises comparativas com outros mecanismos consensuais brasileiros, torna-se impróvel fixar, fundamentadamente, quando deve ser proposto e como opera retroativamente o ANPP.

4.1 AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA

Ainda em 1992, o Brasil internalizou o Pacto de San Jose da Costa Rica (ou Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos), instrumento normativo que passou a vigorar em território nacional a partir de 25 de setembro do referido ano, sendo-lhe conferido status de norma supralegal com o julgamento do RE 466.343, de repercussão geral¹⁰⁵.

Ressalte-se que o art. 7º, item 5 do supracitado Pacto estabelece que “toda pessoa presa, detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem o direito de ser julgada em prazo razoável (...)” (BRASIL, 1992). Todavia, somente em 2015, o Conselho Nacional de Justiça regulamentou¹⁰⁶ a audiência de custódia, procedimento formal em que a pessoa presa em flagrante é apresentada ao magistrado, a quem incumbe verificar a legalidade da prisão, mantendo-a, relaxando-a ou concedendo liberdade provisória ao investigado (NUCCI, 2021b).

Importante pontuar que, não obstante outros dispositivos legais já tratassem da apresentação da pessoa presa ao juiz, apenas após a edição da Lei n.º 13.964/19 a regulamentação específica da audiência de custódia (com procedimento delimitado, com a exigência da presença do defensor, do membro ministerial e do acusado e com finalidades próprias¹⁰⁷) adentrou no Código de Processo Penal.

¹⁰⁵ Nessa ocasião, o Supremo Tribunal Federal reconheceu que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos incorporados pelo Brasil de forma distinta do art. 5º, § 3º da CF (rito de aprovação de emenda constitucional) possuem status de supralegalidade, isto é, situam-se abaixo da Constituição Federal, porém acima da legislação infraconstitucional.

¹⁰⁶ Mediante a edição da Resolução n.º 213/2015, que dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo STF na ADPF 347.

¹⁰⁷ Em especial, a audiência de custódia almeja prevenir e reprimir atos de tortura praticados quando da prisão em flagrante, velando pelo direito à integridade física e psíquica dos custodiados pelo Estado (JARDIM, 2021).

A Resolução n.º 181/2017 do CNMP, por sua vez, admitiu a possibilidade de celebrar o acordo de não persecução penal na ocasião da audiência de custódia¹⁰⁸. Tal hipótese, entretanto, disseminou divergências entre a doutrina. Enquanto alguns ressaltavam a indispensabilidade do defensor do custodiado e a necessidade de que os membros ministeriais proponentes do ANPP destacados para a atuação em audiências de custódia fossem adaptados a este rito (SOUZA; DOWER, 2018), outros apontavam incompatibilidades entre o pacto e o momento de apresentação do preso em flagrante ao magistrado.

Ao vislumbrar a inconstitucionalidade da Resolução n.º 357/2020 do CNJ, a qual dispõe sobre a realização de audiências de custódia por videoconferência e permite a propositura do pacto de não persecução penal durante tal formalidade, Afrânio Silva Jardim (2021) alerta sobre violações de ordem formal e material ao texto constitucional.

Respectivamente, o mencionado autor salienta a ofensa ao art. 22, I da CF (em razão de eventual competência do juízo de custódia para analisar proposta de acordo não persecutório consistir em matéria processual, a ser legislada privativamente pela União, não pelo CNJ) e constata lesões ao contraditório e à ampla defesa do investigado, na medida em que:

(...) apenas 24 horas depois da prisão, não se tem ainda um quadro definitivo do crime (ou crimes) praticado, de quantas pessoas estão envolvidas como autores mediatos ou imediatos, podendo produzir acordos que sequer deveriam ter sido propostos, ante as limitações contidas no texto legal. Por outro lado, não se oferece qualquer tipo de rito que proporcione o efetivo contraditório ao investigado, que é pego de supetão, ainda sob os efeitos psicológicos da prisão e sob sua coação física e moral, para praticamente constrangê-lo a aceitar um acordo que exige, além de tudo, que ele confesse a prática delitiva (JARDIM, 2021, *online*).

Nesse sentido, é relevante notar que a Lei n.º 13.964/19 não versou sobre o acordo em sede de audiência de custódia, nem admitindo-o, nem proibindo-o explicitamente, motivo pelo qual se defende que o art. 18, § 7º da Res. n.º 181/2017 do CNMP permanece em vigor. Nas palavras de Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021, p. 224-225):

(...) o que se pretende com referido dispositivo é tão somente possibilitar que o membro do Ministério Público possa aproveitar a presença física do investigado e – em ato separado da audiência de custódia, mas na mesma oportunidade – eventualmente, propor e celebrar o acordo, economizando-se, assim, recursos públicos, além de dinamizar e agilizar, ainda mais, o procedimento consensual, evitando-se a realização de novos atos de comunicação.

¹⁰⁸ Art. 18, § 7º da Res. n.º 181/2017 do CNMP. O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia (Redação dada pela Resolução n.º 183, de 24 de janeiro de 2018) (CNMP, 2017c).

Destaca o autor, ainda, que em face da vedação aos questionamentos de mérito no momento da audiência¹⁰⁹, o acordo não deve ser apresentado no mesmo ato jurídico da audiência de custódia, somente logo após essa última (CABRAL, 2021).

Cumprido observar, porém, que a apresentação da proposta negocial de não persecução penal pelo Ministério Público deve ocorrer quando já configurada a *opinio delicti* do órgão acusatório, ocasião em que a investigação do delito contenha elementos informativos suficientes de autoria e de materialidade, aperfeiçoando a construção integral da justa causa para a ação penal.

Assim, no exato momento da audiência de custódia, realizada em até vinte e quatro horas após a prisão em flagrante¹¹⁰, não fora decorrido um lastro temporal razoável, adequado e suficiente para que reste elucidada a justa causa autorizadora da proposição de um ato complexo, tal qual o ANPP, em consonância com os requisitos legais. Isto posto, tende-se a não conceber a audiência de custódia como oportunidade propícia ao acordo (CUNHA, 2021).

Nessa linha, frise-se que o Projeto de Lei n.º 10.372/2018 (referente ao Pacote Anticrime) contemplava, em seu art. 28-A, § 5º, a permissão da propositura do ANPP e respectiva submissão à homologação judicial na própria audiência de custódia, similarmente à previsão do art. 18, § 7º da Res. n.º 181/2017 do CNMP.

A não aprovação de tal dispositivo aliada à nítida incipiência dos elementos de informação e, conseqüentemente, à fragilidade da justa causa e à precária (senão inexistente) formação do consentimento livre e informado do compromissário quando da aludida audiência permitem concluir que o momento da formalidade de custódia não caracteriza ambiente satisfatoriamente adequado¹¹¹ às tratativas consensuais (MESSIAS, 2020).

¹⁰⁹ Consoante o art. 8º, VIII e § 1º da Res. 213/2015 do CNJ: Art. 8º Na audiência de custódia, a autoridade judicial entrevistará a pessoa presa em flagrante, devendo: VIII - abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante;

§ 1º Após a oitiva da pessoa presa em flagrante delito, o juiz deferirá ao Ministério Público e à defesa técnica, nesta ordem, repreguntas compatíveis com a natureza do ato, devendo indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação [...] (CNJ, 2015).

¹¹⁰ Art. 310, CPP. Após receber o auto de prisão em flagrante, no prazo máximo de até 24 (vinte e quatro) horas após a realização da prisão, o juiz deverá promover audiência de custódia com a presença do acusado, seu advogado constituído ou membro da Defensoria Pública e o membro do Ministério Público, e, nessa audiência, o juiz deverá, fundamentadamente: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

I - relaxar a prisão ilegal; ou II - converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes os requisitos constantes do art. 312 deste Código, e se revelarem inadequadas ou insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão; ou III - conceder liberdade provisória, com ou sem fiança (BRASIL, 1941).

¹¹¹ Nas palavras de Mauro Messias (2020, p. 69, Grifos nossos), “a ocasião da audiência de custódia (...) representa um **ambiente frustrante para a prática consensual**, em que o custodiado, muito provavelmente, **aceitará quaisquer condições** propostas e **confessará** até mesmo as imputações **desprovidas de justa causa**”.

4.2 QUANDO DEVE SER ANUNCIADA A PROPOSTA NÃO PERSECUTÓRIA

A título reiterativo, cumpre destacar que o acordo de não persecução penal, conjecturado no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e aperfeiçoado na Lei n.º 13.964/19, constitui uma ferramenta crucial de política criminal, com natureza de negócio jurídico extrajudicial (CABRAL, 2021), cuja principal finalidade consiste em providenciar uma resposta estatal adequada (suficientemente preventiva e repressiva) à dada prática criminosa sem, para isso, utilizar-se do rito processual penal tradicional, integral (*full trial*).

Nesta senda, constata-se que o ANPP é apto a desafogar o abarrotado sistema de justiça penal, contribuindo com os preceitos de celeridade e de eficiência, na medida em que seus esforços se voltam à evitação do oferecimento da denúncia pelo membro do *Parquet*. Dessa forma, consagra uma crucial alternativa político-criminal, fundada no consenso, ao processo-crime (MESSIAS, 2020).

Nota-se, outrossim, que ao elencar, seja implícita ou explicitamente, como pressupostos do acordo não persecutório, a existência de procedimento investigatório e o não cabimento de arquivamento dos autos¹¹² (CUNHA, 2021), o pacto previsto no art.28-A do CPP indica a inevitabilidade de sua celebração em sede investigativa. Isto é, quando o suporte informativo mínimo fundamentar a *opinio delicti* positiva (motivo pelo qual a propositura do ANPP na audiência de custódia se perfaz impertinente) e anteriormente à instauração do processo penal junto ao Poder Judiciário¹¹³.

Isso porque, não obstante o mencionado dispositivo legal não delimitar precisamente o momento de apresentação dos termos negociais, pelo membro ministerial, tem-se que, em regra, o acordo deve ser manejado extrajudicialmente, em etapa pré-processual, mormente durante estágio final da investigação criminal e, sublinhe-se, antes do oferecimento da denúncia (CABRAL, 2021).

Tal entendimento pode ser facilmente depreendido após a observação dos seguintes trechos introduzidos pela Lei n.º 13.964/19 no Código de Processo Penal:

Art. 28-A, § 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

¹¹² A instauração prévia de procedimento formalizado, no qual se desenvolve a investigação criminal (inquérito policial, procedimento preparatório, inquérito civil, procedimento investigatório criminal, entre outros), é imprescindível ao ANPP, uma vez que repele arbítrios estatais e vela pela transparência e lealdade nas tratativas negociais. O afastamento do arquivamento para que seja viável o acordo, por sua vez, remete à vital configuração dos elementos probatórios mínimos que justifiquem a oferta da denúncia-crime (CUNHA, 2021).

¹¹³ Nesse sentido, Mauro Messias (2020) destaca a conduta equivocada do representante do Ministério Público ao propor o acordo de não persecução simultaneamente ao oferecimento da denúncia.

(...) § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia (BRASIL, 1941).

Ora, o contexto investigativo para a propositura do pacto não persecutório é notoriamente evidenciado nos citados parágrafos, reiterando-se, dessa forma, que a oferta da denúncia-crime consiste em marco procedimental (responsável por iniciar a persecução processual) situado posteriormente à negociação referente ao ANPP. Assim, o sucesso nas tratativas consensuais enseja o afastamento de tal fase denunciativa póstuma, permitindo-se inferir, logicamente, a impossibilidade¹¹⁴ de essa (denúncia) ocorrer previamente àquelas (negociações).

Ademais, verifica-se que os ajustes negociais inerentes ao instituto são realizados em ambiente extrajudicial, através de oitivas¹¹⁵ sediadas no Ministério Público, oportunidade em que são acertadas as obrigações recíprocas das partes compromissadas (o investigado e o agente do órgão acusatório).

De mais a mais, ressalte-se que a economicidade é uma das finalidades do acordo, consoante mencionado no capítulo anterior, posto que os custos da persecução penal processual, desde o início da ação penal até o trânsito em julgado do provimento jurisdicional, pretendem ser consideravelmente minimizados pelo modelo consensual previsto no art. 28-A do CPP. Ou seja, a celebração da ferramenta negocial no curso do processo criminal, quando já instada a atuação jurisdicional e já movimentado o aparato judicial, tendo sido empenhados, para tanto, expressivos dispêndios estatais, denota ofensiva frontal ao próprio fito do instituto.

Embora consista em argumento de força persuasiva atenuada, há de se considerar a nomenclatura do mecanismo objeto do presente trabalho para, em uma interpretação exegética, levando em conta a literalidade do *nomen iuris* utilizado pelo legislador, corroborar o entendimento predominante ora defendido, segundo o qual o acordo deve ser apresentado anteriormente à promoção da ação penal pública (oferecimento da denúncia-crime).

¹¹⁴ Importa salientar, todavia, que há exceções à regra da apresentação do ANPP na fase investigativa, especificamente em momento antecedente ao oferecimento da denúncia, as quais serão expostas no tópico seguinte.

¹¹⁵ Ressalte-se que tais audiências extrajudiciais contam com o apoio administrativo do ente ministerial, quando averiguada a justa causa à ação penal mediante a *opinio delicti* positiva do representante do MP. Nessas circunstâncias, incumbe à equipe administrativa entrar em contato, por quaisquer meios idôneos, com a vítima (a fim de apurar o *quantum* e a possibilidade de reparação do dano) e com o investigado, o qual será convidado a comparecer à sede ministerial, assistido por advogado particular ou por defensor público, em data marcada com antecedência, para audiência extrajudicial na qual será proposto o ANPP. Acrescente-se, por oportuno, que são características de tais etapas negociais: (i) a gravação audiovisual de todo o procedimento extrajudicial, tanto as tratativas em si como a confissão do investigado; (ii) a utilização de linguagem acessível, de fácil captação, em nome da transparência, do dever de lealdade e da legitimidade do mecanismo consensual; (iii) o esclarecimento ao investigado sobre o registro da audiência, sobre o seu direito à não autoincriminação forçada e sobre a consensualidade do ato, sem quaisquer repercussões processuais de pronto (MESSIAS, 2020).

Nessa perspectiva, o acordo de não persecução penal, como um verdadeiro *pactum de non petendo* (promessa de não processar) ou acordo de imunidade condicional, estabelece que “o investigado/acordante não poderá ser processado criminalmente pelo Ministério Público **durante e após** o cumprimento das condições entabuladas” (MESSIAS, 2020, p. 98).

Destarte, estar-se-ia diante de um contrassenso se o acordo de não processar pudesse, em regra¹¹⁶, ser firmado após o início do processo, quando o denunciado (réu) já estivesse sendo processado.

Ainda, acerca do começo da ação penal, a fim de apartar quaisquer inexactidões, escreve Nucci (2021b, p. 247):

Dá-se pelo **oferecimento da denúncia** ou da queixa, **independentemente do recebimento do feito pelo juiz**. Essa afirmativa decorre de vários aspectos, dentre os quais a própria redação do art. 24 do Código de Processo Penal, isto é, a ação será promovida (promover = originar, dar impulso, dar causa a, gerar) por denúncia. E o texto constitucional, editado após o Código de Processo Penal, não foge à regra, mencionando que é função institucional do Ministério Público promover (dar causa), privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF). Por vezes, há confusão entre o início da ação penal e seu regular exercício. Ao receber a denúncia ou queixa, o juiz – que não é titular do direito de ação, motivo pelo qual não poderia iniciá-la – nada mais faz do que reconhecer a regularidade do exercício desse direito, podendo-se, então, buscar, através da dilação probatória, a decisão de mérito (Grifos nossos).

Nesse sentido, faz-se prudente elucidar que a regulamentação do pacto não persecutório, por meio do art. 28-A do CPP, situa-se logo após a disciplina do arquivamento dos autos investigativos¹¹⁷. Isto é, a topografia em que se insere o ANPP no Código aponta o contexto investigativo como momento propício à celebração consensual, levando-se em conta que o negócio de não persecução penal somente tem vez quando o arquivamento do procedimento investigatório não for possível.

Além disso, a não aprovação, pelo Congresso Nacional, do Projeto de Lei n.º 882/2019, o qual propunha o “Acordo de Não Continuidade da Ação Penal”, atua em defesa da propositura do ANPP anteriormente ao oferecimento da denúncia. O art. 395-A do mencionado PL, aproximando-se bastante do *plea bargaining* norte-americano, ao passo que permitia a negociação de penas e de garantias processuais do acusado (contraditório e ampla defesa), estabelecia um marco temporal eminentemente processual para a celebração negocial, quer seja o intervalo entre o recebimento da exordial acusatória e o início da fase instrutória¹¹⁸.

¹¹⁶ As exceções, as quais ensejam o acordo de não continuidade da persecução penal, assim intitulado por setores doutrinários, serão detalhadas no tópico a seguir.

¹¹⁷ Formalizados em inquérito policial ou outro procedimento administrativo de investigação, consoante o art. 28 da referida codificação.

¹¹⁸ Importante conferir, com intuito comparativo, o supracitado dispositivo: “Art. 395-A. **Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução**, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a **aplicação imediata das penas**. § 1º São requisitos do

A recusa do Legislativo Federal a tal espécie de acordo, deveras mais abrangente e gravoso do que a ferramenta consensual de não persecução ora estudada¹¹⁹, afasta eventuais teses de cabimento do ANPP fora do contexto investigativo, quando do decurso do rito processual penal, ainda que em fases incipientes desse.

Do exposto, os argumentos político-criminal, literal e topográfico revelam, indubitavelmente, que a etapa adequada para firmar o acordo de não persecução penal é, extrajudicialmente e assim que configurada a justa causa à ação penal, ao término da fase investigativa, em momento pré-processual (MESSIAS, 2020).

4.3 EXCEÇÕES QUE ADMITEM A PROPOSITURA DO ANPP APÓS INSTAURADO O PROCESSO PENAL PROPRIAMENTE DITO

À luz das discussões outrora tecidas neste trabalho, em especial no Capítulo 2, viu-se que o momento adequado para firmar o acordo de não persecução penal – instrumento negocial típico de um modelo de justiça consensual e elemento fundamental de política criminal a cargo do titular da ação penal – é anteriormente ao oferecimento da exordial acusatória, em consonância com as finalidades do instituto e de seu alicerce teórico.

acordo de que trata o caput: I - a confissão circunstanciada da prática da infração penal; II - o requerimento de que **a pena privativa de liberdade seja aplicada** dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e III - a expressa manifestação das partes no sentido de **dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer**. § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo. § 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo. § 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo. § 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível. § 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade. § 7º O juiz não homologará o acordo se **a proposta de penas formulada pelas partes** for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal. § 8º **Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória**. § 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz. § 10. No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. § 11. A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal” (BRASIL, 2019, Grifos nossos).

¹¹⁹ Nos termos do próprio Projeto, “O art. 395-A. aumenta as hipóteses e disciplina a prática de acordos que poderão ser requeridos pelo Ministério Público ou pelo querelante e o acusado, assistido por seu defensor. A situação aqui é diferente da justificada para o art. 28-A. [ANPP], porque pressupõe a existência de denúncia já recebida” (BRASIL, 2019, p. 24).

Há, todavia, exceções a tal regra, apresentadas pela doutrina processual penal pátria, as quais ensejam a celebração do pacto após a apresentação da denúncia-crime, ou seja, no decurso do processo criminal, quando a persecução do fato criminoso se situa completamente sob a égide do Poder Judiciário.

A *priori*, urge elucidar que o Acordo de Não Continuidade da Ação Penal, referente ao instituto abarcado no Projeto de Lei n.º 882/2019 e assim intitulado pelo Ministro do STJ Reynaldo Soares da Fonseca¹²⁰, difere do Acordo de Não Continuidade da Persecução Penal. Enquanto o primeiro trata de instituto não acolhido pelo Congresso Nacional, o segundo consiste em nomenclatura doutrinária relativa aos casos atípicos de admissão do ANPP em fase processual, nos quais se almeja obstar o prosseguimento do processo-crime (MESSIAS, 2020).

Essas excepcionalidades, por sua vez, dão-se nas hipóteses de incidência de fato superveniente à propositura da denúncia. Tal acontecimento subsequente independe de eventual ingerência do acusado e tem o condão de configurar os requisitos objetivos e subjetivos, até então ausentes, para firmamento do acordo, ainda que em âmbito processual (CABRAL, 2021).

Nesta senda, sob a óptica dos arts. 383 e 384 do CPP, nos casos de aditamento à peça acusatória, de desclassificação da imputação ou de procedência parcial da denúncia quando, em razão de tais alterações, o acusado passar a coadunar com as exigências do pacto não persecutório, em especial com os requisitos de pena mínima inferior a (04) quatro anos e de ausência de violência ou grave ameaça, incumbir-se-á o magistrado da remessa dos autos ao órgão ministerial para análise quanto à propositura negocial. Trata-se, cumpre ressaltar, das situações, respectivamente, de *mutatio libelli*, de *emendatio libelli* ordinária e de *emendatio libelli* antecipada (MESSIAS, 2020).

Assim, convém observar que a alteração da definição jurídica do fato imputado na denúncia-crime pelo magistrado, em consonância com o princípio da correlação entre os eventos narrados na peça acusatória e reconhecidos na sentença, configura o instituto da *emendatio libelli* (emenda à acusação)¹²¹. Ademais, esclarece Fernando Capez (2021, p. 206):

[...] o juiz poderá dar aos eventos delituosos descritos explícita ou implicitamente na denúncia ou queixa a classificação jurídica que bem entender, ainda que, em consequência, venha a aplicar pena mais grave, sem necessidade de prévia vista à defesa, a qual não poderá alegar surpresa, uma vez que não se defendia da classificação legal, mas da descrição fática da infração penal. Nesse caso, diz-se que houve uma simples emenda na acusação (*emendatio libelli*), consistente em mera alteração na sua classificação legal. Trata-se de aplicação pura do brocardo *jura novit*

¹²⁰ No julgamento do RHC 134071/MS (BRASIL, 2020d), pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, do qual foi o Relator.

¹²¹ Art. 383, CPP. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave (BRASIL, 1941).

curia, pois, se o juiz conhece o direito, basta narrar-lhe os fatos (*narra mihi factum dabo tibi jus*).

Por sua vez, o surgimento de novo elemento probatório nos autos informativos não contemplado, manifesta ou implicitamente, na exordial acusatória permite ao juiz identificar distinta definição jurídica relativa ao evento imputado ao acusado. Nessa ocasião, em que se vislumbra a *mutatio libelli*¹²², o magistrado abre vista ao órgão ministerial para que se proceda ao aditamento da denúncia (NUCCI, 2021b).

Nessa última modalidade, verifica-se, portanto, uma alteração no contexto fático em decorrência de superveniência de fato desconhecido quando do oferecimento da inicial acusatória, de modo que “a acusação mudou, não sendo caso de apenas corrigir a qualificação jurídica” (CAPEZ, 2021, p. 206).

Em relação às espécies de *emendatio libelli* ordinária e antecipada, tem-se que a primeira ocorre na prolação da sentença, quando o juiz, ao atribuir definição jurídica diversa da constante na denúncia à conduta do acusado, desclassificando-a, dá azo à oportunidade de preenchimento dos requisitos do art. 28-A do CPP. Deve o magistrado, então, encaminhar os autos para que o ente ministerial avalie a possibilidade de propor ao réu o acordo não persecutório.

No tocante à *emendatio* antecipada, a classificação jurídica diversa conferida pelo juiz acontece na fase de recebimento da denúncia, desde que a inadequada subsunção típica posta pelo Ministério Público na acusação: (i) interfira na competência absoluta, (ii) deturpe o devido procedimento ou (iii) caracterize excesso de acusação prejudicial a benefícios penais¹²³. Para fins de ANPP, havendo excesso na acusação e recebimento da denúncia com nova capitulação jurídica dos fatos, atribuída pelo magistrado e condizente com as exigências objetivas e subjetivas da ferramenta negocial, proceder-se-ão os autos ao exame do *Parquet* (MESSIAS, 2020).

Essa linha doutrinária, aderente à situação excepcional de ANPP no curso do processo penal, sustenta-se com espedeque em interpretação analógica à Súmula 337 do STJ, segundo a

¹²² Art. 384, CPP. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente (BRASIL, 1941).

¹²³ Importa esclarecer que tais hipóteses de cabimento da *emendatio libelli* antecipada decorrem de entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritários, em especial no STJ, como ilustra o trecho do HC. 258.581/RS: “(...) Nesse passo, dominante o entendimento que, em regra, o momento adequado para a *emendatio libelli* é o da prolação da sentença, não o recebimento da denúncia, em razão da topografia do art. 383 no CPP e do entendimento que o acusado defende-se dos fatos imputados, e não da classificação que lhes atribuem. Entrementes, jurisprudência e doutrina apontam no sentido da anuência com a antecipação da *emendatio libelli*, nas hipóteses em que a inadequada subsunção típica macular a competência absoluta, o adequado procedimento ou restringir benefícios penais por excesso de acusação” (BRASIL, 2016).

qual “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva” (BRASIL, 2007).

Em prol da referida corrente, argumenta Cabral (2021) que o evento superveniente, para o qual não concorreu o investigado, atesta que a prévia não propositura consensual se deu por excesso acusatório identificado pelo magistrado, tendo impedido, à época investigativa, o enquadramento do caso concreto nas premissas do art. 28-A, CPP.

Aduz o autor, ainda, que o interesse político-criminal no firmamento de acordo após o início do processo, nessas hipóteses peculiares, permanece em voga, apesar de decrescido, posto que a confissão (a ser realizada judicialmente, mediante interrogatório¹²⁴) “poderá reforçar eventual condenação do acusado, além de evitar a espera da tramitação integral do processo penal” (CABRAL, 2021, p. 246).

Pois bem, considerando o objetivo primordial do ANPP em termos procedimentais, qual seja evitar a denúncia e a conseqüente instauração do rito processual, evidencia-se a considerável redução do interesse estatal na negociação explanada nos casos de *emendatio libelli* ordinária, quando, ao tempo da prolação da sentença, já se tem percorrido toda a longa fase instrutória.

Nesse raciocínio, alude Nucci (2021b, p. 759), ao discutir sobre a suspensão condicional do processo e a pertinência da mencionada Súmula n.º 337, em perspectiva perfeitamente aplicável à discussão ora construída acerca do acordo não persecutório:

Soa-nos inviável conceder a suspensão condicional do processo, por ocasião da sentença, porque houve desclassificação para infração que comportaria o benefício. Afinal, cuida-se de suspensão do processo. **Se este já tramitou, alcançando-se a fase da sentença, parece-nos incabível tornar ao início, como se nada tivesse ocorrido.** A suspensão condicional do processo é uma medida de política criminal para evitar o curso processual. Ora, não tendo sido possível, profere-se a decisão, e o julgador fixa os benefícios que forem cabíveis para o cumprimento da pena. Não vemos sentido em retornar à fase primeira, fazendo-se “desaparecer” tanto a sentença quanto a instrução. Entretanto, em posição contrária, encontra-se a Súmula 337 do Superior Tribunal de Justiça (Grifos nossos).

Inegável o teor de excepcionalidade das hipóteses ora tratadas, não obstante, percebe-se que situação completamente distinta ocorre na *emendatio* antecipada, quando, já no recebimento da exordial acusatória, o magistrado altera a classificação jurídica e o ANPP, se cabível, impedirá todo o demorado e custoso deslinde processual entre o recebimento da denúncia e a providência sentencial.

¹²⁴ Nos termos do art. 196 do CPP: “A todo tempo o juiz poderá proceder a novo interrogatório de ofício ou a pedido fundamentado de qualquer das partes”. Destaque-se que a confissão ocorrerá em ambiente judicial, porque não mais existe procedimento investigatório (PIC ou IPL) responsável por abarcar tal formalidade (BRASIL, 1941).

Assim, tal modalidade de acordo (na *emendatio* antecipada) se compatibiliza melhor com as finalidades precípua do instituto, mesmo que celebrada em momento atípico. Bem como, destaque-se, os pactos excepcionalmente firmados no contexto de *mutatio libelli* são concebíveis porquanto, em nome do princípio da isonomia, justificáveis ante a superveniência de fato modificador dos parâmetros jurídicos até então construídos.

Outra possibilidade de ANPP no curso do processo, estabelecida em dispositivo legal¹²⁵, consiste no requerimento, pelo acusado, da remessa dos autos ao órgão ministerial superior devido à negativa da propositura de acordo pelo membro ministerial originário. Recusando ofertar ao investigado a proposta não persecutória, incumbe ao ente acusatório o oferecimento da denúncia. Se, no âmbito revisional do Ministério Público, for acatado o pedido da defesa e, a *posteriori*, celebrado o acordo, bem como adimplidas as condições pactuadas, o processo penal anteriormente deflagrado pela inicial acusatória será findado (CABRAL, 2021).

Ainda, autoriza-se o pacto não persecutório tardio, durante a fase processual, quando verificado equívoco, do aparato administrativo ministerial ou decorrente de interferências externas, na notificação (convite) do investigado em sede extrajudicial.

Nesse viés, Rogério Sanches Cunha (2021) e Mauro Messias (2020) apontam os casos de (i) comprovação, pelo réu, na resposta à acusação, de ausência de notificação extraprocessual ou apresentação de justificativa que enseje dúvida razoável sobre a efetivação do convite, em prol da boa-fé processual; (ii) não localização do investigado em sede ministerial, por erro do apoio administrativo ou por inexistir compromisso do investigado em manter endereço atualizado na fase investigativa, tendo havido normalmente a posterior citação, no âmbito judicial; (iii) inexistência de resposta à notificação ou não comparecimento ao órgão ministerial (apesar de ter sido devidamente notificado o investigado), desde que antes do recebimento da denúncia-crime¹²⁶.

Por fim, tem-se a hipótese de propositura do acordo não persecutório ulterior (após instada a jurisdição criminal) relativa aos processos em curso anteriormente à vigência da Lei n.º 13.964/19. Nessas circunstâncias, discute-se até que momento, no decorrer do trâmite processual, pode ser celebrado o ANPP e quais os parâmetros retroativos do instituto consensual, sob o prisma principiológico e conceitual da ferramenta negociada, como será aclarado no tópico a seguir.

¹²⁵ Art. 28-A, CPP. § 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código (BRASIL, 1941).

¹²⁶ Tais casos excepcionais vêm sendo aceitos pelo Centro de Apoio Operacional Criminal (CAO-Crim) do Ministério Público do Estado de São Paulo (SÃO PAULO, 2020b, p. 12).

4.4 RETROATIVIDADE AOS CASOS PRÉVIOS À LEI N.º 13.964/19: IMPLICAÇÕES LÓGICO-PROCESSUAIS E CONCEITUAIS

A fim de tecer reflexões acerca das balizas retroativas aplicáveis ao instrumento negocial sedimentado no art. 28-A do CPP, torna-se imprescindível ter como ponto de partida o pressuposto, outrora fixado, relativo à natureza híbrida do acordo de não persecução penal. Ao versar sobre extinção da punibilidade e sobre competência do juízo de execução criminal¹²⁷, por exemplo, resta evidente a ambivalência normativa (material e processual) conferida ao instituto pela Lei n.º 13.964/19 (BRANQUINHO; PAULINO, 2020).

Cumprido observar, preliminarmente, que a aplicação das normas penais, guiada pela máxima *tempus regit actum*, preceitua a observância da lei penal vigente quando da prática de determinado ato ilícito. Nesta senda, em nome da segurança jurídica e da anterioridade da lei penal¹²⁸, com a finalidade de proteger o cidadão contra o arbítrio estatal (por meio da criminalização, pelo legislador, de novas condutas até então lícitas), a irretroatividade da lei penal¹²⁹ exala uma vedação à retroatividade desfavorável, denotando uma exigência ético-política e ético-penal (PRADO, 2021).

Por outro lado, a retroatividade e a ultratividade da lei penal mais benéfica, quando se atribui eficácia retroativa e ultrativa à norma penal favorável, aplicando-a a fatos anteriores e posteriores ao período de sua vigência, exalam uma exceção à regra da irretroatividade *in pejus*, motivada por razões humanitárias, libertárias, equitativas e isonômicas (PRADO, 2021).

Destarte, saliente-se que em meio a tais questões de direito penal intertemporal, transitório ou de sucessão de leis materialmente penais no tempo¹³⁰, identificar a benignidade ou a severidade de dada normativa penal engloba o exame de elementos pontuais, como demonstra Bitencourt (2021, p. 102):

Toda lei penal, seja de natureza processual, seja de natureza material, que, de alguma forma, amplie as garantias de liberdade do indivíduo, reduza as proibições e, por

¹²⁷ Para fiscalizar a execução das condições assumidas pelo investigado, nos termos do art. 28-A, § 6º do CPP.

¹²⁸ Ou *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, acolhido pelo art.5º, XXXIX da Constituição Federal, que dispõe: “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal” (BRASIL, 1988).

¹²⁹ Art. 5º, XL, CF - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu. Nesse contexto, ressalta Bitencourt (2021, p. 101) que “o princípio da irretroatividade da lei penal limita-se às normas penais de caráter material, entre as quais se incluem aquelas relativas às medidas de segurança, que, indiscutivelmente, integram a seara do direito penal material” (BRASIL, 1988).

¹³⁰ Sobre isso, deslinda Prado (2021, p. 262): “Em suma, a lei penal mais benéfica é a única que tem extra-atividade: é retroativa quando posterior e *ultrativa* quando anterior. *Contrario sensu*, assenta-se a regra da não extra-atividade das leis penais mais gravosas”.

extensão, as consequências negativas do crime, seja ampliando o campo da licitude penal, seja abolindo tipos penais, seja refletindo nas excludentes de criminalidade ou mesmo nas dirimentes de culpabilidade, é considerada lei mais benigna, digna de receber, quando for o caso, os atributos da retroatividade e da própria ultratividade penal. (...) Por outro lado, toda lei penal, que, de alguma forma, represente um gravame aos direitos de liberdade, que agrave as consequências penais diretas do crime, criminalize condutas, restrinja a liberdade, provisoriamente ou não, caracteriza lei penal mais grave e, conseqüentemente, não pode retroagir.

A análise da lei processual penal no tempo, por sua vez, envolve a entrada em vigor da nova normativa simultaneamente à respectiva edição legislativa, isto é, uma vez que a norma processual não criminaliza condutas, não há *vacatio legis* entre a edição e a correspondente entrada em vigor¹³¹. Há, assim, a aplicação imediata do texto processual, o qual passa a incidir nos processos em andamento, não interferindo, todavia, nos atos finalizados regidos pela lei antecedente (NUCCI, 2021b).

Além disso, figuram no ordenamento pátrio normas processuais penais materiais ou mistas ou, ainda, híbridas, as quais regulamentam atos atrelados ao trâmite processual criminal (abrangendo as etapas investigativa e persecutória jurisdicional propriamente dita) e, concomitantemente, apresentam forte teor de direito penal, porquanto intimamente relacionadas a normas substanciais, de direito material. Em razão do impacto dessas espécies normativas processuais no campo do direito penal, uma vez caracterizadas como benignas ao jurisdicionado, devem retroagir (NUCCI, 2021b).

Nesta senda, por evidente, o acordo de não persecução penal trazido pela Lei n.º 13.964/19, em decorrência de sua natureza normativa híbrida e por denotar *novatio legis in melius*, conta com efeitos retroativos¹³², devendo alcançar os casos em desenvolvimento quando da edição legislativa que inaugurou o instituto negocial no ordenamento brasileiro.

No entanto, vigora hodiernamente, tanto no âmbito doutrinário quanto no jurisprudencial, um complexo dissenso acerca do momento processual limítrofe para apresentação do ANPP nos processos em curso anteriormente à vigência da Lei Anticrime: (i) mesmo após o trânsito em julgado de decisão penal condenatória; (ii) a qualquer tempo prévio ao trânsito em julgado; (iii) enquanto não sentenciado o litígio criminal; (iv) no máximo durante o início da instrução processual; (v) somente até o recebimento da denúncia.

¹³¹ Art. 2º, CPP. A lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior (BRASIL, 1941).

¹³² Pela retroatividade do ANPP, enquanto norma que reverbera no *ius puniendi* estatal (e não apenas mera reguladora de procedimento), entendem Rogério Sanches Cunha (2021), Mauro Messias (2020), João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2020), Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021) e outros.

A primeira corrente, encarando a máxima retroatividade da lei penal benéfica, atropelando os ditames protetivos da coisa julgada e da segurança jurídica, inerentes ao Estado Democrático de Direito, defende que a Lei instituidora do negócio jurídico despenalizador materialize a aplicação retroativa da norma posterior favorável ilimitadamente, à luz do art. 5º, XL da Constituição Federal e do art. 2º, parágrafo único do Código Penal¹³³.

Sob tal óptica, nem mesmo o trânsito em julgado de sentença penal condenatória possuiria o condão de inibir os efeitos retroativos do art. 28-A do CPP, devendo a defesa, nos casos pretéritos à vigência da Lei n.º 13.964/19 e já sentenciados (não definitivamente), requerer a conversão do julgamento em diligência (MARTINELLI; BEM, 2020).

Em relação às condenações definitivas, João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem (2020) distinguem as consequências do ANPP para os condenados em execução da pena e para os que já cumpriram a sanção penal. Enquanto seria pertinente, aos primeiros, suspender o cumprimento da pena em execução e substituir o montante restante dessa pena cominada por condições pactuadas no bojo do acordo¹³⁴, àqueles que já cumpriram a integralmente a pena, por seu turno, a retroação do ANPP somente findaria os efeitos acessórios da condenação, não se cogitando a negociação de condições, sob pena de ocasionar *bis in idem*.

Nessa última hipótese, os referidos autores suscitam que o defensor do acusado cuja pena foi totalmente executada deve peticionar ao juízo de execução penal, a fim de obter parecer do órgão acusatório acerca do exame *in abstracto*, considerando o tempo do fato ilícito, quanto ao enquadramento hipotético do condenado nos requisitos do art. 28-A do CPP (MARTINELLI; BEM, 2020).

Ademais, ante a evidente impossibilidade, factível e teórica, de alterar todas as condenações passadas em razão da nova legislação regulamentadora do pacto não persecutório, os mencionados doutrinadores afastam uma eventual eficácia regressiva infinita atribuível à norma, delimitando a análise ministerial (sobre o cabimento de proposta negocial) somente aos casos passados

[...] em que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos anteriores à existência da Lei n. 13.964/2019, de sorte que o quinquídio corresponderia ao prazo expurgador da reincidência. Como nesse período persistem os efeitos secundários da condenação, é cogente a atuação ministerial por meio do

¹³³ Art. 2º, CP. Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória.

Parágrafo único - A lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado (BRASIL, 1940).

¹³⁴ Em interpretação analógica ao caput do art. 2º do CP. De forma que, adimplidas as condições negociadas, a extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 28-A, § 13 do CPP, incidiria sobre os efeitos secundários da condenação penal, mormente não formando maus antecedentes e não propiciando a configuração de reincidência (MARTINELLI; BEM, 2020).

acordo para arrefecer eventuais danos decorrentes de nova prática delitiva. Em síntese, eventual concretização do acordo recobriria o agente de primariedade (MARTINELLI; BEM, 2020, *online*).

Por sua vez, outro viés doutrinário pontua, sob distinto espectro, o trânsito em julgado da condenação como marco processual máximo para celebração da ferramenta de não persecução penal, de modo que a qualquer tempo no curso do trâmite processual serão admitidas as negociações alternativas não persecutórias, desde que não tenha transitado em julgado a decisão condenatória *in casu*.

Nesse sentido, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, filiada a tal linha de pensamento até meados do primeiro trimestre do corrente ano, aproximadamente, concebia a retroatividade do acordo aos processos iniciados antes da Lei n.º 13.964/19 que ainda não possuíssem o atributo da coisa julgada¹³⁵.

Assim, em nome da natureza jurídica híbrida e da retroatividade da *novatio legis in mellius*, tal concepção vislumbra no trânsito em julgado da decisão condenatória o limite procedimental até o qual se permite incidir a negociação relativa ao ANPP, não obstante o teor de negócio jurídico pré-processual (logo, inerente à fase investigativa) do instituto¹³⁶. Nesse

¹³⁵ Como ilustram os seguintes julgados: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FRAUDE À LICITAÇÃO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PACOTE ANTICRIME. ART. 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NORMA PENAL DE NATUREZA MISTA. RETROATIVIDADE A FAVOR DO RÉU. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DECISÃO RECONSIDERADA. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. 1. É reconsiderada a decisão inicial porque **o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)**. 2. Agravo regimental provido, determinando a baixa dos autos ao juízo de origem para que suspenda a ação penal e intime o Ministério Público acerca de eventual interesse na propositura de acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do CPP (introduzido pelo Pacote Anticrime - Lei n. 13.964/2019)” (BRASIL, 2020b, Grifo nosso); “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM DILIGÊNCIA. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. SOMA DAS PENAS MÍNIMAS SUPERIOR A 4 ANOS. ART. 28-A DO CPP. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. VÍCIOS INEXISTENTES. MERA REDISCUSSÃO. EMBARGOS REJEITADOS. 1. **O cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF)**. 2. O pedido de conversão do julgamento em diligência deve ser indeferido em razão de o embargante ter sido denunciado e condenado como incurso nos artigos 33, caput, e 35 da Lei n. 11.343/2006, cujas penas mínimas somadas totalizam patamar superior a 4 anos, não se verificando o preenchimento dos requisitos para o benefício previsto no art. 28-A do CPP.(...) 5. Embargos de declaração rejeitados” (BRASIL, 2021e, Grifo nosso).

¹³⁶ Como reconhecido pelo próprio STJ ainda em agosto do ano passado: “(...) a Lei n. 13.964/2019 (comumente denominada como ‘Pacote Anticrime’) refletiu no trabalho do membro do Ministério Público, em especial ao criar o art. 28-A do Código de Processo Penal, que prevê o instituto do acordo de não persecução penal. Embora não seja propriamente uma novidade, porquanto já prevista como política criminal na Resolução n. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (alterada pela Resolução n. 183/2018 do CNMP), o acordo de não persecução penal inaugura nova realidade no âmbito da persecução criminal. Em síntese, consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos” (BRASIL, 2020c).

rumo, cumpre observar a aderência da 2ª Câmara de Revisão do Ministério Público Federal (BRASIL, 2020a) à tese *sub examine*:

Enunciado n.º 98 da 2ª CCR. 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 (Grifo nosso).

Adiante, situando-se de forma intermediária entre os cinco posicionamentos ora aprofundados, tem-se a corrente, com relevante expressividade na doutrina pátria, segundo a qual o pacto não persecutório pode ser firmado, excepcionalmente, ressalte-se, aos processos pretéritos à Lei Anticrime não sentenciados. Isto é, após a prolação da providência jurisdicional condenatória, não haveria de se falar em ANPP, pois, uma vez que já formulada a devida resposta estatal à prática delitiva, restariam esgotados os intentos da ferramenta negocial, enfaticamente os relativos à economia processual e à celeridade.

Destarte, após o sentenciamento da demanda criminal, o escopo da confissão do acusado, qual seja a colaboração com o Ministério Público para efetividade político-criminal (através da celebração de negócio jurídico extraprocessual e consensual), seria esvaziado. Ainda, tem-se que na fase recursal, iniciada com a sentença proferida, sobeja findada a jurisdição ordinária, o que impossibilita, ante a higidez da decisão sentenciada, o retorno dos autos ao primeiro grau para eventual celebração do acordo (CABRAL, 2021).

Tal posição, simpatizante com a sentença como limite à retroatividade do ANPP, encontra vasto supedâneo tanto no âmbito jurisprudencial, como no acadêmico-doutrinário. Eis que, por exemplo, a Portaria Conjunta n.º 20/2020 do Tribunal de Justiça de Minas Gerais e do Ministério Público de Minas Gerais (MINAS GERAIS, 2020)¹³⁷ enxerga a questão por esse ângulo, assim como Aury Lopes Junior e Higyna Josita (2020), Mauro Messias (2020), Raquel Branquinho e Galtiênio da Cruz Paulino (2020), Rogério Sanches Cunha (2021) e Rodrigo Leite Ferreira Cabral (2021) entendem pela possibilidade da propositura do ANPP aos processos em

¹³⁷ Apesar de revogada pela Portaria Conjunta nº 29/PR-TJMG/2021, a qual não trata especificamente da retroatividade do ANPP, vale mencionar o teor do art. 2º da Portaria Conjunta nº 20/PR-TJMG/2020: “Os Juízes de Direito com competência em matéria criminal deverão determinar às respectivas Secretarias Judiciais, que em até 60 (sessenta) dias, identifiquem os processos ainda não sentenciados, e inquiridos em andamento, que se amoldam aos rigores previstos no artigo 28-A ‘caput’ do Código de Processo Penal” (MINAS GERAIS, 2020).

curso quando da vigência da Lei n.º 13.964/19, desde que não ocorrido o advento da sentença penal condenatória.

Nesta senda, o argumento basilar do supracitado pensamento doutrinário consiste na adoção, em interpretação analógica, do entendimento dado à suspensão condicional do processo penal, prevista no art. 89 da Lei n.º 9.099/95¹³⁸, quando de sua entrada em vigor. Permite-se, consoante este discernimento, o cabimento do *sursis* processual aos processos anteriores à referida normativa, desde que neles inexista sentença penal condenatória, em razão de restar prejudicado, após a condenação, o propósito pelo qual foi criado o instituto (afastar a estipulação de pena privativa de liberdade) (CUNHA, 2021).

Da mesma forma, em relação ao ANPP, vislumbram-se limitações à retroatividade da norma penal mais benéfica decorrentes da fase processual em que se encontra a *persecutio criminis*. Assim, aplicar-se-ia ao acordo de não persecução penal do art. 28-A do CPP o enunciado fixado na Tese 5 da Jurisprudência em Teses n.º 96 do Superior Tribunal de Justiça¹³⁹, já que deveras semelhante, quanto à intenção de ampliação de uma justiça penal consensual, aos institutos previstos na Lei n.º 9.099/95 (MESSIAS, 2021).

Ainda, sob distinta óptica, cumpre realçar a corrente que estabelece o início da instrução processual como marco temporal máximo para que possa ser apresentado o pacto não persecutório nos casos prévios à Lei Anticrime. Ao tentar harmonizar a retroatividade da norma penal material com os objetivos do acordo de não persecução penal, o Ministério Público de Minas Gerais, regulamentando a nova ferramenta negociada introduzida em nosso ordenamento pela Resolução n.º 181/2017 do CNMP, sedimentou a adesão ao limite instrutório através da Recomendação CGMP n.º 2, de 26 de abril de 2019, nos seguintes termos:

Art. 6º. Aplica-se aos processos em curso, enquanto não iniciada a instrução judicial (ou seja, até a oitiva da primeira testemunha em juízo), o disposto nesta Recomendação.

§1º Celebrado, homologado e integralmente cumprido o acordo nos casos do caput deste artigo, o Ministério Público **requererá a absolvição sumária do acusado**, nos termos do art. 397, IV do Código de Processo Penal.

§2º Descumprido, ainda que parcialmente, o acordo, **o Ministério Público velará para que o processo seja regularmente instruído**, observado o disposto no art. 4º, §6º, desta Recomendação.

§3º Na hipótese do caput deste artigo, deixando o Juiz de homologar o acordo, o órgão de execução requererá a remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, por

¹³⁸ Reconhecida, no julgamento do Inquérito n. 1055 pelo Plenário do STF, como norma processual com consequências jurídicas penais benéficas, ao abarcar medidas despenalizadoras como a transação penal (art. 76) e o *sursis* processual (art. 89). Assim, o estatuto dos Juizados Especiais (Lei n.º 9.099/95) apresenta caráter híbrido e, portanto, possui incidência imediata e retroatividade virtual.

¹³⁹ Jurisprudência em Teses n.º 96: “5) Opera-se a preclusão se o oferecimento da proposta de suspensão condicional do processo ou de transação penal se der após a prolação da sentença penal condenatória” (BRASIL, 2018).

incidência analógica do art. 28 do Código de Processo Penal (MINAS GERAIS, 2019, p. 4, Grifos nossos).

A última linha de pensamento, por sua vez, sustenta que a retroatividade do pacto não persecutório se aplica apenas aos processos (iniciados antes da Lei n.º 13.964/19) situados em etapa investigativa ou cuja denúncia-crime ainda não tenha sido recebida. Nesse viés, tal corrente argui que eventual ANPP celebrado em momento processual póstumo ao recebimento da exordial acusatória afrontaria diretamente a natureza e o desiderato do acordo, o qual almeja obstar a instauração da persecução criminal processual e a subsequente discussão relativa à culpa do réu (BRANQUINHO; PAULINO, 2020).

Destaque-se, por oportuno, a aquiescência desse posicionamento teórico, que fixa o recebimento da denúncia (marco processual enfático situado no início da persecução penal processual) como baliza para a proposta do acordo retroativamente, por distintos órgãos ministeriais nacionais. Assim, em interpretação ao art. 28-A do CPP, o Enunciado n.º 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ)¹⁴⁰ e o Enunciado n.º 30 da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo (CGMP)¹⁴¹ robustecem tal linha doutrinária.

Outrossim, faz-se mister ressaltar que a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, com unanimidade, vem adotando tal linha de entendimento¹⁴², reforçando que a eficácia retroativa do art-28-A do CPP, norma de caráter híbrido, não é ilimitada, devendo observar o recebimento da denúncia como marco temporal máximo para análise quanto ao cabimento do instituto negociado, a fim de velar pelo intento mor do pacto consensual, qual seja evitar a via processual, não só suspender o prosseguimento desta, como ilustram os julgados a seguir:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS.
1. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE APLICAÇÃO
RETROATIVA. NÃO CABIMENTO. INSTITUTO PRÉ-PROCESSUAL.
DIRECIONADO AO INVESTIGADO. 2. ISOLAMENTO DOS ATOS
PROCESSUAIS. RETROATIVIDADE LIMITADA. PROCESSOS SEM

¹⁴⁰ Enunciado n.º 20 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPJ) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM): “(ART. 28-A) Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei n.º 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia” (CNPJ; GNCCRIM, 2020, p.6).

¹⁴¹ Enunciado n.º 30 da Procuradoria-Geral de Justiça (PGJ) e da Corregedoria-Geral do Ministério Público de São Paulo (CGMP): “Aplica-se o artigo 28 do CPP nos casos em que, oferecida a denúncia, o juiz entenda cabível a proposta de acordo de não persecução penal” (SÃO PAULO, 2020a, p.4).

¹⁴² No mesmo sentido, vide: STJ - AgRg no HC 646.952/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 07/05/2021; STJ - EDcl no AgRg no AREsp 1798892/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 04/05/2021, DJe 07/05/2021; STJ - AgRg no HC 627.709/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021; STJ - AgRg no HC 644.088/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021; STJ - AgRg no REsp 1898529/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021 e outros.

DENÚNCIA RECEBIDA. 3. INSTITUTO QUE VISA OBSTAR A PERSECUÇÃO PENAL. PERSECUÇÃO JÁ OCORRIDA. CONDENAÇÃO CONFIRMADA. APLICAÇÃO DESCABIDA. 4. PROJETO DE LEI QUE PREVIA INSTITUTO PARA A FASE PROCESSUAL. NÃO APROVAÇÃO PELO CONGRESSO NACIONAL. ESPECIFICIDADE DE CADA INSTITUTO A DEPENDER DO MOMENTO PROCESSUAL. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA E SISTEMÁTICA. COERÊNCIA E ALCANCE DA NORMA. 5. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do *tempus regit actum*, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica. 2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos em que ainda não foi apresentada denúncia, conforme enunciado n. 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia". 3. "Descabida a aplicação retroativa do instituto mais benéfico previsto no art. 28-A do CP (acordo de não persecução penal) inserido pela Lei n. 13.964/2019 quando a persecução penal já ocorreu, estando o feito sentenciado, inclusive com condenação confirmada por acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça no caso em tela" (AgRg no REsp 1860770/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). Precedentes. 4. O Projeto de Lei 882/2019 também previa a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" - não aprovado pelo Congresso Nacional -, o qual apenas poderia ser proposto após o recebimento da denúncia ou queixa e até o início da instrução processual, o que revela a especificidade de cada instituto, a depender do momento processual. Nessa linha de inteligência, não tendo ocorrido a implementação integrada dos institutos, ou mesmo a indicação de regra de transição, cabe ao Judiciário firmar compreensão teleológica e sistemática, que melhor reflita a coerência e o alcance da norma trazida no art. 28-A do Código de Processo Penal. **Assim, é possível sua aplicação retroativa apenas enquanto não recebida a denúncia.** 5. É verdade que parte da doutrina vem entendendo pela possibilidade de aplicação da regra nova aos processos em andamento. Todavia, mesmo que se entenda pela aplicação da orientação dada à Lei 9.099/1995 na ADIN 1.769 (STF - Pleno), o limite temporal da retroatividade a ser utilizado será a sentença condenatória (STF, HC 74.305-SP (Plenário), Rel. Min. Moreira Alves, decisão 9.12.96; HC 74.856-SP, Rel. Min. Celso de Mello, "DJ" 25.4.97; HC 74.498-MG, Rel. Min. Octavio Gallotti, "DJ" 25.4.97 e HC 75.518-SP, Rel. Ministro Carlos Velloso, 02.05.2003). - Recentemente, a Suprema Corte de Justiça Nacional, no HC nº 191.464-SC, da relatoria do Ministro ROBERTO BARROSO (DJe 18/09/2020) - que invocou os precedentes do HC nº 186.289-RS, Relatora Ministra CARMEN LÚCIA (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, Relator Ministro MARCO AURÉLIO (DJe 21/02/2020) - externou a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação. 6. **Mostra-se incompatível com o propósito do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) quando já recebida a denúncia e já encerrada a prestação jurisdicional nas instâncias ordinárias, com a condenação dos acusados.** 7. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento (BRASIL, 2020d, Grifos nossos).

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE. DENÚNCIA JÁ RECEBIDA. INAPLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. **Conforme atual jurisprudência uníssona desta Corte Superior, a possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal,**

previsto no artigo 28-A do CPP, inserido pela Lei n. 13.964/2019, é restrita aos processos em curso até o recebimento da denúncia [...] (BRASIL, 2021c, Grifos nossos).

Insta elucidar, ademais, que a pretérita divergência entre a Sexta e a Quinta Turmas do Superior Tribunal de Justiça foi superada¹⁴³, de modo que o prévio entendimento pela admissão da retroatividade do acordo aos processos em curso não transitados em julgado foi abandonado pela Sexta Turma, fixando-se, com prevalência no âmbito do STJ, o recebimento da denúncia como marco temporal limítrofe à propositura do ANPP¹⁴⁴.

Pois bem, em prol de solucionar o impasse configurado no hodierno cenário processual penal, deve-se partir da natureza híbrida do instituto ora analisado, a qual impõe a observação harmonizada dos princípios *tempus regit actum* e da retroatividade da *lex mitior*, de modo que um não se sobreponha ao outro.

Com isso, resultam descartadas as hipóteses de (i) incidência exclusiva do ANPP aos fatos surgidos somente após 23/01/2020¹⁴⁵ e de (ii) alcance retroativo infinito da ferramenta compromissória, aplicando-se, inclusive, aos casos prévios à Lei n.º 13.964/19 transitados em julgado. Isto é, há eficácia retroativa do pacto não persecutório, mas ela não é ilimitada, em razão da natureza processual e material, ou mista, da norma que o estabeleceu.

Uma vez que o legislador não fixou os termos da retroatividade do ANPP, definir, doutrinária ou jurisprudencialmente, marcos processuais limítrofes (como o início da instrução processual, a prolação de sentença penal condenatória ou o trânsito em julgado da lide criminal) denota atividade meramente discricionária e desarrazoada. Dado que tais posicionamentos não

¹⁴³ Consoante corroboram os seguintes julgados: STJ - AgRg no AREsp 1561858/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 18/05/2021 (BRASIL, 2021a); STJ - AgRg no REsp 1840572/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 30/04/2021 (BRASIL, 2021d); STJ - AgRg no HC 615.739/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 28/04/2021 (BRASIL, 2021b).

¹⁴⁴ Eis que: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. SUBSISTÊNCIA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO. RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS ACOLHIDOS, SEM EFEITOS MODIFICATIVOS. 1. No julgamento do HC 628.647/SC em 9/3/2021, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria de votos, alinhando-se ao entendimento da Quinta Turma, firmou compreensão de que, considerada a natureza híbrida da norma e diante do princípio *tempus regit actum* em conformação com a retroatividade penal benéfica, o acordo de não persecução penal incide aos fatos ocorridos antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019 desde que ainda não tenha ocorrido o recebimento da denúncia. 2. Recebida a denúncia em 26/4/2010, não se aplica o acordo de não persecução penal, nos termos do art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/2019, sendo irrelevante a subsistência apenas da condenação por associação por tráfico, cuja pena poderia ensejar a proposta pelo Ministério Público. 3. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos modificativos” (BRASIL, 2021f, Grifo nosso).

¹⁴⁵ Data da vigência da Lei n.º 13.964/19, após os trinta dias de *vacatio legis* da data de sua publicação, 23/12/2019.

se fundamentam inteiramente na retroatividade benéfica, nem exalam solução razoável atestadora do cumprimento das finalidades do ANPP¹⁴⁶.

Ademais, convém pontuar que o argumento analógico à interpretação da suspensão condicional do processo, sustentado pela tese defensora da sentença como limite retroativo do ANPP, não merece prosperar. Isso porque a relevante distinção entre tais institutos consensuais inviabiliza a utilização da mesma solução hermenêutica para ambos, levando-se em conta que o *sursis* processual foi concebido para suspender um processo em andamento e evitar a pena privativa de liberdade¹⁴⁷, enquanto o art. 28-A do CPP pretende afastar a denúncia, inibindo o início e, conseqüentemente, todo o deslinde processual. Logo, cogitar esse último após percorrer considerável parte do demorado trâmite judicial, quando prestes à prolação da sentença, mostra-se completamente impertinente.

Não se pode olvidar, nessa linha, que retroagir até antes da sentença significa prejudicar os intuits político-criminais do ANPP. Ao permitir que um processo na iminência de sentenciamento, o qual já tramitou e despendeu custos (financeiros, humanos e temporais) do Estado, retorne ao crivo ministerial para concretizar uma resposta estatal alternativa (negocial) ao provimento judicial (que estava quase prolatado), demandando mais tempo e mais gastos, tal corrente enseja um movimento de política-criminal inversa, autodestrutiva.

De mais a mais, à luz da bilateralidade do negócio jurídico não persecutório, evidencia-se o esvaziamento progressivo do interesse estatal, representado pelo órgão do Ministério Público, em acordar com o réu após instaurado o processo penal, seja no começo da fase instrutória, anteriormente à sentença, até o trânsito em julgado ou a qualquer tempo após este. Pois, consoante elucidado acima, o ANPP deve ser celebrado em ambiente investigativo, não tendo sido acolhida pelo ordenamento a figura do "Acordo de Não Continuidade da Ação Penal" nos termos do Projeto de Lei n.º 882/19.

Não obstante a afeição desta obra pelas vias penais consensuais, negociadas e díspares dos preceitos de um *ius puniendi* hipertrofiado, necessita-se aplicar a ferramenta de política criminal ora estudada conscientemente, de modo a preservar a principiologia processual penal

¹⁴⁶ Torna-se impossível atestar que o trâmite processual entre o recebimento da denúncia e os instantes prévios à sentença, por exemplo, consiste em flexibilização razoável, ainda que excepcional, que vela pela celeridade e pela economia almejadas pelo acordo de não persecução penal, assim como foi pensado. Não resta assegurado, portanto, que os custos despendidos nessa fase processual e os evitados no decorrer do rito judicial se equilibrariam, garantindo a vantajosidade do acordo neste íterim. Ou, por sua vez, entender que tal lapso seria ofensivo às intenções do pacto, devendo o início da instrução processual ser o marco adequado, por contemplar os referidos propósitos, ainda que atenuados, também é solução dúbia e inconsistente.

¹⁴⁷ Conforme precedentes do STF, vide STF – HC 74463, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 10/12/1996, DJ 07-03-1997 PP-05402 EMENT VOL-01860-03 PP-00404 RTJ VOL-00169-03 PP-00981 (BRASIL, 1996).

e os propósitos inerentes ao recente instrumento despenalizador inserido no sistema jurídico pátrio.

Ainda, não há de se falar em tratamento desigual entre a celebração do ANPP com indivíduo cuja denúncia não foi recebida e a não negociação com réu, nas mesmas circunstâncias (mesmo fato delitivo e correspondência com os pressupostos do art. 28-A, CPP), após o recebimento da exordial acusatória. Não há violação à isonomia porquanto a relação disciplinada pelo ANPP concerne, notadamente, a agentes investigados, não processados¹⁴⁸.

Reitere-se, outrossim, que definir momento após a denúncia para retroação do acordo se perfaz discricionário/arbitrário, exigindo-se o sopesamento do *tantum* processual já percorrido *versus* o que tem a ser percorrido para, então, analisar caso a caso o percentual de vantajosidade na celebração do pacto, o que seria inexequível. Nas palavras de Fischer (2020), “não há ‘meia retroatividade penal’ mais benéfica”.

Por fim, urge mencionar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca da discussão aqui tecida. Malgrado a questão da retroatividade do acordo de não persecução penal tenha sido remetida, ainda em setembro de 2020, pelo Min. Gilmar Mendes¹⁴⁹, à deliberação pelo Plenário da Egrégia Corte Suprema, alguns julgados posteriores¹⁵⁰, no mesmo feitio deste trabalho, atestam que o ANPP é aplicável aos fatos prévios à lei que o instituiu, somente se não recebida a denúncia, conforme pontua o seguinte precedente:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ART. 28-A DO CPP). RETROATIVIDADE ATÉ O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada **lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum***. 2. **O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia**. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, **a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia**. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a **fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a**

¹⁴⁸ Esclarece Douglas Fischer (2020, *online*): “Há possibilidade de se dizer que violaria a isonomia não aplicar os benefícios legais a quem cometeu o mesmo crime (ou preencheria em tese os requisitos da lei), um antes da nova lei, outro depois. Um equívoco, respeitosamente: **a isonomia deixa de existir se houver o recebimento da denúncia para situações que não são idênticas segundo o constitucional tratamento trazido pelo legislador**. A relação processual penal trata de alguém que está sendo processado e outro que não está” (Grifo nosso).

¹⁴⁹ No julgamento do Habeas Corpus 185.913/DF (BRASIL, 2020f).

¹⁵⁰ Cite-se, mais recentemente, o AgReg no RHC 198.557/SC (BRASIL, 2021h) e o AgReg no HC 190.855/PE (BRASIL, 2021g).

fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”
(BRASIL, 2020e, Grifos nossos).

Em virtude dessas considerações, a problemática ora enfrentada evidencia que o acordo de não persecução penal, norma híbrida, material e processual, exala uma retroatividade condicionada: acarreta benesses penais desde que não haja processo (FISCHER, 2020).

Assim, assegurando os escopos do instituto negocial, garantindo a retroatividade da lei penal benéfica e fomentando interpretação isonômica e favorecedora de segurança jurídica ao debilitado sistema de justiça criminal brasiliense, constata-se que o acordo de não persecução penal apenas é aplicável, retroativamente, aos processos em curso, quando da vigência da Lei n.º 13.964/19, desde que não recebida a denúncia.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o exame de instrumentos de negociação criminal sedimentados na Alemanha, na Itália e nos Estados Unidos, vislumbra-se que a construção de respostas estatais alternativas, distintas do usual processo penal jurisdicional, não é exclusividade de países do *common law*. Com isso, verifica-se que o sistema acusatório brasileiro, marcado pela obrigatoriedade da ação penal, tal qual os modelos alemão e italiano, ambos de *civil law*, não apresenta quaisquer óbices à ampliação de ferramentas consensuais, mormente quando veladas as garantias do investigado, em especial a dignidade da pessoa humana, como no Acordo de Não Persecução Penal.

Adentrando na introdução do ANPP no ordenamento jurídico pátrio, nota-se o deslinde do instituto inicialmente regulamentado por normativas do Conselho Nacional do Ministério Público e, posteriormente, aperfeiçoado mediante a Lei n.º 13.964/19, consagrando o vigente art. 28-A do Código de Processo Penal.

Tal dispositivo, considerado norma de caráter híbrido, uma vez que possui natureza penal (material) e processual penal, mostra-se significativamente distinto do *plea bargaining* estadunidense, especialmente quando comparados quanto ao descumprimento negocial, à previsão de encarceramento como possibilidade de obrigação assumida pelo promissário, à gravidade dos crimes compatíveis com cada prática negocial e à percepção da confissão. Assim, restam afastadas as equivocadas teses doutrinárias que equiparam o ANPP à resolução pactuada norte-americana assentada na *plea bargain*.

No tocante à principiologia relacionada com o acordo não persecutório, observa-se, com supedâneo no acervo doutrinário e na análise de dispositivos constitucionais e legais do Código Penal e do Código de Processo Penal, que a aplicação do instituto negocial ora *sub examine* não ofende o princípio acusatório, bem como não viola a inafastabilidade da jurisdição, o devido processo legal e seus corolários (contraditório e ampla defesa).

Ao contrário, resta demonstrado que o ANPP, ao não tratar de penas imputadas, mas de condições acordadas, e ao velar pela transparência nas tratativas consensuais, pela imprescindibilidade da participação da defesa do investigado nas negociações e pela autonomia do promissário (sendo pressuposto do pacto o consentimento livre e informado desse último), resulta no reforço dos supramencionados preceitos fundamentais.

Em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, ante a impossibilidade pragmática da denúncia automática (plena obrigatoriedade) e a incoerência teórica da absoluta discricionariedade (oportunidade pura), evidencia-se a hodierna tendência adepta à

discricionariedade regrada, segundo a qual se opta por uma obrigatoriedade flexibilizada por critérios legais uniformes e isonômicos.

Ainda, constata-se que o acordo não persecutório coaduna com o postulado da presunção de inocência, mormente quando observado o tratamento dado pela ferramenta negocial à confissão do compromissário. Outrossim, elucida-se a compatibilidade do ANPP com os preceitos da celeridade, da eficiência, da proporcionalidade e da economia processual, de modo que, à luz da técnica exegética da ponderação de valores, faz-se crucial a harmonização entre garantias processuais e a resposta penal alternativa à prática delitiva, nos termos da proposta consensual do art. 28-A do CPP.

Ato contínuo, no que tange à natureza jurídica do acordo em tela, tem-se que o instituto consensual abarcado pela Lei n.º 13.964/19 expressa um *Alternative Dispute Resolution – ADR*, com teor de negócio jurídico extraprocessual e de instrumento de política criminal indispensável.

Isso porque o ANPP se enquadra no conceito de negócio jurídico dado por Pontes de Miranda (ao passo que reúne pressupostos de existência, de validade e de eficácia, pautando-se no firmamento de obrigações recíprocas entre as partes pactuantes, atreladas em decorrência de prévia prática delitiva e guiadas pela autonomia da vontade, pela boa-fé objetiva e pela lealdade), cujas tratativas ocorrem fora do ambiente processual.

Bem como exala imprescindível mecanismo político-criminal extrajudicial de enfrentamento à criminalidade, tendo em conta uma perspectiva funcionalista do Direito Penal, vislumbrada por Claus Roxin, a qual não renuncia da proteção de direitos e garantias fundamentais na concretização de finalidades político-criminais. Nesta senda, sublinha-se o pacto não persecutório voltado às intenções de celeridade, de legitimidade, de eficácia e de redução de custos na resposta estatal alternativa (consensual e extraprocessual) ao cometimento de um delito, contribuindo para descongestionar o caótico sistema de justiça criminal pátrio e permitindo que o aparato jurisdicional se atenha aos casos mais gravosos, com os recursos financeiros e humanos direcionados a esses últimos.

No que concerne à aplicabilidade do art. 28-A do CPP, a partir do exame minucioso das condições e dos requisitos objetivos e subjetivos do acordo, ressalta-se que a proposta negocial pressupõe a *opinio delicti* positiva do órgão ministerial, restando verificados os elementos mínimos de autoria e de materialidade (justa causa) aptos a ensejar a persecução penal processual. Frise-se, ainda, que a norma consolidada pela Lei n.º 13.964/19 permite o exercício de uma política-criminal norteadada pela discricionariedade regrada, buscando propiciar uma resolução suficiente e necessária à reprovação e à prevenção do delito, vedando a omissão do

Parquet quanto à existência de evidência favorável ao investigado e almejando, ao máximo, inibir abusos/excessos, como os vivenciados em práticas negociais alienígenas (a exemplo da *overcharging* e do *bluffing*).

No contraste do ANPP com outros mecanismos consensuais pátrios, infere-se que as semelhanças entre esse e a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada são notórias, porquanto sedimentam uma justiça criminal lastreada no consenso, afastando-se da cultura processual e hipertrofiada do Direito Penal.

No entanto, diferenças pontuais são notadas, além do quantitativo de pena cominada em abstrato, especialmente a exigência da confissão formal e circunstanciada no acordo (inexistente na transação e na suspensão), a contraprestação assumida pelo membro ministerial de não denunciar no pacto (enquanto na suspensão, obriga-se a não continuar o processo já em andamento) e a finalidade precípua de reduzir os efeitos deletérios da resposta estatal impositiva e de selecionar prioridades para o olhar judicial do ANPP (já na colaboração premiada, são evidenciados os fins investigativos, com a cooperação do suspeito à instrução criminal).

Destaca-se, ainda, ao sopesar as vantagens e riscos do pacto do art. 28-A do CPP, que as cautelas impostas à *práxis* negocial, sobretudo em relação à vulnerabilidade do investigado (remediada pela imprescindibilidade de uma defesa adequada, ensejadora do crucial consentimento livre e informado), não constituem óbice à aplicação do instituto.

Pois o detalhamento legislativo, através da delimitação de critérios que apartam arbítrios, e o zelo pelas garantias fundamentais do compromissário, bem como a celeridade, o reforço à eficiência advinda da legitimidade da resolução consensual, a economia de recursos (favorecendo a destinação de esforços judiciais aos crimes mais complexos e graves), o afastamento dos efeitos deletérios da sentença penal condenatória e a credibilidade nas instituições penais (decorrente da providência célere, dizimando a sensação social de impunidade) permitem inferir que os benefícios do mecanismo prevalecem, justificando-o.

Quanto à apresentação do acordo de não persecução penal durante a audiência de custódia, vislumbra-se a incompatibilidade de tal formalidade com os propósitos consensuais do negócio jurídico extrajudicial ora estudado. Eis que, no ínfimo prazo de vinte e quatro horas após a prisão em flagrante, não houve lapso temporal suficiente para a formação da *opinio delicti* positiva do órgão acusatório, dada a prematuridade dos elementos informativos. Ademais, a vedação aos questionamentos de mérito durante a audiência de custódia não coaduna com a confissão formal e circunstanciada do investigado, requisito subjetivo do ANPP.

Assim, com alicerce nos argumentos político-criminal, literal e topográfico, levando-se em conta a própria finalidade imediata do pacto não persecutório, qual seja de propiciar uma

resposta estatal alternativa (consensual, suficientemente preventiva e repressiva) ao rito processual penal típico (*full trial*) e apta a evitar o oferecimento da denúncia pelo órgão ministerial, conclui-se que o ANPP deve ser proposto no estágio final da investigação criminal, extrajudicialmente, em etapa pré-processual, logo, prévia à oferta da exordial acusatória.

Todavia, consoante correntes da doutrina processual pátria, confrontadas com os liames conceituais do instituto ora analisado, admite-se, excepcionalmente, o acordo de não persecução penal no decurso do rito processual em determinadas hipóteses atípicas. Destarte, infere-se que após o marco via de regra adotado para o firmamento negocial, portanto, ulteriormente à apresentação da denúncia-crime, poderá ser pactuado o ANPP tardio quando: incidir fato superveniente à denúncia e não controlado pelo investigado (*emendatio libelli* antecipada e *mutatio libelli*); for recusada a propositura do acordo pelo membro ministerial de origem, ensejando a remessa dos autos a órgão superior do *Parquet*; houver equívoco na notificação/convite do investigado em sede extrajudicial (pelo apoio administrativo do MP).

No que tange aos limites da eficácia retroativa do pacto não persecutório aos processos em andamento quando iniciada a vigência da Lei n.º 13.964/19, pontua-se que há dissenso acerca do lapso procedimental máximo até o qual seria cabível a celebração negociada. Nesta senda, as cinco teses doutrinárias, jurisprudenciais e ministeriais divergentes fixam a admissão retroativa do ANPP (i) até o recebimento da denúncia, (ii) somente durante o início da fase instrutória, (iii) até a prolação de sentença penal condenatória, (iv) anteriormente ao trânsito em julgado da lide penal, (v) a qualquer tempo, mesmo após o trânsito em julgado.

Com efeito, tendo em conta as razões das supracitadas linhas de entendimento, bem como a natureza híbrida da ferramenta negocial de não persecução penal (a qual impõe uma articulação harmônica entre os princípios do *tempus regit actum* e da retroatividade da lei penal benéfica), os objetivos precípuos do negócio jurídico político-criminal e a principiologia processual penal a ele intrínseca, entende-se que o ANPP deve incidir retroativamente nos casos prévios à Lei Anticrime, desde que não recebida a exordial acusatória.

REFERÊNCIAS

- ALEMANHA. **German Code of Criminal Procedure (Strafprozeßordnung – StPO), de 07 de abril de 1987**. Código de Processo Penal Alemão na versão publicada em 7 de abril de 1987 (Diário da Lei Federal I, p. 1074, 1319), alterado pela última vez pelo Artigo 3 do Ato de 11 de julho de 2019 (Diário da Lei Federal I, p. 1066). Disponível em: https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.pdf. Acesso em: 05 maio 2021.
- ALVES, Jamil Chaim. **Justiça consensual e plea bargaining**. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 217-238.
- ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado**. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 273-330.
- AZEVEDO, Antônio Junqueira de. **Negócio jurídico**. Existência, validade e eficácia. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BARROS, Francisco Dirceu; ROMANIUC, Jefson. **Constitucionalidade do acordo de não-persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 49-100.
- BINDER, Alberto. **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 27. ed. v. 1. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. Livro Digital. Plataforma Minha Biblioteca.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes**. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRANQUINHO, Raquel; PAULINO, Galtiênio da Cruz. **Acordo de não persecução penal: análise do art. 28-A do CPP, limite da aplicação retroativa da lei posterior mais benéfica**. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/acordo-de-nao-persecucao-penal-24062020>. Acesso em: 03 fev. 2021.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 882/2019**. Altera o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filenam e=PL+882/2019. Acesso em: 22 maio 2021.
- BRASIL. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 10.372/2018**. Introdz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos

delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filenome=PL+10372/2018. Acesso em: 21 maio 2021.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988, de 05 de outubro de 1988**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992**. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Brasília: Presidência da República, 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Presidência da República, 1941. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 fev. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 16 fev. 2021.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Institui o Código Civil. Brasília: Presidência da República, 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 28 fev. 2021.

BRASIL. **LEI Nº 12.850, DE 2 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. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 05 maio 2021.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Enunciado n.º 98**. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Oferecimento do acordo de não persecução penal e retroatividade da Lei nº 13.964/2019. Alterado na 187ª Sessão Virtual de Coordenação, de 31/08/2020. 2020a. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 18 fev. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.561.858 - RS**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz.

Brasília, 11 de maio de 2021. 2021a. Disponível em:

<https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=2054458&tipo=0&nreg=201902435954&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20210518&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HABEAS CORPUS nº 575.395/RN**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 08 de setembro de 2020. 2020b. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202000931310&dt_publicacao=14/09/2020. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HABEAS CORPUS Nº 615.739 – SP**.

Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 13 de abril de 2021.

2021b. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002523755&dt_publicacao=28/04/2021. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no HABEAS CORPUS nº 649.091/SC**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 18 de maio de 2021. 2021c. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100624222&dt_publicacao=21/05/2021. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO em HABEAS CORPUS nº 128.660/SP**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 18 de agosto de 2020. 2020c. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001398796&dt_publicacao=24/08/2020. Acesso em: 27 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.840.572 – PR**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Laurita Vaz. Brasília, 20 de abril de 2021. 2021d. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201902909718&dt_publicacao=30/04/2021. Acesso em: 26 maio 2021

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl no AgRg no AGRADO em RECURSO ESPECIAL nº 1.319.986/PA**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Nefi Cordeiro. Brasília, 23 de fevereiro de 2021. 2021e. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801587740&dt_publicacao=26/02/2021. Acesso em: 25 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **EDcl nos EDcl no AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL nº 1.319.986/PA**. Órgão Julgador: Sexta Turma. Relator: Min. Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região). Brasília, 18 de maio de 2021. 2021f. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201801587740&dt_publicacao=24/05/2021. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC 258.581/RS**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Ribeiro Dantas. Brasília, 18 de fevereiro de 2016. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201202326573&dt_publicacao=25/02/2016. Acesso em: 26 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Jurisprudência em Teses. Edição n. 96**. Brasília: 2018. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2096%20-%20Juizados%20Especiais%20Criminais%20-%20II.pdf. Acesso em: 03 jun. 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC 134071/MS**. Órgão Julgador: Quinta Turma. Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca. Brasília, 03 de novembro de 2020. 2020d. Disponível em:
https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202002302898&dt_publicacao=16/11/2020. Acesso em: 24 maio 2021.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Súmula n. 337**. Brasília: 2007. Disponível em:
https://www.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2012_28_capSumula337.pdf. Acesso em: 06 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no HABEAS CORPUS 190.855/PE**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 03 de maio de 2021. 2021g. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755832638>. Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no HABEAS CORPUS 191.464/SC**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso. Brasília, 30 de outubro a 10 de novembro de 2020. 2020e. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS 198.557/SC**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Rosa Weber. Brasília, 01 de junho de 2021. 2021h. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=756050847>. Acesso em: 07 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 74.463-0 SÃO PAULO**. Órgão Julgador: Primeira Turma. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 10 de dezembro de 1996. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=75254>. Acesso em: 20 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 127.483 PARANÁ**. Órgão Julgador: Plenário. Relator: Min. Dias Toffoli. Brasília, 27 de agosto de 2015. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>. Acesso em: 05 abril 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS 185.913/DF**. Decisão Monocrática. Relator: Min. Gilmar Mendes. Brasília, 22 de setembro de 2020. 2020f.

Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>. Acesso em: 14 maio 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 14**. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília: 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula762/false>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 35**. Diário de Justiça Eletrônico. Brasília: 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula786/false>. Acesso em: 25 jun. 2021.

BROOK, C. A. et al. *A Comparative Look at Plea Bargaining in Australia, Canada, England, New Zealand and the United States*. William & Mary Law Review, 2016. Disponível em: <https://scholarship.law.wm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3636&context=wmlr>. Acesso em: 03 maio 2021.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CALLEGARI, André Luís. **Colaboração premiada: aspectos teóricos e práticos**. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 28. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Notas sobre a perene crise do princípio da obrigatoriedade da ação penal no ordenamento jurídico italiano**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 18, 2017, p. 118-149.

CAPPARELLI, Bruna; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual, v. 15, 2015, p. 435-453.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos**. 1. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL. **Projeto de Lei Anticrime, oriundo do Ministério da Justiça. Análise do Conselho Federal da OAB. Memorando n. 69/2019-GPR**. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2019/5/art20190520-14.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS DOS ESTADOS E DA UNIÃO (CNPGE); GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL(GNCCRIM). **Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)**. Comissão Especial, 24/01/2020.

Disponível em:

http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2020/01/24/15_20_31_823_Enunciados_pacote_anti_crime_GNCCRIM_CNPG.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio**: regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade. Coord. Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO 213, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2015**. Dispõe sobre a apresentação de toda pessoa presa à autoridade judicial no prazo de 24 horas. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/04/resoluo-n213-15-12-2015-presidencia.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Comissão do Procedimento de Estudos e Pesquisas. **Pronunciamento final em Procedimento de Estudos n.º 01/2017**. Brasília: Comissão do Procedimento de Estudos, 2017. 2017a. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Pronunciamento_final.pdf. Acesso em: 13 abril 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação n.º 54, de 28 de março de 2017**. 2017b. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomendacoes/Recomenda%C3%A7%C3%A3o-054.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n.º 118, de 1.º de dezembro de 2014**. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-118-1.pdf>. Acesso em: 01 maio 2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. 2017c. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. 2. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches; SOUZA, Renee do Ó. **A legalidade do acordo de não persecução penal**: uma opção legítima de política criminal. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2018/10/26/legalidade-acordo-de-nao-persecucao-penal-uma-opcao-legitima-de-politica-criminal/>. Acesso em: 25 fev. 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra, 1974. v. 1.

FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo penal constitucional**. 6. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FISCHER, Douglas. **Não cabe acordo de não persecução em ações penais em curso**. 2020. Disponível em: <https://meusitejuridico.editorajuspodivm.com.br/2020/07/11/nao-cabe-acordo-de-nao-persecucao-em-acoes-penais-em-curso/>. Acesso em: 03 jun. 2021.

GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos de. **Direito penal: introdução e princípios fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; Gomes, Luiz Flávio. **Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995**. 5. ed., rev., atual e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Novas tendências do direito processual de acordo com a Constituição de 1988**. São Paulo: Forense Universitária, 1990.

Haidar, Rodrigo. **Acordo de não persecução pode mudar os rumos do processo penal brasileiro**. Revista Consultor Jurídico, 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-fev-27/acordo-entre-pgr-stf-defesa-mudar-rumos-processo-penal>. Acesso em: 13 abr.2021.

ITÁLIA. **Constituição da República Italiana**. Costituzione Italiana Edizione in Lingua Portoghese. Senato della Repubblica. [s.l.]. 1947. Disponível em: <http://www.areaseg.com/bib/29%20-%20Constituicao%20de%20Paises/Constituicao-Italia.pdf>. Acesso em: 28 abr. 2021.

JARDIM, Afrânio Silva. **Ação penal pública: princípio da obrigatoriedade**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JARDIM, Afrânio Silva. **Destruindo a audiência de custódia: preventiva de ofício e acordo de não persecução penal**. 2021. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/destruindo-a-audiencia-de-custodia-preventiva-de-oficio-e-acordo-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 03 mar. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”**: remédio ou veneno? Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 20 abr. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; JOSITA, Higyna. **Questões polêmicas do acordo de não persecução penal**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 28 fev. 2021.

LOPES JUNIOR, Aury; MORAIS DA ROSA, Alexandre. **Saldão penal e a popularização da lógica da colaboração premiada pelo CNMP**. Revista Consultor Jurídico: São Paulo, 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-set-22/limite-penal-saldao-penal-popularizacao-logica-colaboracao-premiada-cnmp>. Acesso em: 12 maio 2021.

MAÍLLO, Alfonso Serrano; PRADO, Luiz Regis. **Criminologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. **O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal**. 2020. Disponível em: <https://www.prerro.com.br/o-limite-temporal-da-retroatividade-do-acordo-de-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 28 fev. 2021.

MESSIAS, Mauro. **Acordo de Não Persecução Penal: Teoria e Prática**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. **CAOCrim - Roteiro para o acordo de não persecução penal e a Lei n. 13.964/19**. 2. ed. São Paulo: MPSP, 2020. 2020b. Disponível em: https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPCRIM/manuais/Roteiro-de-ANPP_Segunda-Edicao_com-ANEXOS.pdf. Acesso em: 27 maio 2021.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, Corregedoria Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, Procuradoria-Geral de Justiça de Minas Gerais e Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais. **Portaria Conjunta nº 20/PR-TJMG/2020**. Disponível em: <https://www.tjmg.jus.br/data/files/2F/27/DF/EF/31D017102A890D075ECB08A8/port%20conj%2020-pr-tjmg-2020.pdf>. Acesso em: 03 junho 2021.

MINAS GERAIS. Corregedoria-Geral do Ministério Público de Minas Gerais. **Recomendação CGMP nº 2, de 26 de abril de 2019**. Disponível em: https://mpnormas.mpmg.mp.br/files/1/1/1-1-CB28-28-rec_cgmp_02_2019.pdf. Acesso em: 15 fev. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Penal*: parte geral: arts. 1º a 120 do Código Penal. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021a.1 v.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito processual penal**. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021b.

PEREIRA, Claudio José Langroiva; PARISE, Bruno Girade. **Segurança e justiça**: o acordo de não persecução penal e sua compatibilidade com o sistema acusatório. 2019. Disponível em: <https://revistas.udem.edu.co/index.php/opinion/article/view/3282/2952>. Acesso em: 05 fev. 2021.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de direito privado**. 4. ed. São Paulo: RT, 1974. t. III.

PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório** - A conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PRADO, Luiz Regis. **Tratado de Direito Penal Brasileiro**: parte geral (arts. 1º a 120). 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

ROXIN, Claus. **Derecho procesal penal**. Buenos Aires: Editores del Puerto S.R.L., 2003.

ROXIN, Claus. **Estudos de Direito Penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

ROXIN, Claus. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal**. Trad. Carmen Gómez Rivero e María del Carmen Garcia Cantizano. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SÃO PAULO. **Enunciados PGJ-CGMP – Lei 13.964/19**. Diário Oficial do Poder Executivo, São Paulo, SP, 23 jan. 2020. 2020a. Disponível em: <https://bit.ly/3w2UWP5>. Acesso em: 15 fev. 2021.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Cuestiones básicas de la estructura y reforma del procedimiento penal bajo uma perspectiva global**. Tradução Mariana Sacher, Silvina Bacigalupo e Lourdes Baza. Revista de Derecho Penal y Criminologia, v. 25, n. 76, 2004, pp.179-180.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013. 3. ed. rev. e atual. Coleção Direito e Ciências Afins, v. 6. Coordenação Alice Bianchini, Luiz Flávio Gomes, William Terra de Oliveira.

SOUZA, Renee do Ó. **A opção político-criminal do Acordo de Não Persecução Penal como instrumento de segurança pública**. Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro nº 74, out./dez. 2019, págs. 167-191. Disponível em: <https://www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf>. Acesso em: 20 março 2021.

SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. **Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal**. In: CUNHA, Rogério Sanches *et al.* (coord). Acordo de não persecução penal. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018. p. 131-171.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **A superação do dogma da obrigatoriedade da ação penal: a oportunidade como consequência estrutural e funcional do sistema de justiça criminal**. Revista do Ministério Público do Estado de Goiás, n. 34, 2017, pp. 35-50.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: lei de introdução e parte geral**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. 1 v.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2. ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.

VIANA, Gabriel Santana Vasco. **Plea bargaining à brasileira? O acordo de não persecução penal como uma medida viável de política criminal**. Revista Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 18. n. 54, p. 347-382 – jul./dez. 2019. Disponível em: <https://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim>. Acesso em: 28 fev. 2021.