

LEGALIDADE PROCESSUAL E A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM PROCESSOS EM CURSO

PROCEDURAL LEGALITY AND THE APPLICATION OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN ONGOING CASES

Daniela Dora Eilberg¹
Laura Gigante Albuquerque²

RESUMO

A legalidade, compreendida como princípio norteador do direito penal material e processual penal, vem sofrendo tensionamentos em que corriqueiramente é coagida. A observância de tal princípio assume papel imprescindível no processo de mitigação de arbitrariedades cometidas pelos juízes dentro do espectro de um processo penal democrático e de matriz acusatória. A questão enfrentada assume papel protagonista quanto aos limites da legalidade face à lógica massiva de negociação penal. O Pacote Anticrime, dentro dessa dinâmica negocial, previu o acordo de não persecução penal (ANPP) como uma nova prática procedimental dentro do processo penal. Portanto, este artigo visa a questionar dogmaticamente, por meio de pesquisa bibliográfica, a aplicabilidade do ANPP em processos penais em curso.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal (ANPP). Retroatividade. Lei processual penal. Legalidade. Pacote anticrime.

ABSTRACT: Legality, understood as a guiding principle of Substantive Criminal Law and Procedural Criminal Law, has been subject to tension in which it is currently coerced. The observance of this principle assumes an essential role in the process of mitigating arbitrariness committed by the judges within the spectrum of a democratic and accusatory criminal process. The issue faced assumes a leading role as to the limits of legality in view of the massive logic of criminal negotiation. The Anti-crime Package, within this negotiation dynamic, foresaw the Non-Prosecution Agreement (NPA) as a new criminal proceedings practice within the Criminal Procedure. Therefore, this article aims to question dogmatically, through bibliographic research, the applicability of NPA in ongoing criminal proceedings.

KEYWORDS: Non-Prosecution Agreement. Ex post facto law. Criminal Procedural Law. Legality. Anti-crime Law.

1 Doutoranda e Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS com período sanduíche na Corte Interamericana de Direitos Humanos. Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), com período sanduíche junto à Université Paris I Panthéon-Sorbonne. Professora da Especialização em Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado UCS/IBRASPP. Advogada criminalista. Orcid: 0000-0002-3240-6318. E-mail: danielaeilberg@gmail.com.

2 Mestra pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS. Especialista em Ciências Penais pela PUCRS. Bacharela pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professora do Curso de Direito da Universidade La Salle (Unilasalle/RS). Advogada criminalista. Orcid: 0000-0002-3459-6741. E-mail: lauragigante@gmail.com.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 Legalidade processual penal e aplicação da lei penal e processual penal no tempo. 3 A aplicação do acordo de não persecução penal em ações penais em curso. 4 Considerações finais. 5 Referências.

1 INTRODUÇÃO

O Pacote Anticrime, desde o seu desenho de proposição legislativa, foi alvo de reiteradas críticas doutrinárias – não apenas pela ausência de técnica legislativa do documento acompanhada pela péssima redação de alguns dos seus dispositivos, mas principalmente pelo seu conteúdo. De um lado, verificava-se no projeto de lei o acirramento de um discurso autoritário, bélico e de recrudescimento penal. A intenção da proposta era justamente difundir a (falsa) ideia de que o endurecimento da lei penal conduziria ao “combate à criminalidade”. E é importante contextualizar que o projeto de lei acompanhou as medidas de caráter armamentista³ tomadas pelo novo governo federal e alinhou-se ao seu discurso punitivista em torno da defesa do “cidadão de bem” em face dos “criminosos”.

Muitas das propostas iniciais do projeto de lei contrariavam frontalmente a Constituição Federal brasileira – como era o caso da execução antecipada de pena –, além de serem medidas que poderiam causar efeitos perversos na segurança pública – como a ampliação das circunstâncias excludentes de ilicitude para condutas praticadas por policiais –, o que poderia agravar ainda mais o problema de violência e letalidade policial e também de mortalidade de agentes de segurança pública.

Por outro lado, ainda no que tange ao conteúdo do projeto de lei, é importante explicitar a farsa (consciente) da proposta de recrudescimento penal como “saída” para o combate à criminalidade. Pesquisadores e pesquisadoras da área das Ciências Criminais vêm, há muito tempo, demonstrando a ausência de efetividade do endurecimento da lei penal como estratégia de segurança pública. Como bem apontado por Betina Saraiva, a “tolerância zero traz uma (falsa) sensação de segurança à população”⁴. Punir mais não significa punir melhor e, muito menos, que

3 Decreto nº 9.685, de 15 de janeiro de 2019; Decreto 9.785, de 07 de maio de 2019; Decreto 9.797, de 21 de maio de 2019; e Decretos nº 9.845 e 9.847, ambos de 25 de junho de 2019.

4 SARAIVA, Betina Heike Krause. Estado penal máximo e tolerância zero ao crime como meios de aplicação de justiça social: para quê (m)?: **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, n. 23, abril de 2019, p. 72. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201911/19100528-revista-23.pdf>. Acesso em 09 jul.

isso reduzirá o índice de criminalidade. A ausência de efetividade prática da maioria das mudanças propostas pelo então Ministro Sérgio Moro fez com que o seu projeto de lei fosse apontado como mero exercício de populismo punitivo ou, em termos mais simples, como um grande engodo.

Ao adentrar às inúmeras alterações promovidas pela Lei n.º 13.964/2019, percebe-se que o teor punitivo delineado e proveniente da proposta inicialmente crua parece destoar quando observadas algumas importantes novidades trazidas: o modelo do juizado de garantias e a realização da audiência de custódia devidamente prevista no CPP. Dentre outras inovações, também se encontra o acordo de não persecução penal, adicionado ao Código de Processo Penal pelo dispositivo 28-A. Sua inclusão dá vazão maior às práticas negociais na realidade do processo penal brasileiro, nova dinâmica cada vez mais presente no país. Dessa inserção em nosso CPP, insurgem questionamentos intrínsecos às próprias matrizes inquisitorial e acusatória, uma vez que adentramos em aspectos como a voluntariedade de adesão do acordo acompanhada à coação que o próprio processo penal por si só já implica.

O princípio da legalidade, enquanto fundante do Estado Democrático de Direito e desenhado nas esferas material e processual, acaba por sofrer constrangimentos resultantes do tensionamento das práticas de cunho inquisitorial cada vez mais abordadas no ordenamento jurídico brasileiro e a matriz supostamente acusatorial declarada com a Constituição de 1988. Debater legalidade se torna uma ferramenta essencial para o impedimento de arbitrariedades cometidas não apenas pelo juiz como também pelo Ministério Público dentro do processo penal.

É sob essa perspectiva que o presente artigo busca desenvolver, no âmbito das dimensões da legalidade processual, o questionamento dogmático acerca da (ir)retroatividade da Lei n.º 13.964/2019 especificamente no que tange à aplicabilidade do ANPP em processos criminais já em curso, bem como as consequências dessa nova prática processual não apenas na esfera da ampla defesa e presunção da inocência, como também na base fundante do processo penal democrático.

2 LEGALIDADE PROCESSUAL PENAL E APLICAÇÃO DA LEI PENAL E PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

A observância do princípio da legalidade assume papel imprescindível no processo de mitigação da discricionariedade dos juízes, a fim de evitar o risco do decisionismo – fundado no e fundante do autoritarismo – e superar o “dogma da completude lógica”, como bem aponta Lopes Jr.⁵. Sobre a concepção da legalidade, Nereu Giacomolli é assertivo ao compreender tal princípio “numa acepção mais estrita”, com a necessidade de todos os atos processuais estarem pautados em previsões legais e “[...] não podem depender da vontade subjetiva dos órgãos que têm o dever jurídico de atuar segundo o ordenamento jurídico vigente”⁶.

Tal como na dogmática material, o princípio da legalidade – acompanhado da tipicidade processual – se apresenta como edificador da dogmática processual que visa à garantia de um processo penal democrático. É por isso, inclusive, que autores como Zanoide de Moraes afirmam que o princípio da presunção de inocência – na sua máxima do *in dubio pro reo* – está intrinsecamente ligada à tipicidade processual⁷.

Adentrar no estudo do princípio da legalidade implica compreender as suas dimensões. Caso seja levado em conta o tradicional latim forense, temos essas dimensões expressas nos famosos “*nullum*”s: i) *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia* (não há crime nem pena sem lei prévia, do qual deriva o princípio da anterioridade); ii) *nullum crimen, nulla poena sine lege scripta* (não há crime nem pena sem lei escrita, do qual se compreende o impedimento da criminalização penal social); iii) *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta* (não há crime nem pena sem lei estrita, do qual advém a noção do impedimento de analogia *in malam partem*) e iv) *nullum crimen, nulla poena sine lege certa* (não há crime nem pena sem lei certa, do qual se extrai o princípio da taxatividade, da determinação prévia imprescindível do tipo processual certo).

5 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

6 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 50

7 MORAES, Maurício Zanoide de. Presunção de inocência no processo penal brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 315-316

Ainda, cabe menção de destaque ao *nulla coactio sine lege*, explorado de maneira ímpar no trabalho de Bruzzone⁸, que explicita a necessidade da observância da legalidade ao sustentar a imprescindibilidade da previsão em lei da medida de coação a ser aplicada. A tese sustentada por diversos autores, inclusive, é a da previsibilidade legal ligada à produção da prova – como Daniel Pastor explora ao escrever sobre tipo e prova⁹ – e, ainda, da necessidade de compreender a máxima da “legalidade processual (constitucional) penal”¹⁰, nas palavras de Luís Greco.

A legalidade, na esfera da dogmática processual penal, desperta debates não apenas quanto às necessárias previsões dos tipos processuais certos e as medidas coercitivas a serem utilizadas ao longo do processo, como também da aplicabilidade de uma lei processual penal e a sua (ir)retroatividade. Por mais que corriqueiramente se defenda que a lei processual teria aplicabilidade imediata, a partir de uma interpretação literal do artigo 2º do Código de Processo Penal¹¹, independente do prejuízo causado ao réu, trabalhos como o de Paulo Queiroz e Antonio Vieira¹² abordam a necessidade de irretroatividade na mesma concepção da *lei penal para a lei processual penal*. Como os autores bem citam Binder¹³ para a compreensão da lei enquanto forma também como garantia, a retroatividade da lei processual penal em perspectiva garantista passa a ser explorada sob o aspecto *in malam partem* ou *in bonam partem*.

Dessa forma, rompe-se com a lógica da doutrina tradicional¹⁴ em classificar as normas penais em leis penais puras, leis processuais penais puras e leis mistas ou híbridas. Usualmente, em relação à norma puramente processual, afirmava-se a sua aplicação imediata, independentemente do seu conteúdo, e somente as demais

8 BRUZZONE, Gustavo. La *nulla coactio sine lege* como pauta de trabajo en materia de medidas de coacción en el proceso penal. In: **Estudios sobre Justicia Penal** – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 251-253

9 PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. **Revista Liberdades**. n. 12 jan/abr, 2013.

10 PRADO, Geraldo. Prova penal e sistema de controles epistêmicos. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014. p. 63.

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

12 QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**. v. 12 n. 143, 2004. pp. 14-16.

13 BINDER, Alberto M. Introdução ao Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

14 PACELLI, Eugênio. **Curso de direito processual penal**. 22. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018. E-book.

normas seriam submetidas ao princípio da irretroatividade da lei mais gravosa e da retroatividade da lei mais benéfica.

Partindo da perspectiva introduzida por Queiroz e Vieira, Aury Lopes Jr.¹⁵ propõe uma reinterpretação do artigo 2º do Código de Processo Penal, a partir de uma filtragem constitucional, especialmente à luz do artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal¹⁶. Nesse sentido, os autores suscitam a unidade entre o direito penal material e o direito processual penal:

Enfim, o processo penal é parte do direito penal, porque nada mais é do que um *continuum* deste, ou seja, o direito processual penal é o direito penal em movimento, e, pois, formam uma unidade. Note-se ainda que a distinção entre um e outro não preexiste à interpretação, mas é dela resultado.¹⁷

É irrelevante, portanto, a recorrente distinção entre lei material e lei processual, uma vez que o princípio da legalidade se estende à toda a repressão penal e ao próprio direito processual penal¹⁸. Tanto a lei penal quanto a lei processual penal, para Queiroz e Vieira, cumprem a função político-criminal de garantia da parte mais fraca (o acusado) frente à parte mais forte (o Estado) na relação do *ius puniendi*. Ademais, em sua visão, o direito deve ser uno, não podendo ser garantista em um momento (penal) e antigarantista em outro (processual).¹⁹ E concluem:

Significa dizer, entre outras coisas, que o princípio da legalidade no processo penal repercute diretamente na necessidade de que somente a lei (reserva legal) possa dispor sobre a ordenação do processo; que as normas em questão não podem ser vagas, ambíguas ou incertas (taxatividade); e que só podem retroagir em favor do acusado.²⁰

15 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

16 “XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

17 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 471.

18 FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Direito processual penal**. Coimbra: Coimbra editora, 2004, p. 112.

19 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 474.

20 VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). **Leituras complementares de processo penal**. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 474.

Considerando a complexidade da reforma proposta pelo “Pacote Anticrime”, que provocou alterações no Código Penal, no Código de Processo Penal, na Lei de Execução Penal, entre outras legislações ordinárias, de caráter penal e processual penal, mostra-se completamente insuficiente e inócua a sua análise tão somente a partir das regras de aplicação imediata da lei processual penal (artigo 2º do CPP) e de anterioridade da lei penal material (artigo 1º do Código Penal).

Como bem apontado por Paulo Queiroz, a reforma “exigiria um tratamento cuidadoso e detalhado relativamente à vigência da lei no tempo. Mas não foi o que aconteceu, pois absolutamente nada se disse a respeito”²¹. Como exemplo, o autor resgata o tratamento mais completo e adequado que foi conferido pelo Código de Processo Penal português, em seu artigo 5º. O referido dispositivo determina: i) a aplicação imediata da lei processual penal sem prejuízo da validade dos atos realizados na vigência da lei anterior, bem como ii) a sua não aplicabilidade quando sua aplicação imediata resultar em hipótese de a) agravamento sensível e ainda evitável da situação processual do arguido, nomeadamente uma limitação do seu direito de defesa; ou b) quebra da harmonia e unidade dos vários atos do processo.

Ainda que considere o modelo português mais adequado, Paulo Queiroz reitera que é preciso ir além da clássica distinção de natureza da norma, eis que “direito penal, direito processual penal e lei de execução penal são apenas nomes para designar um mesmo fenômeno: o poder punitivo estatal em seus vários momentos de incidência”²² e, portanto, devem estar adstritos aos mesmos princípios. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. entende que as regras da (ir)retroatividade da lei “devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu”²³.

De mesma forma, a legalidade processual é explorada por Juarez Cirino dos Santos, ao trazer à tona as controvérsias de sua submissão ao princípio

21 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

22 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

23 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

constitucional da irretroatividade da lei penal *in malam partem*. Nesse sentido, tendo em vista i) a exclusão, pela teoria dominante, das leis processuais penais *in malam partem* – já que o tempo seria regido pelo ato processual ao invés de ser regido pelo fato punível; e ii) a teoria minoritária atentar à lei penal mais favorável enquanto condicionante da legalidade processual penal ii.i) pela relação direta da coação punitiva com a coerção processual e, portanto, da extensão das garantias do princípio da legalidade ao subsistema de imputação e ii.ii) pelo princípio fundamental ser o mesmo da lei penal material e da lei penal processual, ambos compreendidos dentro da nomenclatura *lei penal*²⁴.

Dessa forma, considerando todas as modificações introduzidas pela Lei nº 13.964/2019, bem como a irrelevância da “natureza” de cada um de seus dispositivos normativos – se é “mais material” ou “mais processual”, já que ambas são compreendidas como *leis penais* –, o que importa é indagar se a alteração legal é favorável ou prejudicial ao réu, ao investigado, ao condenado ou ao apenado: se favorável, retroage; se prejudicial, não retroage.

3 A APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM AÇÕES PENAIS EM CURSO

As mudanças pelas quais vem passando o sistema de justiça criminal brasileiro não são exclusividade do nosso país. Como apontado por Ricardo Gloeckner, o modelo “negociado” de justiça penal tem sido objeto das principais reformas penais na América Latina, além de alvo de alterações em muitos dos ordenamentos jurídicos europeus, tendo como principal justificativa a busca pela “eficiência”²⁵. Ao passo que a lógica da justiça negocial vem invadindo as reformas penais que sofremos ao longo dos últimos anos, as formas de consenso vêm sendo acrescentadas “ao gênero do princípio da oportunidade”²⁶ no processo penal.

24 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal - Parte Geral**. 6a ed. amp. e atual. Curitiba: ICPC, 2014. p. 52-53.

25 GLOECKNER, Ricardo. Apresentação. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 5.

26 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 72.

Nesse sentido, como bem explora Vinícius Vasconcellos²⁷, a forte tendência internacional da agilidade processual tem se somado à importação de institutos de barganha e alavancado discussões em torno de questões como “obrigatoriedade” e “consenso”. Os mecanismos procedimentais de consenso ocupam a lógica procedimental brasileira e impulsionam problemáticas a serem debatidas pela doutrina como, por exemplo, a existência de um “direito” a um acordo pelo imputado *versus* o dever discricionário do Ministério Público²⁸.

Se analisado sob um aspecto histórico retroativo, a previsão do *acordo* em si não é nova, mas já estava inserida no ordenamento jurídico brasileiro com o advento de outras leis. Em um primeiro olhar atento, já se pode observar a legislação que determina o procedimento de responsabilização penal de adolescentes, a Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA), com uma espécie de previsão de “acordo” entre o Ministério Público e o adolescente, em seus artigos 126 a 128, com o denominado instituto da *remissão*.

Por conta da natureza jurídica híbrida da medida socioeducativa, pode-se resvalar em questionamentos acerca do procedimento de apuração do ato infracional, razão pela qual se volta às leis próprias do sistema de responsabilização penal de adultos. Cinco anos após a promulgação ECA, tem-se a Lei nº 9.099/1995 com a previsão da transação penal e a suspensão condicional do processo. Anos mais tarde, com o advento da Lei nº 12.529/2011, tem-se a inserção do acordo de leniência e, dois anos depois, a expansão das práticas consensuais ganha protagonismo com a Lei nº 12.850/2013 e a denominada “colaboração premiada”.

Finalmente, com a promulgação da Lei nº 13.964/2019 tivemos diversas alterações legislativas e, entre elas, a inovação do chamado acordo de não persecução penal (ANPP). O instituto – anteriormente previsto em resolução nº 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e alvo de críticas pela incompetência legislativa do referido órgão – agora passa a integrar definitivamente

27 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

28 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

a legislação ordinária, seja considerado como uma “inovação cansada”²⁹ ou uma inovação excepcional. Em razão dos diversos impactos que poderá causar no processo penal – ocasionando importantes mudanças de procedimento – e, também, no sistema carcerário como um todo³⁰, o acordo de não persecução penal vem sendo objeto de pesquisa e debates desde a tramitação do projeto de lei.

Primeiramente, é fundamental lançar um olhar crítico quanto à inserção do ANPP no ordenamento jurídico-penal brasileiro, a despeito do entusiasmo com o qual foi recebido por certos atores jurídicos – em especial magistrados e membros do Ministério Público. A importação de um modelo oriundo do sistema adversarial norte-americano, informado por princípios diversos do nosso, por si só, já aponta para a inadequação da reforma. Enquanto a atuação do Ministério Público no processo penal brasileiro é pautada pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, a atuação do órgão acusador na justiça estadunidense guia-se pelo princípio da oportunidade³¹, possibilitando, em tese, os espaços de consenso no processo penal. Face à incorporação massiva das práticas negociais, tem-se a crescente relativização de ambos princípios³², sendo o ANPP mais um catalisador nesse processo de incorporação de espaços de consenso.

Não obstante, mesmo no contexto americano, onde o modelo processual penal baseia-se no princípio da oportunidade e da disponibilidade, o *plea bargaining* é alvo de severas críticas, como se verifica da seguinte passagem do artigo de Albert Alschuler, Professor de Processo Penal e Criminologia da Universidade de Chicago:

Um livro de casos da faculdade de Direito pergunta se o *plea bargaining* “condena acusados que são de fato inocentes (e que seriam absolvidos [em um julgamento])”. [...] Uma vez que ninguém pode saber quantas condenações incorretas são produzidas, seja por julgamentos ou por admissões de culpa, a pergunta pode parecer irresponsável. Mas na realidade a resposta é fácil. Condenar acusados que

29 MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. Boletim Trinchira Democrática. v. 3, n. 7. 2020. pp. 12-13.

30 Nesse sentido, Ricardo Gloeckner aponta que a introdução de mecanismos de negociação ao processo penal vem ocasionando “efeitos deletérios em longo prazo, como a inexorável tendência ao hiperencarceramento”. GLOECKNER, Ricardo. Apresentação. In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 5.

31 LOPES Jr., Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 151-152.

32 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

seriam absolvidos em um julgamento é um dos principais objetivos do *plea bargaining*.³³

Portanto, o objetivo deste trabalho não é abandonar as críticas já reiteradas sobre as problemáticas em relação às mudanças trazidas ao processo penal brasileiro pela barganha. Pelo contrário, reafirma-se que a expansão da lógica consensual evidencia, de maneira ainda mais visceral, as desigualdades da lógica do sistema penal em termos de seletividade e impulsiona a condenação de pessoas inocentes em prol do efficientismo. Isso deságua em inúmeras controvérsias sobre a “abertura perversa e perigosa de um *plea bargaining* sem limite de pena”³⁴ e a condução a “resultados jusnaturalistas e voláteis”³⁵.

Também não se pode ignorar o fato de que vivemos em um país em que diversas Comarcas do Judiciário carecem de Defensoria Pública e, por vezes, sequer possuem advogado dativo disponível – além da hipótese de um mal assessoramento ser recorrente. Frente a esses casos, três cenários prejudiciais poderiam ser atentados: i) a aplicação indevida de um ANPP quando o caso, em verdade, trata-se de hipótese de arquivamento; ii) a intenção de rescisão de acordo de réu que não estava bem assessorado no momento do ANPP; iii) as consequências decorrentes do descumprimento de um ANPP. Nesse sentido, frente à disparidade de armas que se tem tradicionalmente no sistema penal brasileiro, é necessária uma defesa adequada no acompanhamento das práticas consensuais.

Todavia, por mais que estejam pontuadas as devidas críticas a esse instituto, a partir da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, em 23 de janeiro de 2020, o acordo de não persecução penal tornou-se uma realidade no sistema de justiça criminal brasileiro. Em sendo realidade, cabe à doutrina e aos pesquisadores da área a realização de estudos críticos e aprofundados sobre a temática, com especial atenção deste trabalho à perspectiva defensiva. Considerando a ausência de uma regra de direito transitório e, portanto, de previsão legal sobre o limite temporal de retroatividade da referida inovação legislativa, caberá à jurisprudência a definição dos seus critérios de aplicabilidade. Nesse contexto, adentrando à análise do ANPP

33 ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In*:

GLOECKNER, Ricardo (org.). **Plea bargaining**. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127.

34 LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

35 GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 101.

à luz do princípio da legalidade e, mais especificamente, à dimensão da aplicação da lei no tempo, tem-se a importância de uma perspectiva constitucional e integral na leitura do novo instrumento processual.

Percebe-se que o ANPP teria como proposta ocorrer em momento anterior ao oferecimento da denúncia. Não há, todavia, qualquer previsão legal no sentido da impossibilidade de ser proposto o acordo em demais momentos processuais³⁶. O ponto essencial deste trabalho circunscreve a (ir)retroatividade do acordo de não persecução penal em processos penais que já se encontram em andamento no momento da entrada em vigor da nova lei. Tal como explorado na seção anterior, não há dúvidas quanto à retroação da lei processual penal em benefício à pessoa imputada. A dúvida que paira diz respeito à compreensão do ANPP como instituto mais prejudicial ou mais benéfico ao réu ou investigado.

A despeito das muitas críticas, é possível perceber que o acordo de não persecução penal possibilita situação mais favorável ao réu, uma vez que este poderá, em tese, avaliar a situação processual e os riscos envolvidos acerca de uma possível condenação e optar por negociar diretamente com o Ministério Público as condições penais alternativas. Evitando uma sentença condenatória, é inegável que se afastam também todos os demais efeitos penais de uma condenação – principalmente a reincidência. Assim, compreendido como um instituto despenalizador, o ANPP estará configurado como hipótese de *novatio legis in melius* e deverá, portanto, embasado na legalidade (constitucional) processual penal ter aplicação retroativa.

A compreensão do ANPP como um benefício atinge debates dogmáticos acerca da possibilidade de recusa de oferecimento de acordo pelo *parquet* ou as eventuais arbitrariedades pela parte ministerial. Essa, inclusive, é a posição majoritária e adotada pelos tribunais superiores, sobre a necessidade de separação de funções acusatórias e, portanto, o encaminhamento ao Procurador-Geral de Justiça pelo magistrado³⁷ – a exemplo do procedimento até então previsto em caso

36 A título de exemplo, pode-se considerar um caso em que, no momento da denúncia oferecida pelo Ministério Público, o delito imputado não cumpria os requisitos objetivos de propositura do acordo de não persecução penal e, posteriormente, no momento da sentença, opera-se a desclassificação para outro tipo penal, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos. Neste caso, verifica-se plenamente a possibilidade de oferecimento do ANPP em momento posterior ao oferecimento da denúncia, quando do preenchimento dos requisitos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal.

37 Quanto ao ponto, Vinícius Vasconcellos bem explora as posições doutrinárias existentes. Ver: VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 105-106.

de não oferecimento de denúncia pelo órgão acusatório (artigo 28 do CPP, com redação anterior à Lei nº 13.964/2019). No entanto, outro posicionamento é o daqueles que compreendem o ANPP como um direito subjetivo do imputado, como Giacomolli, Vasconcellos e Lopes Jr.³⁸, e sustentam frente à ausência da proposição do ANPP pelo Ministério Público que o juiz deva atuar como garantidor desse direito, seja por meio de requerimento da defesa, seja de ofício. Na tentativa de sanar a lacuna, a Lei Anticrime incluiu a previsão do § 14 do artigo 28-A, no sentido de que a recusa do Promotor de Justiça ou Procurador do caso poderá ser objeto de requerimento, pelo acusado, ao órgão imediatamente superior. Todavia, ainda não há uniformidade no modo como a regra será operacionalizada.

No que tange à aplicabilidade da retroação do ANPP em processos penais em curso, ainda que compreendida sob o aspecto da dogmática tradicional, tratar-se-ia o artigo 28-A de uma “norma mista” ou de caráter híbrido. Isso porque, embora prevista no Código de Processo Penal, a norma evidencia elementos penais, ou seja, de direito material, e apresenta conteúdo despenalizador. Portanto, mesmo sob a perspectiva tradicionalista, a conclusão seria de que o acordo de não persecução penal deve retroagir para beneficiar o réu³⁹.

Diante disso, por se tratar de *novatio legis in melius*, compreende-se que o ANPP deve ser ofertado mesmo em caso de processos em andamento. Ademais, não há qualquer impedimento para que o acordo seja possibilitado independentemente da instância em que se encontra o feito, havendo possibilidade de oferecimento em grau recursal e, inclusive, encontrando-se o recurso em tramitação perante os Tribunais Superiores.

38 “Portanto, seja a partir de requerimento da defesa ou, até de ofício, o juiz deve garantir a sua concretização, se houver o consentimento do suposto autor do fato.” VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015. p. 107. GIACOMOLLI, Nereu José. **Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. “Contudo, pensamos que é possível cogitar de outra alternativa. Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.” LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

39 Nesse sentido, inclusive, têm sido as decisões do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), exemplificativamente: Apelação criminal nº 5046133-85.2018.4.04.7000 (Oitava Turma) e Embargos Infringentes e de Nulidade nº 5001103-25.2017.4.04.7109 (Quarta Seção).

Situação semelhante à que ora se analisa foi enfrentada pelo sistema de justiça criminal na época da promulgação da Lei nº 9.099/1995, quando da criação do instituto da transação penal. Ao apreciar a matéria, o Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que a transação penal era uma medida despenalizadora e, portanto, a sua previsão poderia retroagir em favor do réu. Assim, a partir do julgamento pelo Tribunal Pleno do STF, tornou-se possível a aplicação do novo instituto mesmo em processos em curso e/ou que tratassem de fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.099/1995.⁴⁰

Em recente análise sobre a temática, Paulo Queiroz resgatou seus estudos sobre legalidade penal e aplicação da lei no tempo – compreendida a lei em sentido amplo e em sua unidade e, portanto, abrangendo lei penal material e processual –, e dedicou-se a analisar a (ir)retroatividade das principais disposições trazidas pela Lei Anticrime. Em relação ao acordo de não persecução penal, compreende o autor que a nova lei é “evidentemente” mais favorável ao investigado, pois tem o condão de evitar a sua prisão cautelar, bem como eventual condenação criminal e, juntamente com ela, os seus efeitos (cumprimento de pena, reincidência etc.). Dessa forma, o autor conclui, como decorrência lógica, ser plenamente possível a sua retroatividade em favor do réu, mesmo em processos já instaurados e, ainda, com sentença condenatória recorrível. Mas Queiroz ainda vai além e propõe a possibilidade de celebração do ANPP também em processos com sentença condenatória *transitada em julgado*⁴¹.

Pode-se dizer que a perspectiva de Paulo Queiroz é audaciosa, pois o autor propõe uma interpretação analógica da regra contida no artigo 2º, parágrafo único, do Código Penal⁴² que seria capaz de gerar um colapso no sistema de justiça criminal: basta imaginar como seria se todas as pessoas condenadas por delitos com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos resolvessem postular a realização do acordo de não persecução penal e a anulação dos efeitos da sentença condenatória transitada em julgado. Ainda assim, são oportunos os questionamentos expostos

40 “[...] As prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto a sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe a *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.” (STF, Tribunal Pleno, Inq-QO 1055, Relator: Min. Celso De Mello, j. em 24/04/1996, publicado em 24/05/1996)

41 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em:

<https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

42 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.

pelo doutrinador: se a lei penal retroage em casos de *abolitio criminis* ou de atenuação da pena, mesmo em casos de sentença penal condenatória com trânsito em julgado, por que motivo não haveria de retroagir na hipótese de um instituto como o acordo de não persecução penal, que impede a condenação e eventual execução penal, com todos os efeitos penais que implicam, e evita até mesmo o processo penal?⁴³

Nesse sentido, em que pese sejam frequentes as objeções de caráter logístico e financeiro, utilizadas como justificativa para obstaculizar a efetivação de direitos e garantias individuais – à semelhança do que ocorreu em relação à audiência de custódia e, mais recentemente, quanto à figura do juiz de garantias –, não se pode legitimar argumentos utilitaristas para barrar avanços civilizatórios. Portanto, eventuais argumentos no sentido de que a proposição de ANPP para apenados com condenação transitada em julgado geraria a “sobrecarga” do Poder Judiciário não têm o condão de obstar a observância ao princípio da legalidade processual. Ao verificar-se que, a despeito de todas as necessárias críticas ao instituto, o acordo de não persecução penal pode representar um instrumento de caráter despenalizador e, desde que assegurada ampla defesa do imputado no caso concreto, pode resultar para ele efeitos benéficos, deve ser garantida a retroatividade da sua previsão legal, por se tratar de *novatio legis in melius*.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As inovações trazidas pelo Pacote Anticrime culminam em resultados que abalam as bases fundantes de um processo penal acusatório e democrático, ao serem problematizadas enquanto decorrentes de práticas inquisitoriais e corroboradoras de discricionariedades. Acompanham, ainda, o cenário internacional propenso à adesão máxima de espaços consensuais e à lógica eficientista de processo penal.

O acordo de não persecução penal apresenta-se dentro dessa lógica que, de maneira geral, transparece ilações visceralmente perversas da maximização do *plea bargaining*. Em contrapartida, expõe uma faceta benéfica, ao configurar como

43 QUEIROZ, Paulo. **Retroatividade da lei anticrime**. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

medida despenalizadora importante àqueles que possuem sua defesa garantida nos termos constitucionais exigidos. Dessa forma, considerando a complexidade das alterações promovidas pela Lei nº 13.964/2019 e a ausência de uma regra de direito transitório, mormente no que tange ao acordo de não persecução penal, tem-se o problema central que guiou o presente trabalho e vem sendo objeto de disputa e construção jurisprudencial no sistema de justiça criminal: existe possibilidade de oferecimento do ANPP em ações penais em curso? Qual é o limite para a aplicação retroativa dessa regra?

Para buscar possíveis respostas às complexas questões que se apresentem, é imprescindível compreender o princípio da legalidade, porque dele desabrocham dimensões processuais basilares do processo penal democrático, como o princípio da anterioridade da lei penal e a (ir)retroatividade da lei penal e da lei processual penal. As normas basilares que se desdobram do princípio da legalidade podem e devem ser aplicadas com o intuito de evitar arbitrariedades cometidas não apenas pelo juiz, como também pelo Ministério Público, no contexto dos novos espaços de consenso no processo penal.

O questionamento dogmático acerca da retroatividade da Lei nº 13.964/2019 evidencia-se de extrema relevância para compreender o novo instituto e possibilitar uma aplicação dentro dos limites da legalidade, mesmo neste momento de transição, após a entrada em vigor da nova lei. Partindo-se da conclusão de que toda lei processual penal benéfica deve retroagir, a argumentação do trabalho circunscreveu se seria o ANPP instituto benéfico ou não.

À parte das necessárias críticas que devem ser realizadas aos espaços de consenso em termos de maximização de falhas estruturais do sistema penal – como penalizar inocentes e exacerbar a filtragem racial e classista –, quando atinada atenção à defesa casuística e bem realizada, o ANPP se apresenta como instituto despenalizador, capaz de evitar os efeitos decorrentes de uma sentença condenatória e do próprio processo criminal. Portanto, revelando-se como um instituto benéfico para o investigado ou acusado – ou até mesmo ao condenado –, a introdução do acordo de não persecução penal na legislação processual, a partir da Lei nº 13.964/2019, enseja a aplicação da regra da retroatividade da lei penal mais benéfica, devendo retroagir inclusive para fatos anteriores à lei, sendo necessário

garantir a sua oferta mesmo em processos criminais que já se encontravam em curso quando da sua entrada em vigor.

5 REFERÊNCIAS

ALSCHULER, Albert W. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. *In: GLOECKNER, Ricardo (org.). Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 127-147.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BRUZZONE, Gustavo. La nulla coactio sine lege como pauta de trabajo en materia de medidas de coerción en el proceso penal. *In: Estudios sobre Justicia Penal – Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2005. p. 251-253

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal - Parte Geral*. 6a ed. amp. e atual. Curitiba: ICPC, 2014. p. 52.

EDITORIAL. Pacote anticrime, lavajatismo e o sono da razão. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 28, n. 331, junho de 2020, p. 2-3. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/51>. Acesso em 09 jul. 2020.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminais. Lei 9.099/95*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.

GRECO, Luis. *Introdução – o inviolável e o intocável no direito processual penal*. *In: WOLTER, Jürgen. O inviolável e o intocável no direito processual penal. Reflexões sobre dignidade humana, proibições de prova, proteção de dados (e separação informacional de poderes) diante da persecução penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2018. Coleção Direito Penal & Criminologia.

GUIMARÃES, Rodrigo R. C.; RIBEIRO, Sarah G. A introdução do juiz das garantias no Brasil e o inquérito policial eletrônico. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 1, p. 147-174, jan./abr. 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. E-book. ISBN: 978-85-536190-3-0. Paginação Irregular.

LOPES Jr., Aury; PACZEK, Vitor. O *plea bargaining* no projeto “anticrime”: remédio ou veneno? In: GLOECKNER, Ricardo (org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019, p. 149-174.

MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Trincheira Democrática*. v. 3, n. 7. 2020. pp. 12-13.

MORAES, Maurício Zanoide de. *Presunção de inocência no processo penal brasileiro*: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012. p. 315-316

PASTOR, Daniel. Problemas processuais dos crimes de posse. *Revista Liberdades*. n. 12 jan/abr, 2013.

PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos*. 1 ed. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

QUEIROZ, Paulo; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. *Boletim IBCCRIM*. v. 12 n. 143, 2004. pp. 14-16.

QUEIROZ, Paulo. *Retroatividade da lei anticrime*. Disponível em: <https://www.pauloqueiroz.net/retroatividade-da-lei-anticrime/>. Acesso em: 10 jul. 2020.

SARAIVA, Betina Heike Krause. Estado penal máximo e tolerância zero ao crime como meios de aplicação de justiça social: para quê (m)? *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 23, abril de 2019, p. 65-78. Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/upload/arquivos/201911/19100528-revista-23.pdf>. Acesso em 09 jul. 2020.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 1999.

VIEIRA, Antonio; QUEIROZ, Paulo. Sobre a relação entre direito penal e direito processual penal. In: MOREIRA, Rômulo de Andrade (org.). *Leituras complementares de processo penal*. Salvador: JusPodivm, 2008, p. 469-477.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes. *Barganha e justiça criminal negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. São Paulo: IBCCRIM, 2015.