



PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE GOIÁS
ESCOLA DE DIREITO E RELAÇÕES INTERNACIONAIS
NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA
COORDENAÇÃO ADJUNTA DE TRABALHO DE CURSO
PROJETO DE TRABALHO DE CURSO II

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTITUTO DA JUSTIÇA
PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO RETROATIVA**

ORIENTANDA: ANA LUÍZA VALCACER RODRIGUES
ORIENTADOR: PROF. DR. GASPAR ALEXANDRE MACHADO DE SOUSA

GOIÂNIA-GO
2021

ANA LUÍZA VALCACER RODRIGUES

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTITUTO DA JUSTIÇA
PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO RETROATIVA**

Monografia Jurídica apresentada à disciplina Trabalho de Curso II, da Escola de Direito e Relações Internacionais, Curso de Direito, da Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUCGOIÁS).
Prof. Orientador: Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa.

GOIÂNIA-GO

2021

ANA LUÍZA VALCACER RODRIGUES

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTITUTO DA JUSTIÇA
PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE
APLICAÇÃO RETROATIVA**

Data da Defesa: 07 de junho de 2021

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Dr. Gaspar Alexandre Machado de Sousa Nota

Examinador Convidado: Prof. Esp. Sérgio Luís Oliveira dos Santos Nota

Inicialmente, dedico esta monografia a Deus, que é meu refúgio, meu baluarte e minha fortaleza. Sem a Tua infinita graça e misericórdia a realização deste trabalho não seria possível, já que Teu amor me sustentou até aqui. “Sabemos que todas as coisas concorrem para o bem dos que amam a Deus, daqueles que são chamados segundo o projeto dele” (Romanos 8:28).

Em seguida, dedico à minha família, de modo geral, em especial a minha mãe Janaína e meus avós Carlos Eduardo e Odete, pilares da minha formação como ser humano. Dedico, também, a minha avó Maria das Graças, *in memoriam*, meu maior exemplo de fé e que partiu para junto ao Pai durante a realização desse trabalho.

Por fim, dedico ao meu orientador, Gaspar Alexandre, por toda a solicitude e incentivo durante a produção desta monografia.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, nosso Criador, pelo dom da vida, e a Maria, nossa mãe, pela intercessão junto ao Pai e por guiar meus passos e passar à frente dos meus caminhos. Gratidão por me fortalecerem diariamente e me permitirem enfrentar todos os obstáculos encontrados no decorrer da realização deste trabalho, o qual se deu, infelizmente, em meio a uma das piores pandemias já enfrentadas pela humanidade: a do Coronavírus. Registro aqui, minhas condolências a todos que perderam seus entes queridos durante este lastimável período.

À minha mãe, Janaína Valcacer Lima, mulher que mais admiro e, sem dúvidas, digna da minha mais terna gratidão e reconhecimento neste momento. Trabalhadora incansável e meu maior exemplo de garra e determinação, a qual superou todos os obstáculos e renunciou a diversos anseios pessoais para que os meus pudessem se tornar possíveis. Aquela que sequer concluiu o ensino médio e, ainda jovem, me gerou e acabou convivendo com a distância do restante da família para que pudesse me proporcionar um futuro melhor, principalmente quanto a oportunidades de estudo, as quais não teve e sempre priorizou em relação a mim, mesmo diante a diversas adversidades. Sem a sua garra, renúncias e lutas diárias para me proporcionar aquilo que não pôde ter, sobretudo uma educação de qualidade, eu não teria chegado até aqui. Obrigada por tudo e por tanto e te amo até no céu, esse é apenas o início de uma trajetória de sonhos cuja prioridade é te orgulhar e reconhecer.

Aos meus amados avós Carlos Eduardo e Odete, por me fortalecerem em todos os âmbitos. Ao meu avô, agradeço, especialmente, por, desde cedo, despertar o meu apreço pela leitura e, com isso, me permitir sonhar alto e aprimorar o meu senso crítico e consequente visão de mundo. A minha avó, agradeço, em especial, as infindáveis orações que acalentam meu coração e me protegem aonde quer que eu vá. Sem vocês, juntamente com a minha mãe, eu não seria, definitivamente, quem sou.

À minha avó Maria das Graças, *in memoriam*, esteio da família Valcacer e meu exemplo de fé e perseverança. Nunca me esquecerei do que a senhora sempre me dizia: “meu maior sonho é te ver formada, Aninha”. Todavia, a senhora combateu o bom combate e findou a carreira ainda quando eu estava no início desse trabalho. O que me conforta é saber que, aonde quer que esteja, a senhora estará comigo e torcendo por mim neste momento e em diversos outros que almejo alcançar, como

sempre fez, pois sei que continua orando por mim junto de Deus, àquele que a senhora sempre foi fiel. Fique em paz, avó Graça, a sua neta está formando.

À minha Ohana, família Valcacer, a qual nunca me abandonou ou esqueceu.

Ao Colégio Santo Agostinho e ao corpo docente de professores que tive antes da graduação, colégio este que foi minha casa durante treze anos, desde a educação infantil até o ensino médio, o qual sou grata e honrada pela formação acadêmica e pessoal que me foi proporcionada. Agradeço, em especial, a diretora Júlia Eugênia Cury e às freiras agostinianas, pela oportunidade e concessão de bolsa de estudo que me permitiu findar a educação básica em um dos colégios mais tradicionais do estado.

Ao Programa Universidade para Todos – ProUni, pela bolsa de estudos que me permitiu adentrar no ensino superior e me graduar pela renomada Pontifícia Universidade Católica de Goiás.

Ao corpo docente da Pontifícia Universidade Católica de Goiás, em especial aos professores que, ao longo da minha trajetória enquanto acadêmica, contribuíram para a minha formação dentro e fora das salas de aula e sopesaram minha admiração pelo curso de Direito, o qual almejava cursar desde a infância. Ressalto, na oportunidade, a minha estima quanto ao meu orientador, Dr. Gaspar Alexandre Machado de Souza, por sempre ser solícito e me auxiliar para o melhor desenvolvimento deste trabalho.

Aos meus amigos discentes que pude fazer e reencontrar durante a graduação, especialmente aqueles que me acompanharam desde o início da faculdade, nossa para sempre sigla FLIJAMPNTS, com os quais pude partilhar conhecimentos, frustrações, angústias e conquistas, enquanto caloura e veterana, e pretendo levar para a vida.

Ao Ministério Público do Estado de Goiás, pela melhor e maior oportunidade de estágio que obtive enquanto graduanda. Ressalto, na ocasião, meus agradecimentos a Comarca de Aparecida de Goiânia, em especial à equipe da 15ª Promotoria de Justiça, que me acolheu desde o primeiro dia e me proporcionou conhecimentos inestimáveis, os quais contribuíram, inclusive, para a realização da presente pesquisa.

Por fim, registro meus mais sinceros agradecimentos aqueles que, apesar de não terem sido mencionados, de alguma forma, contribuíram para o meu desenvolvimento acadêmico e pessoal.

RESUMO

A presente monografia se propôs a analisar o Acordo de Não Persecução Penal enquanto instrumento da justiça penal consensual e a possibilidade de aplicação retroativa deste instituto aos fatos cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/19. Pretendeu-se verificar a natureza da norma que o instituiu e as consequências trazidas por este entendimento sob a égide do direito intertemporal, considerando que o §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal dispôs o cumprimento do acordo como causa extintiva de punibilidade, limitando o poder punitivo estatal. Através do método dialético, verificou-se que a norma que versa sobre o referido instituto possui natureza de norma híbrida. Todavia, conforme verificado, subsistem controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais quanto à possibilidade de limitação temporal processual para a celebração do acordo, visto que a norma que o regula poderia estar sujeita à conformidade entre os princípios do *tempus regit actum* e retroatividade da lei mais benéfica frente à unicidade deste último, razão pela qual mostrou-se relevante a análise da novel legislativa. Concluiu-se, durante o desenvolvimento da pesquisa, que, apesar das divergências, prevaleceu nos precedentes jurisprudenciais proferidos o entendimento de que a retroatividade do ANPP aos fatos cometidos antes da vigência da Lei nº 13.964/19 se restringiria aos casos em que não houve o recebimento da denúncia, não englobando, pois, as ações penais em curso, em razão da finalidade precípua do instituto, qual seja, de obstar a deflagração da persecução penal, cabendo ao plenário do STF o julgamento do HC 185.913 DF para fins de abstratização do tema.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Norma híbrida. Possibilidade de aplicação retroativa.

ABSTRACT

This monograph proposed to analyze the Penal Non-Persecution Agreement as an instrument of consensual criminal justice and the possibility of retroactively applying this institute to the facts committed before Law No. 13.964 / 19 came into force. It was intended to verify the nature of the rule that instituted it and the consequences brought by this understanding under the aegis of intertemporal law, considering that §13 of article 28-A of the Code of Criminal Procedure provided compliance with the agreement as an extinguishing cause of punishment, limiting the state's punitive power. Through the dialectical method, it was found that the norm that deals with that institute has the nature of a hybrid norm. Nevertheless, doctrinal and jurisprudential controversies remain regarding the possibility of procedural time limitation for the conclusion of the agreement, since the rule that regulates it could be subject to the conformity between the principles of the *tempus regit actum* and retroactivity of the most beneficial law in view of its uniqueness. last, reason why the analysis of the legislative novel proved to be relevant. It is concluded, during the development of the research, that, despite the divergences, prevailed in the precedent jurisprudentials rendered the understanding that the retroactivity of the ANPP to the facts committed before the Law nº 13.964 / 19 would be restricted to the cases in which there was not

the receipt of the complaint, therefore, not encompassing the criminal proceedings in progress, due to the primary purpose of the institute, namely, to prevent the outbreak of criminal prosecution, and the STF plenary session is responsible for the judgment of HC 185,913 DF for the purposes of abstracting the theme

Keywords: Penal Non-Persecution Agreement; hybrid norm; possibility of retroactive application

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
CAPÍTULO I - A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL – O ADVENTO DA LEI Nº 9.099/95	12
1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CAUSAS DE EXPANSÃO DE MÉTODOS CONSENSUAIS.....	13
1.2 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL FRENTE AS GARANTIAS CONTITUCIONAIS	16
1.2.1 Oralidade	20
1.2.2 Simplicidade.....	21
1.2.3 Informalidade	22
1.2.4 Economia Processual.....	23
1.2.5 Celeridade.....	24
1.3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES.....	25
1.3.1 Composição Civil	25
1.3.2 Transação Penal	26
1.3.3 Suspensão Condicional do Processo	28
CAPÍTULO II - CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAS E O DIREITO INTERTEMPORAL	30
2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAS	31
2.2 A APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO	34
2.3 A LEI Nº 9.099/1995 E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA	37
CAPÍTULO III – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA POSSÍVEL RETROATIVIDADE	40
3.1 DA RESOLUÇÃO 181/17 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.....	41
3.2 REQUISITOS E VEDAÇÕES à CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	44

3.3 CONDIÇÕES A SEREM IMPOSTAS	49
3.4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	51
CONCLUSÃO	61
REFERÊNCIAS	63

INTRODUÇÃO

Conforme o levantamento de dados “Relatório Justiça em Números” apresentado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2020, verificou-se no ano de 2019 o ingresso de 2,4 milhões de novos casos criminais no Poder Judiciário, sendo que destes 1,6 milhão (que representa 58,5% dos processos criminais), estão somente na fase de conhecimento, estando os demais feitos distribuídos na fase de execução penal de 1º grau, nas turmas recursais, no 2º grau e nos Tribunais Superiores.

Diante deste contexto de morosidade do processo penal e sobrecarga do aparato judiciário brasileiro se insere a atualidade do debate acerca da justiça penal consensual, cuja incorporação no ordenamento pátrio se deu através da Lei nº 9.099/95, com a criação dos Juizados Especiais Criminais e aplicação de institutos despenalizadores aos delitos de menor potencial ofensivo, dentre eles a transação penal, suspensão condicional do processo e a composição civil dos danos.

Não obstante, em que pese a tendência mundial de expansão dos espaços de consenso, questiona-se ainda acerca da legitimidade da justiça penal consensual frente aos princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro, ocasião em que se insere a atualidade da discussão quanto ao Acordo de Não Persecução Penal, considerando a previsão legal deste instituto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, com a vigência da Lei nº 13.964/19.

Neste sentido, a presente monografia aborda o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) enquanto instituto da justiça penal consensual, analisando-o sob a égide do direito penal intertemporal. Tem-se que o §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal dispõe o cumprimento do acordo como causa extintiva de punibilidade, limitando o *jus puniendi* estatal, de forma que a norma que o disciplina também possui conteúdo de norma material e não meramente processual.

Por conseguinte, o objetivo geral é compreender acerca da natureza da norma que instituiu o referido instituto e as consequências advindas de tal classificação, promovendo uma análise no tocante à possibilidade de aplicação retroativa do ANPP aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/19.

Para subsidiar tal objetivo, no primeiro capítulo, é realizada a contextualização histórica quanto às causas de expansão dos espaços de consenso no âmbito

processual penal e a conseqüente consagração deste no ordenamento jurídico brasileiro, com o advento da Lei nº 9.099/95, analisando os princípios da justiça penal consensual frente ao Estado Democrático de Direito.

No segundo capítulo aborda-se acerca da hermenêutica das normas processuais penais e as conseqüências no direito intertemporal. Objetiva-se compreender as divergências conceituais no tocante às normas processuais materiais, também denominadas normas mistas ou híbridas.

Por fim, no último capítulo, analisou-se especificamente a temática da presente monografia, qual seja, o Acordo de Não Persecução Penal e a possibilidade de aplicação retroativa. Desenvolveu-se, através do método dialético, a compreensão acerca da natureza da norma que instituiu o ANPP, cuja divergência reside no fato de que não se trataria de norma puramente processual, mas sim de cunho híbrido, cuja incidência retroagiria aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19, por prever uma situação mais benéfica ao acusado, sendo que este procedimento não foi taxativamente determinado pelo legislador.

Diante ao exposto, busca-se determinar, com base na doutrina e legislação pertinentes e decisões judiciais proferidas, acerca da possibilidade da aplicação retroativa do acordo de não persecução penal aos fatos e processos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19 que preencherem os requisitos previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, analisando sobre a (in)existência de lapso temporal processual para a celebração do acordo, diante a unicidade do fundamento da retroatividade benéfica.

CAPÍTULO I - A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL NO BRASIL – O ADVENTO DA LEI Nº 9.099/95

Os mecanismos negociais permeiam uma ampla tendência internacional no âmbito penal no tocante à aceleração e diversificação processual, objetivando, pois, a celeridade na resolução dos conflitos e introdução de opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário, engendrando-se, portanto, ritos especializados e saídas alternativas à persecução, fundadas no princípio da oportunidade.

Conforme salienta Lopes Jr “o processo penal não está num compartimento estanque, imune aos movimentos sociais, políticos e econômico” (2008, p. 14), de forma que houve a necessidade de aperfeiçoamento deste para atender às exigências de uma sociedade mais complexa e diversificada.

Neste diapasão, em que pese a tendência mundial de expansão dos espaços de consenso, somadas à crescente cobrança por celeridade e efetividade do processo penal, visto como instrumento legítimo e confiável de realização de justiça e meio de concretização de valores constitucionais dos quais decorrem direitos e garantias, questiona-se acerca da legitimidade da justiça penal consensual frente aos princípios do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Por conseguinte, diante deste contexto de transformações sociais e jurídicas, somado à morosidade do processo penal e sobrecarga do aparato judiciário brasileiro, se insere o debate acerca da justiça penal consensual, cuja incorporação no ordenamento pátrio se deu através da Lei nº 9.099/1995 com a criação dos Juizados Especiais Criminais e aplicação de institutos despenalizadores aos delitos de menor potencial ofensivo¹.

Trata-se, pois, de um modelo de justiça em que a solução é acordada entre as partes, ou seja, é decorrente da convergência de vontade dos litigantes, nos termos da lei, contrapondo-se à justiça conflitiva e visando, por meio do diálogo e do consenso, uma célere e não dispendiosa resolução dos casos, que melhor atende às expectativas do Estado, da sociedade e do próprio acusado.

¹ De acordo com a definição legal dada pela Lei nº 9.099/1995, consoante ao disposto em seu artigo 61, consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

1.1 CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS CAUSAS DE EXPANSÃO DE MÉTODOS CONSENSUAIS

Conforme explanado inicialmente, as transformações promovidas pela sociedade global e pós moderna influenciaram a seara jurídica, no tocante aos princípios, valores e práticas exauridas pelo direito e pelo processo.

Conforme aduz Leite (2009, p. 14), as mudanças advindas da globalização e dos fenômenos decorrentes da pós-modernidade, a partir da metade do século XX, reforçaram na sociedade contemporânea a diversidade, a pluralidade e o anseio de agilidade de respostas aos desafios apresentados, diante aos avanços tecnológicos e a modificação dos comportamentos dos indivíduos e a direção das organizações sociais. Desta forma, o direito não se manteve incólume a tal cenário, oportunidade em que questionou-se sobre adequação das normas ao contexto social e quanto a interpretação e ponderação de princípios, sendo que, no âmbito processual penal, decorreu a distorção entre o tempo social e o tempo do processo, corroborando para as cobranças por celeridade e eficiência e o desenvolvimento dos métodos consensuais de resolução de conflitos.

Diante desse contexto, impende ressaltar que, paulatinamente, o sistema tradicional passou a admitir soluções consensuadas como mecanismo alternativo de resolução de litígios na esfera criminal, restringindo a solução clássica, mais morosa, para as causas de maior complexidade e relevância (GIACOMOLLI, 2009, p. 61), considerando que a industrialização, o consumismo e a globalização corroboraram para a inflação legislativa em matéria penal, diante a imersão de novas formas de criminalidade, exigindo-se a criação de novos tipos penais para tutelar novos bens jurídicos e corroborando para a sobrecarga no sistema judiciário.

No tocante à globalização política, decorreu-se a redefinição dos papéis do Estado e a fragilização do conceito de soberania como poder incontestável no âmbito territorial. Sendo assim, em detrimento da atuação cada vez mais interligada à conjuntura internacional, houve uma crescente incapacidade estatal de estabelecer políticas autônomas e de longo prazo, corroborando, pois, na dificuldade de solução das demandas internas, tais como a pobreza, a exclusão e a insegurança.

Por conseguinte, o sistema jurídico penal, baseado em um formalismo sistêmico, contrapunha-se à sociedade contemporânea. Neste viés, Oliveira (2015, p.

25) elenca como bases do sistema penal conflitivo, atrelado ao surgimento do Estado Moderno, a estrutura centralizada e hierarquizada do poder punitivo pelo Estado, a detenção do monopólio coercitivo visando a afirmação do poder central e o exercício do controle social, além da transmissão da crença da submissão moral dos indivíduos a um direito racional e garantidor do sistema ideal de convívio entre os indivíduos. Desta forma, as referidas transformações oriundas da globalização afetaram diretamente o sistema jurídico penal, já que a sociedade passou a ver o direito como um grande entrave para a solução dos conflitos sociais, decorrente da incompatibilidade entre a estruturação do direito e a nova ordem mundial, conduzindo, inexoravelmente, à crise do sistema penal.

Tem-se, pois, que os conceitos e as ideias que nortearam o desenvolvimento da ciência jurídica, mediante a assunção do poder jurisdicional pelo Estado e a fixação da lei como principal fonte, revelaram-se insuficientes para atender as demandas da sociedade contemporânea. Segundo Bittar, “validade, legalidade, ordem, impositividade, eram considerados valores supremos de um ordenamento que se operava como uma razão científica para a disciplinação da ordem e da desordem sociais” (2008, p. 145), momento em que paradigmas tradicionais que serviram ao Estado de Direito do século XIX deixaram de ser aptos para a articulação de que necessitava o Estado contemporâneo.

Neste diapasão, ao analisar a temática, assevera Leite (2009, p. 22):

Se, no positivismo normativista kelsiano, as preocupações se voltavam para a validade da norma numa perspectiva formal e hierárquica, na pós modernidade as atenções focalizam a questão da eficácia, ou seja, da aptidão, substantiva e não apenas formal, das normas jurídicas para cumprirem seu objetivo de servir de instrumento para a resolução dos conflitos inerentes à convivência humana.

Quanto à ampliação dos espaços de consenso no âmbito processual penal, Andrade dispõe ser “uma sede natural de incidência da teoria do agir comunicativo, já que é um modelo fundado no encontro de vontades e que depende do processo comunicativo livre e consciente para se construir a solução do conflito” (2018, p. 40).

Ao desenvolver a teoria do agir comunicativo, Habermas propôs uma nova teoria da sociedade, guiando-se pela filosofia da linguagem. Trata-se, pois, da possibilidade de construção, por intermédio do agir comunicativo, de uma base social fundada no entendimento intersubjetivo, objetivando a socialização dos sujeitos e a

emancipação social. Durante a estruturação da referida teoria, o autor alemão asseverou que o agir comunicativo, caracterizado pela interação entre os sujeitos, comandada pela linguagem e orientada pelo diálogo tendente ao entendimento mútuo, ao interesse comum e ao consenso, deve atender a quatro pretensões de validade, que se traduzem em elementos ou critérios a serem preenchidos nos atos de fala a fim de estabelecer o entendimento mútuo e se alcançar o consenso, sendo estes: a compreensibilidade, consistente no caráter inteligível das mensagens transmitidas durante a comunicação; a verdade, no que diz respeito ao conteúdo das falas; a correção, no tocante aos atos de fala, os quais devem se mostrar justos e legítimos ao contexto normativo vigente e a sinceridade, em relação a intenção do falante e autenticidade quanto aos seus pensamentos (ANDRADE, 2018, p. 41 e 44).

Conforme asseverou Habermas:

Os processos de entendimento mútuo visam um acordo que depende do assentimento racionalmente motivado ao contexto de um proferimento. O acordo não pode ser imposto à outra parte, não pode ser extorquido ao adversário por meio de manipulações: o que manifestamente advém graças a uma manifestação externa, não pode ser tida na conta de um acordo. Este se assenta sempre em convicções comuns. A formação de convicções pode ser analisada segundo o modelo das tomadas de posição em face de uma oferta de ato de fala. O ato de fala de um só terá êxito se o outro aceitar a oferta nele contida, tomando posição afirmativamente, nem que seja de maneira implícita, em face de uma pretensão de validade em princípio criticável (*apud* ANDRADE, 2018, p. 48).

Depreende-se, pois, da teoria do agir comunicativo, a inadmissão do emprego de meios coercitivos, visto que estes desvirtuam a manifestação de vontade dos interlocutores, pressupondo, desta forma, a ausência de coação para o entendimento mútuo e a formação consensual válida. Por conseguinte, a concepção de consenso formulada por Habermas e a epistemologia da ação comunicativa pode contribuir quanto ao manuseio de instrumentos negociais no âmbito do processo penal, visto que as tentativas de consenso fracassadas podem ser explicadas pela violação das condições apontadas pelo filósofo alemão, sendo estas essenciais para a celebração de um acordo válido em um Estado Democrático de Direito, motivo pelo qual impende ressaltar acerca dos princípios legitimadores da justiça penal consensual no ordenamento jurídico.

1.2 PRINCÍPIOS DA JUSTIÇA CRIMINAL CONSENSUAL FRENTE AS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A estruturação de um modelo processual penal de consenso busca um equilíbrio entre a tutela dos interesses individuais do acusado com o interesse de defesa social mais efetiva. Sendo assim, no ordenamento jurídico brasileiro, objetivando conferir maior celeridade e informalidade à prestação jurisdicional no tocante aos delitos de menor potencial ofensivo, preceituou o legislador constituinte acerca da criação dos Juizados Especiais, conforme dispõe o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal (CF), instaurando-se uma nova espécie de jurisdição no processo penal, qual seja, a jurisdição consensual, com a vigência da Lei nº 9.099/1995.

Até o advento desta legislação, admitia-se apenas a jurisdição conflitiva como forma de aplicação do direito penal objetivo, a qual demanda a instauração de um processo contencioso, marcado pelo antagonismo entre a acusação e a defesa, tendo como objetivo precípua, em regra, a imposição de uma pena privativa de liberdade. Não obstante, com a criação dos Juizados Especiais, por intermédio da Lei nº 9.099/1995, cedeu-se espaço para uma jurisdição consensual, em que se busca um acordo entre as partes, colocando em segundo plano os princípios da jurisdição conflitiva, quais sejam, a inderrogabilidade do processo penal e da pena e a obrigatoriedade e indisponibilidade da ação penal pública, que deram lugar a um novo paradigma processual penal, destacando-se a oportunidade, a disponibilidade e a discricionariedade regrada (LIMA, 2020, p. 1545).

Impende ressaltar que o sistema processual pátrio tem base constitucionalmente acusatória, considerando o artigo 5º, incisos LIII, LV, LVI, LVII da CF de 1988, os quais garantem aos imputados não apenas um processo, mas o incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, da presunção da inocência e do devido processo legal para a imposição sancionatória (*nulla poena sine iudicio*). Diante destes postulados, a introdução de métodos de solução consensual de conflitos penais é vista com ressalvas por alguns segmentos doutrinários, afirmando-se que direitos e garantias são violados em detrimento ao efficientismo.

Como é sabido, o artigo 5º da Constituição Federal de 1988 consagra os direitos e garantias individuais e coletivas daqueles que estão submetidos à jurisdição

brasileira. Apesar de seu §2º expressamente informar que o rol contido no *caput* do aludido dispositivo não exclui outros direitos e garantias esparsos pelo próprio texto constitucional, cumpre enfatizar que todos estes são concebidos igualmente como fundamentais.

A teoria dos direitos fundamentais, desenvolvida pelo jusfilósofo contemporâneo Robert Alexy, tem como finalidade a distinção entre regras e princípios:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes. Já as regras são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige nem mais, nem menos. Regras contêm, portanto, *determinações* no âmbito daquilo que é fática ou juridicamente possível. Isso significa que a distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Toda norma é ou uma regra ou um princípio (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Ademais, aduz Alexy (2008, p. 93) que, havendo colisão entre princípios, um destes terá que ceder, em virtude à precedência em face do princípio cedente, decorrente do sopesamento entre os interesses conflitantes sob determinadas condições. Sendo assim, na ponderação entre dois princípios, de mesma categoria abstrata, deve-se observar qual dos princípios possui maior peso no caso concreto. Essa relação de tensão não pode ser solucionada visando dar uma prioridade absoluta a um dos princípios garantidos pelo Estado. Desta forma, a colisão deve ser solucionada através de uma ponderação dos interesses opostos, ou seja, uma ponderação de qual dos interesses, abstratamente do mesmo nível, possui maior peso diante das circunstâncias do caso concreto.

Deste modo, os princípios orientadores dos Juizados Especiais Criminais, cerne da justiça penal consensual no ornamento jurídico pátrio, situam-se na esfera constitucional e na base legal ordinária. A própria Constituição Federal de 1988 dispõe, no artigo 98, inciso I, as diretrizes a serem observados no processamento das infrações de menor potencial ofensivo, sendo a Lei nº 9.099/1995 concebida dentro de parâmetros constitucionais:

A Constituição de 1988 inovou ao prever em seu texto dispositivo que estabelece o dever de criação dos juizados especiais por parte da União e dos Estados, os quais deverão ser orientados pelos princípios (critérios) da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade. Trata-se, assim, de norma constitucional de eficácia limitada, regulamentada no âmbito da Justiça Estadual pela Lei n. 9.099, de 1995 (CANOTILHO, *et al*, 2020, p. 2547).

Neste diapasão, visando inferir a conformidade jurídico-constitucional do consenso no processo penal brasileiro, faz-se imprescindível contrastar ou harmonizar os princípios conflitantes, questionando-se se há mitigação ou abolição do princípio constricto e em detrimento a qual benefício social e valor constitucional. A justiça consensual, ao ser contemplada pelo legislador originário, inaugura uma nova política de persecução penal, segundo a qual o legislador efetiva um prévio juízo de conveniência.

Conforme aduz Lopes Jr (2020, p. 152):

É preciso definir um espaço de negociação entre as partes, em detrimento das estruturas de conflito e, principalmente, uma forma de oferecer uma “eficiência funcionalmente orientada”, que permitirá ultrapassar a atual sobrecarga da justiça penal, rumo a um modelo mais rápido, sem, em tese, violação dos princípios constitucionais do Estado de Direito.

Neste sentido, a ampliação das margens de consenso no âmbito processual pátrio preserva o núcleo axiológico do sistema jurídico vigente: a dignidade da pessoa humana. O princípio da dignidade da pessoa humana, expressamente previsto no artigo 1º, inciso III, da CF de 1988, nos ditames de Nucci “parece conglobar em si todos aqueles direitos fundamentais, quer sejam os individuais clássicos, quer sejam os de fundo econômico e social” (2020, p. 129).

Conforme assevera Sarlet (2002, p. 62):

dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Sendo assim, no tocante à dimensão principiológica, o princípio da dignidade da pessoa humana atua como uma espécie de mandado de otimização, ordenando a

proteção e promoção da dignidade da pessoa, a ser realizada na maior medida possível, considerando as possibilidades fáticas e jurídicas existentes.

O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Cezar Peluso, já discorreu acerca da grande periculosidade que o procedimento penal oferece à vida social de uma pessoa, concluindo pela sua necessidade apenas em última hipótese:

A pendência do processo penal implica ao réu pesadas consequências, assim do ponto de vista prático, como teórico. A despeito da garantia constitucional da proibição de prévia consideração de culpabilidade, a só pendência do processo criminal representa sempre, do ângulo empírico, perante a sociedade, um estigma, um sinal infamante, reconhecido como tal não apenas por preconceito. O processo criminal, nesse sentido, constitui palco das chamadas “cerimônias degradantes”, porque tem por definição e objeto a apuração da acusação de um fato ou ato que, por ser crime em tese, é, ainda nessa condição hipotética, sempre abjeto do ponto de vista do seu significado ético e social. Assim, a par de atingir, em potência, o *status libertatis* do cidadão, atinge-lhe, em ato, sobretudo o *status dignitatis* (STF, RE 593.727/MG, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso).

Desta forma, o processo criminal, em si, se faz como uma cerimônia degradante do indivíduo, de forma que afeta intensamente sua vida e relações sociais de forma negativa, já que ser objeto de investigação e submeter-se ao processo criminal geram desgaste e um efeito estigmatizante sobre o acusado, sobretudo quando há duração excessiva da causa ou exposição midiática.

Nesse contexto, a possibilidade de uma solução consensual no âmbito processual penal favorece aos interesses do acusado e tem amparo no princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que impede um sofrimento desnecessário, pois evita a estigmatização decorrente do processo, além do fato da solução pactuada, construída na forma da lei, em respeito à autonomia da vontade, propiciar vantagens aos acusados, como a redução da sanção, a supressão de alguns efeitos da condenação, a suspensão do processo com ou sem condições e a desconsideração dos efeitos da reincidência (ANDRADE, 2018, p. 64).

Neste diapasão, o consenso penal efetiva o direito de liberdade do cidadão que, ao se submeter a menor sanção, minimiza os aspectos deletérios da pena severa que lhe poderia ser imposta. Subsistem os demais valores constitucionais (dentre eles a ampla defesa e o devido processo legal), dando-se prevalência ao direito de maior valor: o da liberdade.

Por conseguinte, o princípio da dignidade da pessoa humana constitui um fundamento legitimador do consenso penal, não apenas no tocante aos interesses do acusado, como também quanto aos interesses e necessidade da rápida e adequada

proteção de dignidade da pessoa da vítima, visto que o consenso penal evita o enfrentamento, pelo ofendido, da exposição desgastante em juízo e da morosidade processual, as quais geram uma vitimização secundária diante as instâncias formais de controle.

Outrossim, no tocante à justiça consensual sob a égide da Lei nº 9.099/1995, destacam-se outros princípios processuais a serem observados no processamento das infrações de menor potencial ofensivo, cujas diretrizes foram previstas pela própria Constituição Federal de 1988, no artigo 98, inciso I. Tais princípios foram posteriormente elencados nos artigos 2º e 62 da Lei nº 9.099/95, quais sejam: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade

1.2.1 Oralidade

A adoção do princípio da oralidade, segundo Giacomolli, tem como consequências “a concentração dos atos em audiência única, o contato pessoal do julgador com o acusado, com as testemunhas, e com o conjunto probatório - imediatidade-, e a vinculação do juiz nos processos em que colheu a prova – identidade física” (2009, p. 50).

Desta forma, depreende-se que o princípio da oralidade promove uma maior proximidade entre os jurisdicionados e o magistrado, engendrando uma solução mais célere do conflito, tendo ainda como princípios correlatos o da imediatidade, o qual precípua que a colheita de todas as provas deve ser procedida diretamente pelo juiz, em contato imediato com as partes, bem como o da identidade física do juiz, segundo o magistrado que preside a instrução deverá prolatar a sentença.

Conforme dispõe a Lei nº 9.099/1995, no tocante aos Juizados Especiais Criminais, a representação e a exordial acusatória (denúncia ou queixa) poderão, na audiência preliminar, ser ofertadas oralmente, todavia reduzindo-se a termo o essencial, conforme exsurge dos artigos 77, §3º e 78 desta lei.

Ademais, em audiência única, após a fase preliminar, ocorre o oferecimento da resposta do acusado, o recebimento ou não da peça acusatória, sendo que, havendo o recebimento, passa-se à inquirição das testemunhas e posterior interrogatório do réu, seguido dos debates orais e da prolação da sentença, cujo relatório será dispensado. Desta forma, todas as provas, os debates e a sentença são

orais e produzidos em uma única audiência, constando do termo breve resumo dos fatos relevantes ocorridos na audiência, conforme alude o artigo 81, *caput* e parágrafos desta lei.

Por conseguinte, tem-se que a Lei nº 9.099/1995 preconiza a primazia da oralidade, todavia sem a exclusão por completo da escrituração, já que os atos considerados essenciais serão reduzidos por escrito, conforme assevera o artigo 65, §3º da referida legislação. Sendo assim, ao dispor tal critério, o legislador aludiu não à exclusão do procedimento escrito, mas à superioridade da forma oral à escrita na condução processual pelo rito sumaríssimo.

1.2.2 Simplicidade

O princípio da simplicidade remete à desburocratização dos formalismos atinentes ao procedimento comum, ensejando, pois, congruência com o princípio de instrumentalidade das formas.

Conforme aduz Giacomolli, “o sistema da justiça conflitiva prima pela escrituração, burocratização e formalização da busca da decisão adequada ao fato. Os envolvidos entram numa estrutura desconhecida, ritualística, canonizada, fora de seus padrões de convivência social” (2009, p. 61), decorrente do formalismo exacerbado da instrução processual, o qual contribui para a morosidade da prestação jurisdicional.

Desta forma, consoante a tal princípio, a Lei nº 9.099/95 objetiva, por intermédio do rito sumaríssimo, a prática dos atos processuais de forma simplificada e não dispendiosa, pois afasta do âmbito dos Juizados os atos que se mostrarem complexos ou que exijam maiores investigações, encaminhando-os ao juízo comum, bem como aqueles em que o suposto ator do fato não for encontrado para ser citado, a fim de proceder à citação por edital na justiça comum, conforme dispõem os artigos 77, §2º e 66, parágrafo único, ambos desta legislação.

Sendo assim, em decorrência deste princípio denota-se que, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, prima-se pela reunião de atos essenciais ao processo.

1.2.3 Informalidade

O princípio da informalidade se relaciona ao princípio da instrumentalidade das formas e converge ao princípio da simplicidade, visto que também objetiva o combate ao excessivo formalismo que prevalece na prática de atos processuais solenes em detrimento à pronta prestação jurisdicional.

A sistemática adotada pela Lei nº 9.099/1995 tem por escopo agilizar a investigação, o processamento, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, assim como solucionar o caso penal, de maneira definitiva, por intermédio da composição civil e da aplicação de medidas alternativas à pena privativa de liberdade (GIACOMOLLI, 2009, p. 51).

Desta forma, conforme aduz Mougenot, o princípio da informalidade visa “a flexibilização dos instrumentos pelos quais os atos processuais podem ser praticados, abolindo as formas rígidas, já que essas nem sempre se mostram as mais adequadas à consecução de um processo justo e ao mesmo tempo célere” (2019, p. 134).

Consoante a este princípio, a Lei nº 9.099/1995 consagra a informalização dos atos processuais quando dispõe acerca da prática de atos processuais em outras comarcas por qualquer meio hábil de comunicação, conforme dispõe o artigo 65, §2º desta legislação.

Ademais, em decorrência ao princípio da informalidade, possibilita-se, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, que se proceda à intimação por correspondência, com aviso de recebimento pessoal, bem como por outros meios, de acordo com o artigo 67 da Lei nº 9.099/1995.

Outrossim, conforme aduz Giacomolli (2009, p. 52), nenhuma nulidade será pronunciada sem que tenha havido prejuízo, consoante ao disposto no artigo 65, §1º, da Lei 9.099/1995, exigindo-se, pois, para que o ato seja eivado de vício, a incidência de incontestável prejuízo, independentemente de sua natureza, pois a legislação não faz menção e distinção entre nulidades relativas e absolutas.

Por conseguinte, em virtude do princípio da informalidade, o legislador atribuiu aos Juizados Especiais Criminais a possibilidade de afastamento do exasperado formalismo atinente à justiça comum, primando pela finalidade do processo.

1.2.4 Economia Processual

Consoante o princípio da economia processual, diante às múltiplas alternativas processuais, deve-se optar por aquela que for menos gravosa ou onerosa às partes e ao próprio Estado.

Conforme assevera Nucci (2015, p. 625):

A *economia* no âmbito processual significa o bom uso dos instrumentos formais, colocados à disposição das partes e do juiz, para que haja o mais adequado funcionamento e andamento dos atos processuais, culminando com um resultado eficiente e útil. Deve-se evitar o desperdício, em particular do tempo de trabalho de todos os envolvidos no feito, abrangendo não somente as partes, mas também as pessoas que gravitam, eventualmente, em certos processos (peritos, testemunhas, vítimas etc.).

Sendo assim, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, é veemente a incidência do princípio da economia processual desde a investigação preliminar das infrações de menor potencial ofensivo, diante à lavratura do termo circunstanciado de ocorrência pela autoridade policial em detrimento ao inquérito policial, encaminhando o autor do fato e a vítima imediatamente ao Juizado para as providências necessárias, conforme dispõe o artigo 69 da Lei nº 9.099/1995.

Ademais, na audiência preliminar disposta no artigo 72 da referida legislação, o magistrado esclarece, utilizando-se de diálogo informal, a respeito da possibilidade de composição dos danos, buscando um efetivo consenso entre as partes litigantes, sendo que, restando esta frustrada, passa-se à proposta da transação penal, conforme o disposto nos artigos 75 e 76 da Lei nº 9.099/1995. Desta forma, a referida legislação objetiva, primeiramente, a promoção de acordos civis ou penais, quais sejam, a composição civil e a transação penal, a fim de não haver a instauração de um processo penal, sendo que, restando estes infrutíferos, prevê a realização de uma audiência única para a instrução e julgamento durante o rito sumaríssimo, consoante ao disposto em seu artigo 81.

Outrossim, havendo a proposta da transação penal pelo Ministério Público e a recusa pelo autor do fato, o órgão ministerial oferecerá denúncia, sendo que o exame de corpo de delito será prescindível diante da admissão da prova da materialidade do crime por boletim médico ou prova equivalente, consoante ao disposto no artigo 77, *caput* e §1º da referida legislação.

Portanto, denota-se que o princípio da economia processual disposto na Lei nº 9.099/1995 objetiva compatibilizar o aproveitamento dos atos procedimentais com a minimização das atividades processuais.

1.2.5 Celeridade

A incidência do princípio da celeridade converge à do princípio da economia processual, visto que busca a presteza no âmbito processual, visando garantir a tutela jurisdicional de forma célere, todavia, sem que haja inobservância dos preceitos legais estabelecidos na Lei nº 9.099/1995. Desta forma, a celeridade emerge como princípio constitucional, consoante ao disposto no artigo 5º, inciso LXXVIII da Constituição Federal, o qual assegura a todos, no âmbito judicial e administrativo, a duração razoável do processo e a celeridade de sua tramitação.

Conforme assevera Mougenot (2019, p. 135):

Trata-se de um princípio pelo qual não só os atos processuais, vistos isoladamente como partículas do procedimento, mas também a concessão da própria tutela requerida, nos casos em que o requerente tenha razão, sejam providos com celeridade, privilegiando a eficácia da tutela concedida.

Sendo assim, nota-se que o princípio da celeridade adotado pela Lei nº 9.099/1995 é corolário aos demais princípios orientadores elencados na referida legislação e abordados alhures, visto que a reunião destes princípios de forma harmoniosa influi para a prestação jurisdicional mais célere no âmbito dos Juizados Especiais Criminais.

Neste sentido, a incidência deste princípio decorre da dispensabilidade do inquérito policial, da simplificação do rito processual, da primazia pela oralidade e dos demais pressupostos legais advindos do rito sumaríssimo.

Não obstante, é imperioso ressaltar que, conforme aduz Giacomolli (2009, p. 54), a resposta célere no âmbito da justiça criminal não pode se limitar exclusivamente ao fim produtivo, numérico e utilitário, mas destinar-se à busca do fim precípua do processo penal, ou seja, à harmonização das relações sociais e/ou jurídicas, através da igualitária proteção dos bens jurídicos.

1.3 INSTITUTOS DESPENALIZADORES

A Lei nº 9.099/1995 dispõe acerca de três institutos representantes do modelo consensual penal, também denominados institutos despenalizadores: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Conforme assevera Leite (2009, p. 142), tais institutos priorizam soluções mais céleres, evitando as consequências deletérias do processo penal, a exemplo da estigmatização e da aplicação da pena privativa de liberdade. O termo “institutos despenalizadores” é atribuído a eles em razão de possibilitarem o afastamento do cárcere quanto às infrações de menor potencial ofensivo.

Sendo assim, apesar dos referidos institutos possuírem traços em comum, estes possuem seus respectivos pressupostos, os quais serão analisados sucintamente, visto que não são objeto alvo da presente pesquisa.

1.3.1 Composição Civil

O instituto da composição civil, previsto no artigo 74 da Lei nº 9.099/1995, consiste em uma via alternativa para que a vítima seja reparada dos danos causados a ela em virtude da prática da infração penal de menor ofensividade. Sendo assim, configura-se como sendo o primeiro momento da audiência preliminar em que se procede à tentativa de acordo entre as partes envolvidas, cuja finalidade precípua é a solução amigável quanto à reparação dos danos causados pela infração, consoante aos critérios da economia processual e da celeridade (LEITE, 2009, p. 143).

Trata-se de um instituto alternativo em razão do ordenamento processual penal pátrio estabelecer que haja uma sentença penal condenatória transitada em julgado, a qual servirá como título executivo judicial, para que a vítima seja reparada dos danos da infração, conforme dispõe o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, devendo o magistrado, no édito condenatório, estipular um valor mínimo a título de reparação dos danos provocados pela infração penal, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido.

Consoante ao procedimento previsto na Lei nº 9.099/1995, oportuniza-se ao autor do fato e à vítima ou ao seu representante legal a discussão acerca da reparação patrimonial visando um acordo, cujo resultado deverá respeitar os interesses do

ofensor e do ofendido. Ademais, de acordo com a referida legislação, este diálogo será conduzido pelo magistrado ou conciliador por este orientado, a quem incumbe esclarecer as vantagens da via consensual, bem como as consequências jurídicas do ato.

Por fim, conforme assevera Leite (2009, p. 144), apesar da composição civil ter por objeto interesse de natureza cível, esta apresenta elementos consensuais que repercutem de maneira significativa na persecução penal, inserindo-se, pois, no âmbito da justiça penal consensual.

1.3.2 Transação Penal

Consoante ao disposto no artigo 76 da Lei 9.099/1995, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, poderá o Ministério Público propor a transação penal, que consiste na aplicação imediata de penas restritivas de direito ou multa, a serem especificadas na proposta.

Conforme aduz Leite (2009, p. 145):

No âmbito criminal, a transação se configura como um acordo entre o titular da ação penal e o suposto autor da infração de menor potencial ofensivo, pelo qual fica acertado que este se submeterá, de imediato, a uma pena restritiva de direitos ou multa, com o intuito de evitar o processo e satisfazer o *jus puniendi*.

Neste diapasão, a transação penal dispõe acerca da sanção a ser aplicada, não havendo exigência quanto ao reconhecimento da culpa pela pessoa indicada como autora da infração. Ademais, caberá ao órgão ministerial a discricionariedade regrada quanto à escolha da espécie de pena restritiva de direitos mais adequada ao caso, dentre as elencadas no artigo 43 do Código Penal, ou no tocante ao valor da multa.

Quanto ao papel do magistrado, para além do controle da legalidade do ato, este deverá mediar, com imparcialidade, a discussão relativa à proposta de aplicação de pena restritiva de direito ou multa, a fim de garantir um acordo equilibrado entre acusação e defesa. Nesse sentido, a função do juiz vai além da mera homologação do acordo, devendo também esclarecer ao imputado as consequências jurídicas de

sua manifestação, bem como detém o magistrado a possibilidade de, tratando-se da pena de multa ser a única aplicada, reduzi-la até a metade, através de decisão motivada, conforme dispõe o artigo 76, §1º da Lei nº 9.099/1995 (LEITE, 2009, p. 146).

Impende salientar, ainda, as exigências legais as quais deverão ser observadas para a propositura da transação penal, dispostas no artigo 76, §2º da referida legislação. Neste sentido, caso o autor da infração já tiver sido condenado por sentença definitiva, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade ou tiver sido anteriormente beneficiado, no prazo de cinco anos, com o instituto da transação penal, não caberá a propositura deste instituto despenalizador. Ademais, serão analisados, para a concessão deste benefício, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, assim como os motivos e as circunstâncias da infração penal.

Posteriormente, restando superados tais requisitos e vedações acima elencados, será feita a proposta de transação penal, cabendo ao autor do fato, devidamente assistido por sua defesa técnica, pronunciar-se sobre a proposta do órgão acusador, sendo a presença do advogado/defensor público imprescindível no referido ato, sob pena de se declarar a nulidade absoluta da decisão homologatória do acordo, visto que não se pode admitir que princípios norteadores dos juizados especiais, como a oralidade, informalidade e a celeridade afastem o devido processo legal, do qual o direito à ampla defesa é corolário. Ademais, com a aceitação da proposta da transação penal, esta será submetida à apreciação do juiz que, verificando a sua legalidade, homologará o acordo por sentença, sendo esta meramente homologatória, com a consequente aplicação de pena restritiva de direitos ou multa. Salienta-se que a homologação da transação penal não gera reincidência, reconhecimento de culpabilidade, nem tampouco efeitos civis ou administrativos, sendo a decisão registrada apenas para impedir o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos, conforme dispõe o artigo 76, §6º da Lei nº 9.099/1995 (LIMA, 2020, p. 607).

Outrossim, caso a proposta de transação penal não seja aceita pelo acusado e por seu defensor, deverá o representante ministerial ou o querelante oferecer a exordial acusatória oralmente, com o consequente prosseguimento do feito de acordo com o rito sumaríssimo. Tal hipótese se assemelha aos casos em que há descumprimento injustificado do instituto despenalizador em comento, pois, embora a Lei nº 9.099/1995 disponha acerca das consequências do descumprimento da

transação penal nos artigos 85 e 86, tais disposições encontraram obstáculos para serem concretizadas, já que restaram conflitantes a outros princípios orientadores do processo penal. Conforme aduz Lima (2020, p. 611), a decisão que aplica a pena em virtude da transação é meramente homologatória e, sendo assim, não realiza coisa julgada material. Logo, descumpridas as cláusulas do referido acordo, retorna-se ao *status quo ante*, sendo viabilizado ao Ministério Público ou ao querelante a deflagração da persecução penal *in iudicio*, entendimento este adotado tanto pelo Superior Tribunal de Justiça quanto pelo Supremo Tribunal Federal, que editou a Súmula Vinculante nº 35 acerca deste assunto.

1.3.3 Suspensão Condicional do Processo

Conforme dispõe o artigo 89 da Lei nº 9.099/1995, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Ministério Público, ao oferecer a exordial acusatória, 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, bem como preencha os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Não obstante, em que pese a satisfação de pressupostos semelhantes, a suspensão condicional do processo não se confunde com a suspensão condicional da pena, prevista no artigo 77 do Código Penal e que objetiva o sobrestamento da execução da pena privativa de liberdade imposta por sentença condenatória, conforme assevera Leite (2009, p. 166).

Neste diapasão, ao se observar a estrutura jurídica deste instituto, bem como o âmbito de sua admissibilidade, nota-se que este estabelece critérios objetivos, quais sejam, a pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, bem como subjetivos, pois devem ser observados a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do ator, além dos motivos e as circunstâncias do delito.

Ademais, quanto ao procedimento, parte-se de uma proposta apresentada pelo órgão ministerial quando do oferecimento da denúncia e que depende da anuência do acusado, assistido por seu advogado/defensor público, manifesta durante a audiência perante a autoridade judiciária. Ademais, se o processo envolver infração

de menor potencial ofensivo, cuja pena máxima cominada é igual ou inferior a 02 (dois) anos, cumulada ou não com multa, na ocasião da audiência preliminar, disposta no artigo 72 da Lei nº 9.099/1995, será oportunizada, inicialmente, a composição civil dos danos e a transação penal, sendo que, restando estas frustradas, caberá ao Órgão Ministerial o oferecimento da exordial acusatória e a consequente propositura da suspensão condicional do processo. Em contrapartida, caso o crime se processe perante o juízo comum, após receber a denúncia, deverá o magistrado designar audiência em que o acusado possa se manifestar acerca da suspensão (LEITE, 2009, p. 1680).

Desta forma, com a aceitação pelo autor do fato e o atendimento das exigências legais, o magistrado receberá a denúncia e suspenderá o processo, por intermédio de decisão interlocutória, submetendo o acusado ao chamado período de prova, no qual caberá a este promover a reparação do dano causado à vítima, se possível, abster-se de frequentar os lugares indicados pelo juiz, solicitar autorização judicial antes de ausentar-se da comarca onde reside, bem como informar as atividades que desenvolve mediante comparecimento pessoal e obrigatório ao juízo, mensalmente, podendo o magistrado, ainda, especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado, consoante disposto no artigo 89, §§1º e 2º, ambos da Lei nº 9.099/1995.

Por fim, impende destacar que a suspensão condicional do processo não exige a admissão dos fatos, nem da culpa, sendo que a aceitação pelo imputado não pode inferir na assunção de responsabilidade, nem atribuir efeitos negativos aos antecedentes criminais do beneficiado.

Por conseguinte, tem-se que a suspensão condicional do processo objetiva criar alternativas no âmbito do processo penal, diante da diversificação das modalidades de resposta à conduta delitiva, possibilitando alternativas mais benéficas ao acusado.

CAPÍTULO II - CONSIDERAÇÕES ACERCA DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS E O DIREITO INTERTEMPORAL

Para dirimir a problemática da sucessão de leis no tempo, no que concerne ao direito penal, há a garantia fundamental prevista no artigo 5º, inciso XL da Constituição Federal, a qual dispõe que a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.

Não obstante, no âmbito processual penal, a norma geral de direito intertemporal possui previsão no artigo 2º do Código de Processo Penal, dispondo acerca da aplicação imediata da lei processual penal, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência anterior, consagrando, pois, o princípio *tempus regit actum*.

Conforme aduz Badaró (2016, p. 102), retroatividade e aplicação imediata são fenômenos relativos, visto que pressupõem, para sua aferição, um referencial cronológico. Segundo o autor, não havendo conformidade entre o referencial para ambos os fenômenos, trata-se de um mero artifício de retórica visando a violação da garantia decorrente do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa ponderar que a aplicação da lei processual não fere a vedação da irretroatividade da lei penal, considerando que a retroatividade da lei penal considera o *tempus delicti*, enquanto a aplicação imediata da lei processual considera o momento da prática do ato processual.

Neste diapasão, considerando que pode haver a aplicação da lei processual nova aos futuros atos processuais, tendo como objeto crimes cometidos antes da vigência da *novatio legis*, e, por outro lado, há a impossibilidade de aplicação da lei penal para crimes cometidos anteriormente à sua vigência, torna-se imprescindível definir a natureza jurídica dos diversos institutos disciplinados pela lei nova, diante à necessidade de identificação e aplicação das regras de sucessão e direito intertemporal atinentes à cada hipótese.

No tocante à classificação das normas processuais penais, a doutrina assevera acerca da existência de normas de caráter exclusivamente processual, bem como quanto ao reconhecimento das chamadas “normas mistas” ou “normas processuais materiais”, sendo que quanto a estas há divergência doutrinária no âmbito de conceituação, refletindo, pois, no que concerne ao direito intertemporal.

2.1 CLASSIFICAÇÃO DAS NORMAS PROCESSUAIS PENAIS

Segundo Carvalho (2008, p. 348), no direito processual penal existem normas que condicionam, positiva ou negativamente, a responsabilidade penal. Sendo assim, sob a perspectiva do autor, ocorre a distinção, no âmbito processual penal, entre normas de conteúdo material, as quais condicionam a responsabilização penal ou que disponham acerca dos direitos fundamentais do arguido e do recluso, e as normas exclusivamente processuais ou formais, sendo que estas estabelecem as formalidades do procedimento criminal.

A jurisprudência e doutrina remotas, conforme aduz Mougenot (2019, p. 162), reconheciam a natureza jurídica das normas processuais penais em bases puramente topográficas, de forma que o fato de estarem dispostas no Código de Processo Penal determinava a classificação enquanto norma processual penal, não havendo, pois, a distinção quanto à verdadeira natureza da norma, ou seja, a diferenciação entre normas estritamente processuais daquelas de natureza material.

Hodiernamente, a doutrina promove a distinção entre as normas processuais penais, classificando-as dentre normas processuais penais puras/propriamente ditas, normas processuais penais materiais/híbridas/mistas e normas heterotópicas.

Conforme aduz Lopes Jr (2018, p. 112), as normas processuais penais, também denominadas como normas processuais puras ou propriamente ditas, são aquelas atinentes ao procedimento ou à forma dos atos processuais. Como exemplo, tem-se as disposições que introduzem no ordenamento processual acerca do trâmite do processo, disciplinando sobre as citações, perícias, rol de testemunhas de acordo com o rito processual, dentre outras.

No tocante às normas processuais penais materiais, também denominadas como normas híbridas ou mistas, Lima (2020, p. 92) aduz acerca da divergência doutrinária quanto à conceituação. Segundo o autor, uma primeira corrente sustenta que tais normas são aquelas que, em que pese se encontrem disciplinadas em diplomas processuais penais, versam sobre o conteúdo da pretensão punitiva estatal, tais como aquelas relativas ao direito de queixa, ao de representação, à prescrição e à decadência, ao perdão, à perempção, dentre outras.

Neste diapasão, filiando-se à referida corrente doutrinária, Nucci (2020, p. 299) afirma que tais normas também se referem àquelas vinculadas à prisão do réu,

uma vez que se referem à liberdade do indivíduo, asseverando que as normas processuais materiais:

São aquelas que, apesar de estarem no contexto do processo penal, regendo atos praticados pelas partes durante a investigação policial ou durante o trâmite processual, têm forte conteúdo de direito penal. E referido conteúdo é extraído da sua inter-relação com as normas de direito material, isto é, são normalmente institutos mistos, previstos no Código de Processo Penal, mas também no Código Penal, tal como ocorre com a perempção, o perdão, a renúncia, a decadência, entre outros (...) Além dos institutos com dupla previsão (penal e processual penal), existem aqueles vinculados à prisão do réu, devendo ser considerados normas processuais penais materiais, uma vez que se referem à liberdade do indivíduo. A finalidade precípua do processo penal é garantir a correta aplicação da lei penal, permitindo que a culpa seja apurada com amplas garantias para o acusado, não tendo cabimento cuidar-se da *prisão cautelar* totalmente dissociada do contexto de direito material. A prisão cautelar somente tem razão de existir, a despeito do princípio da presunção de inocência, porque há pessoas, acusadas da prática de um crime, cuja liberdade poderá colocar em risco a sociedade, visando-se, com isso, a dar sustentação a uma eventual futura condenação. É o verificado pelo próprio sistema ao autorizar a decretação de prisões cautelares, cujo sentido se dá na medida em que pode o acusado ser à frente apenado com pena privativa de liberdade. Não teria o menor sentido decretar a prisão preventiva de um réu por contravenção penal ou por delito cuja pena cominada é de multa, por exemplo. Assim, lidando-se com o tema da prisão, é indispensável a consideração das normas processuais de conteúdo material. Havendo qualquer mudança legal, benéfica ao réu, podem elas retroagir para abranger situações ocorridas antes da sua existência, desde que isso contribua para garantir a liberdade do réu.

Ademais, conforme dispõe Lima (2020, p. 92), uma segunda corrente doutrinária, de caráter ampliativo, assevera que as normas processuais materiais são aquelas que versam acerca de qualquer matéria que seja direito ou garantia constitucional do cidadão, abrangendo, pois, condições de procedibilidade, meios de prova e eficácia probatória, graus de recurso, liberdade condicional, prisão preventiva, fiança, modalidade de execução de pena e todas as demais normas que produzem reflexos no direito de liberdade do agente.

Segundo os ditames de Badaró, o qual se filia à corrente extensiva (2016, p. 103):

Todas as normas que disciplinam e regulam, ampliando ou limitando, direitos e garantias pessoais constitucionalmente assegurados, mesmo sob a forma de leis processuais, não perdem o seu conteúdo material. São normas processuais de conteúdo material as regras que estabelecem as hipóteses de cabimento de prisões cautelares, os casos em que podem ser revogadas, o tempo de duração de tais prisões, a possibilidade de concessão de liberdade provisória com ou sem fiança, entre outras. Assim, quanto ao direito processual intertemporal, o intérprete deve, antes de mais nada, verificar se

a norma, ainda que de natureza processual, exprime garantia ou direito constitucionalmente assegurado ao suposto infrator da lei penal.

São exemplos de normas processuais híbridas ou mistas a Lei nº 9.721/96, que conferiu nova redação ao artigo 366 do Código de Processo Penal, dispondo acerca da suspensão do processo e da prescrição nos casos em que, havendo citação por edital, o acusado não comparece ou constitui advogado, contemplando, pois, regras de direito processual, no tocante à suspensão do processo, e de direito material, no que concerne à suspensão da prescrição. Do mesmo modo, a Lei nº 12.403/11 e o novo regramento dado às medidas cautelares de natureza pessoal, visto que a redação do artigo 313, inciso I, do Código de Processo Penal, passou a dispor acerca da decretação da prisão preventiva apenas em relação a crimes dolosos punidos com pena máxima superior a 4 (quatro) anos, ressalvadas as hipóteses de reincidente em crimes dolosos, casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, criança, adolescente, idoso, enfermo ou pessoa com deficiência, ou quando houver dúvida sobre a identidade civil da pessoa e esta não fornecer elementos suficientes para esclarecê-la (LIMA, 2020, p. 95).

Ante ao exposto, em que pesem as divergências doutrinárias quanto à conceituação das normas processuais penais materiais, também denominadas normas mistas ou híbridas, é veemente que quanto a estas se aplica o mesmo critério do direito penal, qual seja, de que tratando-se de norma benéfica ao agente, mesmo depois da revogação, a referida lei continuará a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência, bem como em, havendo *novatio legis in melius*, referida norma será dotada de caráter retroativo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua vigência.

Ademais, apesar da distinção conceitual entre as normas processuais e as normas materiais, existem no ordenamento jurídico regras que, embora estejam inseridas em diplomas processuais penais, possuem conteúdo material, devendo retroagir para beneficiar o réu, ou, em que pese estejam incorporadas a leis materiais, apresentam conteúdo genuinamente processual, regendo-se pelo critério *tempus regit actum*. Sendo assim, ocorre o fenômeno da heterotopia, o qual assevera quem embora o conteúdo da norma lhe confira determinada natureza, esta encontra-se disposta em diploma de natureza distinta.

No tocante as normas heterotópicas, Avena (2020, p. 155) assevera que “consiste na intromissão ou superposição de conteúdos materiais no âmbito de

incidência de uma norma de natureza processual, ou vice-versa, produzindo efeitos em aspectos relacionados à ultratividade, retroatividade ou aplicação imediata (*tempus regit actum*) da lei”, elencando como exemplo de disposição heterotópica o direito assegurado ao réu em interrogatório, o qual, apesar de possuir previsão no artigo 186 do Código de Processo Penal, possui caráter assecuratório de direitos.

Todavia, é imperioso ressaltar que tais normas não se confundem com as normas processuais materiais, também denominadas mistas ou híbridas, uma vez que aquelas apresentam dupla natureza, ou seja, material em uma determinada parte e processual em outra, enquanto estas, em que pese estejam incorporadas a diploma de caráter distinto, possuem uma determinada natureza, seja material ou processual.

2.2 A APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL PENAL NO TEMPO

Diante das recorrentes alterações legislativas que atingem a legislação processual penal, torna-se imperiosa a compreensão acerca do direito intertemporal, diante à sucessão das leis no tempo.

No âmbito do Direito Penal, tal temática não apresenta maiorias controversas, tendo em que vista que, consoante ao disposto no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu, consagrando, pois, o princípio da irretroatividade, tratando-se de norma penal mais gravosa, cuja exceção decorre do princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica.

Conforme aduz Lima (2020, p. 92):

Da mesma forma que a lei penal mais grave não pode retroagir, é certo que a lei mais benéfica é dotada de extratividade: fala-se, assim, em ultratividade quando a lei, mesmo depois de ser revogada, continua a regular os fatos ocorridos durante a sua vigência; por sua vez, retroatividade seria a possibilidade conferida à lei penal de retroagir no tempo, a fim de regular os fatos ocorridos anteriormente à sua entrada em vigor.

Em contrapartida, no tocante às normas processuais puras ou propriamente ditas, consoante ao disposto no artigo 2º do Código de Processo Penal, consagra-se o denominado princípio *tempus regit actum*, no sentido de que a norma processual

aplica-se tão logo entre em vigor, sem prejuízo da validade dos atos já praticados anteriormente.

Segundo Badaró (2016, p. 103), o fundamento para a aplicação imediata decorre do fato de que as regras processuais objetivam melhorias na qualidade da prestação jurisdicional, de tal forma que é possível a presunção de que a lei mais nova seja mais perfeita que a anterior, tanto no âmbito de proteção do interesse coletivo quanto ao respeito aos direitos e garantias individuais. Não obstante, como pondera o autor, mesmo a novel legislativa processual sendo mais perfeita que a antecedente, não há que aplicá-la aos processos findos, devendo, pois, respeitar os *facta praeterita*, em virtude da existência de direitos adquiridos processuais.

Por conseguinte, tem-se que, ao contrário da lei penal, a qual considera o momento da prática delituosa, ou seja, o *tempus delicti*, a aplicação da lei processual penal leva em consideração o momento da prática do ato processual, qual seja, o *tempus regit actum*,

Impende ressaltar que decorrem do princípio do *tempus regit actum* dois efeitos: os atos praticados sob a vigência da lei anterior são considerados válidos e as normas processuais têm aplicação imediata, regulando o trâmite processual faltante. Sendo assim, é veemente que a lei processual nova será aplicada aos processos que se iniciarem após sua vigência, considerando que a novel legislativa deve ter aplicação para o futuro e, caso o processo não tenha se iniciado, deverá ser regido inteiramente por esta.

Em contrapartida, a problemática quanto ao direito intertemporal se refere aos processos em curso quando da vigência da lei processual nova, se estes deverão continuar a ser regidos pela lei precedente ou se passarão a ser regidos pela novel legislativa. Sendo assim, para resolver tal embate, Badaró (2016, p. 104) elenca três sistemas interpretativos: o da unidade processual, o das fases processuais e o do isolamento dos atos processuais.

Segundo o referido autor, consoante ao sistema da unidade processual, uma única lei deve reger todo o processo. Desta forma, a lei precedente continuaria ultrativa, visto que a regência pela lei posterior implicaria sua retroação e a consequente ineficácia dos atos processuais já praticados, corroborando na violação dos direitos processuais adquiridos pelas partes e consequente desperdício de atividade processual.

No tocante ao sistema de fases processuais, considera-se cada uma das fases processuais autônomas, ou seja, de forma individualizada, sendo que cada uma delas poderá ser regida por uma lei diferente. Desta forma, a lei processual antecedente será ultra-ativa até o final da fase que estava em curso quando da vigência da lei posterior, a qual só passará a ser aplicada a partir da fase subsequente.

Por fim, quanto ao sistema de isolamento dos atos processuais, o qual é adotado pelo ordenamento jurídico pátrio, conforme a disposição do artigo 2º do Código de Processo Penal, admite-se que cada ato seja regido por uma lei, de forma que a lei antecedente regule todos os atos praticados sob a sua vigência, enquanto a lei nova terá aplicação imediata e pro-futuro, sem as limitações relativas as frases processuais. Todavia, impende ressaltar que não se trata de critério absoluto, havendo casos em que se deverá adotar solução diversa, consoante aos princípios e regras de direito intertemporal.

Neste diapasão, dentre as hipóteses especiais concernentes ao direito transitório, encontram-se as normas mistas ou híbridas, cuja divergência doutrinária quanto à classificação foi abordada no tópico anterior. Segundo aduz Avena (2020, p. 156), existem duas orientações quanto à eficácia destas no tempo.

Consoante aos ditames do supracitado autor, uma primeira corrente doutrinária assevera que, considerando a natureza mista do conteúdo inserido à lei nova, para a verificação de sua aplicação imediata ou não aos fatos iniciados anteriormente à sua vigência, possibilita-se a cisão da norma. Nesta perspectiva, caso o conteúdo material inserido à novel legislativa, quando comparado ao anterior, seja prejudicial ao réu, o conteúdo da lei antecedente que deverá ser aplicado. Todavia, quanto ao conteúdo processual, ainda que este não favoreça ao acusado, deverá ser aplicação imediata aos atos novos praticados e decisões proferidas em virtude do princípio *tempus regit actum*.

Não obstante, uma segunda corrente aduz não ser admitida a cisão da norma em regra de direito material e direito processual e, assim sendo, caso a aplicação do conteúdo material da norma seja prejudicial ao réu, a referida norma, em sua totalidade, não pode ser aplicada, tanto no âmbito material, quanto processual. Em contrapartida, caso o conteúdo material da nova norma seja mais benéfica, será cabível a sua retroatividade, sendo também aplicável a suas disposições no âmbito processual, seja esta mais ou menos favorável ao acusado no âmbito da tramitação do feito, sendo esta orientação a prevalecente.

Sobre a temática, conforme aduz Pacelli (2020, 57):

De outro lado, e de volta às questões genéricas de direito intertemporal, tratando-se de normas de conteúdo misto, contendo disposições de Direito Penal e de Direito Processual Penal, deve-se seguir o conteúdo normativo das primeiras. É que a regra da irretroatividade da norma penal desfavorável ao acusado deve prevalecer sobre os comandos de natureza processual. Se, porém, for mais favorável, pode-se aplicar a lei desde logo. Nos casos de leis de conteúdo misto, o que não poderá ocorrer é a separação entre uma e outra, do que resultaria, na verdade, como que uma terceira legislação. Se houver dúvidas quanto ao alcance da legislação penal, no que se refere à sua *benignidade* em face do acusado, deve-se rejeitar a sua aplicação imediata. Isso porque nem sempre a lei é *inteiramente* ou *integralmente* favorável, contendo disposições que beneficiam e outras que desfavorecem o réu. Assim, impõe-se ao intérprete cautelas redobradas. A regra, porém, é a impossibilidade de fragmentação normativa, isto é, do aproveitamento da regra mais favorável da lei posterior e de parte da legislação anterior. A exceção ficaria por conta de normas atinentes às chamadas *causas extintivas da punibilidade* – por exemplo, a prescrição. Essas, porque portadoras de *mensagens* – juízos legislativos – de ausência de interesse punitivo, devem ser sempre aplicadas.

Ante ao exposto, torna-se imprescindível definir a natureza jurídica dos diversos institutos disciplinados no âmbito processual penal, para a consequente identificação e aplicação das regras de sucessão de leis adequadas a cada hipótese.

2.3 A LEI Nº 9.099/1995 E A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA

Conforme retratado no primeiro capítulo, a Lei nº 9.099/1995 dispõe acerca dos Juizados Especiais Criminais e os consequentes institutos despenalizadores que institucionalizaram a justiça penal consensual no ordenamento jurídico brasileiro.

Consoante ao artigo 90 da Lei nº 9.099/1995, as disposições desta legislação não seriam aplicáveis aos processos penais cuja instrução já houvesse se iniciado quando da sua vigência, iniciando, pois, uma discussão à época acerca da possibilidade de restrição da aplicação da referida lei aos processos penais cuja instrução já estivesse em curso.

Sobre a temática, Lima (2020, p. 93) assevera que a Lei nº 9.099/1995 trata-se de norma processual híbrida, visto que além de dispor acerca de dispositivos genuinamente processuais, ao abranger regras atinentes ao rito do procedimento sumaríssimo, também possui caráter penal, ao introduzir no ordenamento pátrio

acerca dos institutos despenalizadores, os quais relacionam-se à pretensão punitiva estatal.

Sendo assim, considerando que o cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo acarreta na extinção de punibilidade do agente, conforme disposto no artigo 89, §5º da referida lei, assim como a composição civil dos danos trata-se de causa de renúncia ao direito de queixa ou de representação, consoante ao artigo 74, parágrafo único da Lei nº 9.099/1995, trata-se de conteúdo de norma penal mais benéfico aos réus, devendo, pois, retroagir para beneficiá-los.

Neste sentido, diante a natureza híbrida da Lei nº 9.099/1995, questionou-se a constitucionalidade das normas de natureza penal dispostas na referida legislação em sede da Ação Direta de Inconstitucionalidade 1719, ajuizada pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ante ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica consagrado no artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, tendo o plenário do Supremo Tribunal Federal acolhido por unanimidade o voto do ministro relator Joaquim Barbosa, estabelecendo o entendimento de que as normas da Lei nº 9.099/1995 de natureza penal e conteúdo mais benéfico ao réu devem retroagir para alcançar os processos que já tiveram a instrução iniciada antes da vigência da referida lei, em que pese a disposição do artigo 90 da Lei nº 9.099/1995, cuja ementa segue abaixo:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. JUIZADOS ESPECIAIS. ART. 90 DA LEI 9.099/1995. APLICABILIDADE. INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA EXCLUIR AS NORMAS DE DIREITO PENAL MAIS FAVORÁVEIS AO RÉU. O art. 90 da lei 9.099/1995 determina que as disposições da lei dos Juizados Especiais não são aplicáveis aos processos penais nos quais a fase de instrução já tenha sido iniciada. Em se tratando de normas de natureza processual, a exceção estabelecida por lei à regra geral contida no art. 2º do CPP não padece de vício de inconstitucionalidade. Contudo, as normas de direito penal que tenham conteúdo mais benéfico aos réus devem retroagir para beneficiá-los, à luz do que determina o art. 5º, XL da Constituição federal. Interpretação conforme ao art. 90 da Lei 9.099/1995 para excluir de sua abrangência as normas de direito penal mais favoráveis ao réus contidas nessa lei.

Ademais, conforme foi pontuado no julgado do Plenário do Supremo Tribunal Federal quanto ao Inquérito nº 1055, ao analisar a inovação dada pela Lei nº 9.099/95, o ministro relator Celso de Mello, ao proferir seu voto, asseverou que:

as prescrições que consagram as medidas despenalizadoras em causa qualificam-se como normas penais benéficas, necessariamente impulsionadas, quanto à sua aplicabilidade, pelo princípio constitucional que impõe à *lex mitior* uma insuprimível carga de retroatividade virtual e, também, de incidência imediata.

Ante ao exposto, reconhecer a natureza predominantemente penal das medidas despenalizadoras implica em questões atreladas ao direito intertemporal já abordadas no tópico anterior, quais sejam, de que tratando-se de lei penal mais benéfica, esta não tem apenas incidência imediata, como também deverá retroagir para alcançar os fatos ocorridos antes de sua vigência.

Conforme depreende-se dos precedentes citados acima, o Supremo Tribunal Federal entendeu pela retroatividade de normas que se assemelham à do artigo 28-A do Código de Processo Penal, a qual disciplina acerca do ANPP. Tais precedentes constituem, pois, um argumento complementar ao sentido de viabilidade de celebração do referido instituto aos fatos antes da vigência da Lei nº 13.964/19, em que pesem as diferenças quanto aos institutos despenalizadores previstos pela Lei nº 9.099/95.

CAPÍTULO III – O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A DISCUSSÃO ACERCA DA POSSÍVEL RETROATIVIDADE

A criação do Acordo de Não Persecução Penal, conforme assevera Sanches (2020, p. 121), se deu a partir da Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, sendo que as disposições dadas ao referido instituto foram majoritariamente repetidas no artigo 28-A do Código de Processo Penal, a partir da vigência da Lei 13.964/19.

Neste diapasão, considerando o disposto no §13 do referido artigo, denota-se que o cumprimento do Acordo de Não Persecução Penal implica na extinção de punibilidade do acusado. Sendo assim, tem-se que tal instituto prevê a limitação punitiva estatal, de modo que a norma jurídica que o disciplina causa divergências quanto a sua classificação e promove reflexos no âmbito do direito intertemporal.

Por conseguinte, a partir da vigência da Lei 13.964/19, no dia 23 de janeiro de 2020, questiona-se acerca da possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal de maneira retroativa, ou seja, quanto aos processos criminais em andamento antes da vigência da referida lei, por se tratar de norma de natureza material mais benéfica ao acusado.

Não obstante, quanto ao Acordo de Não Persecução Penal e os reflexos do direito intertemporal, ante a divergência doutrinária e jurisprudencial quanto a natureza da norma que o institui, teses distintas já foram adotadas, quais sejam: irretroatividade e retroatividade. Ademais, no tocante à possibilidade de aplicação retroativa, em que pese a unicidade do fundamento da *lex mitior*, diferentes momentos processuais foram elencados como lapso temporal máximo para a celebração do referido instituto: até o recebimento da denúncia, até a sentença, em grau recursal e aos casos já transitados em julgado.

Ante ao exposto, no presente capítulo, visa-se abordar acerca da origem do Acordo de Não Persecução Penal e sua configuração como instrumento da justiça penal consensual, compreendendo seus requisitos legais e, primordialmente, acerca da natureza da norma que o institui e os efeitos no direito intertemporal decorrentes de tal classificação.

3.1 DA RESOLUÇÃO 181/17 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO AO ARTIGO 28-A DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Impende ressaltar que a disciplina acerca do Acordo de Não Persecução Penal foi dada, inicialmente, pela Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Público, gerando controvérsias acerca da sua constitucionalidade, as quais restaram superadas a partir da previsão legal promovida pela Lei nº 13.964/19 e consequente incorporação do artigo 28-A ao Código de Processo Penal.

Conforme aduz Lima (2020, p. 219), dentre os fatores que culminaram na criação do Acordo de Não Persecução Penal estão a necessidade de soluções alternativas no âmbito processual penal para a resolução de conflitos menos graves, a priorização de recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para o processamento e julgamento de casos mais graves, bem como a minoração dos efeitos deletérios da sentença penal condenatória aos acusados.

Depreende-se, pois, que o Acordo de Não Persecução Penal encontra respaldo na justiça penal consensual, enquanto instituto despenalizador. Acerca de sua conceituação, pondera Cunha (2020, p. 116):

compreende-se o acordo de não persecução penal como sendo o ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o investigado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.

No tocante à previsão do Acordo de Não Persecução Penal pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, insta salientar que tal disposição causou controvérsias, visto que foi questionada a constitucionalidade do instituto, em razão deste ter sido disciplinado por um ato normativo e não por lei.

Inicialmente, acerca da previsão normativa do Acordo de Não Persecução Penal no artigo 18 da referida resolução, Lima (2020, p. 275) pontua duas correntes divergentes quanto à constitucionalidade da norma que o dispunha.

Sendo assim, uma primeira corrente argumentou acerca da inconstitucionalidade da previsão normativa dada ao Acordo de Não Persecução Penal pela referida resolução. Ao considerar que o ANPP decorre de uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública e guarda relação com matéria

atinente a ação penal, consoante ao disposto no artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre matéria de direito processual.

Neste diapasão, não poderia um órgão de natureza administrativa, ou seja, o Conselho Nacional do Ministério Público, dispor sobre a matéria por intermédio de resolução, em desacordo com o processo legislativo constitucional e havendo ofensa aos princípios da reserva legal e da segurança jurídica.

Insta salientar que a problemática quanto à previsão do Acordo de Não Persecução Penal pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público não se deve ao fato de se criar exceção ao princípio da obrigatoriedade, visto que a própria Constituição Federal, conforme dispõe o artigo 129, inciso I, atribui como função institucional do Ministério Público promover a ação penal pública, desde que na forma de lei ordinária, mas sim ao fato de haver previsão mediante um ato normativo.

Sobre o assunto, Sanches (2020, p. 126) aduz sobre duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sendo estas ajuizadas pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, ADI 5793, e pela Associação dos Magistrados do Brasil, ADI 5790, as quais contestaram a constitucionalidade da Resolução 181/17 do CNMP.

O ministro relator Ricardo Lewandowski, ao proferir seu voto em sede da ADI 5790, asseverou:

Constata-se, portanto, que o acordo de não persecução penal, o qual, como o próprio nome sugere, envolve a negociação acerca do ajuizamento da ação penal pública, somente poderia ser veiculado, validamente, por meio de lei, de modo que, a um só tempo, o artigo 18 da Resolução nº 181/2017 extravasa o âmbito da competência regulamentar constitucionalmente atribuída ao Conselho Nacional do Ministério Público e viola o princípio da reserva legal. Some-se a isso que a instituição do acordo de não persecução penal por ato normativo do Conselho Nacional do Ministério Público afronta a competência da União para legislar sobre processo penal (artigo 22, inciso I, da Constituição), na medida em que envolve matéria referente ao exercício da ação penal pública e à responsabilização do acusado pelo Poder Judiciário, as quais são disciplinadas pelo Código de Processo Penal (Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941) (STF, ADI 5790, Plenário, rel. Min. Ricardo Lewandowski).

Em contrapartida, uma segunda corrente asseverava sobre a constitucionalidade da previsão normativa dada ao ANPP pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público. Sendo assim, considerando que ao referido órgão foi atribuído, dentre suas atribuições legislativas, o poder de expedir atos regulamentares, conforme o disposto no artigo 130-A, §2º, inciso I, da Constituição

Federal, tal resolução teria caráter normativo primário, extraindo seus fundamentos de validade diretamente de dispositivos constitucionais. Neste diapasão assevera Lima (2020, p. 278/279):

Considerando-se, pois, que o art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP busca tão somente concretizar os princípios constitucionais da eficiência (CF, art. 37), da proporcionalidade (CF, art. 5º, LIV), da razoável duração do processo (CF, art. 5º, LXXVIII) e o próprio sistema acusatório (CF, art. 129, I), não há falar em inconstitucionalidade do art. 18 da Resolução n. 181 do CNMP, porquanto se trata de regulamento autônomo destinado a regulamentar diretamente a aplicação de princípios constitucionais. Não haveria, in casu, violação à competência legislativa exclusiva da União prevista no art. 22, I, da Constituição Federal, já que o acordo de não-persecução penal não tem natureza processual. Como observa a doutrina,²¹³ o art. 18 da Resolução sob comento “não envolve matéria de direito processual, vez que se trata de avença realizada em procedimento administrativo em que não há o exercício da pretensão punitiva por meio de denúncia, não há propriamente partes, não há exercício da função jurisdicional penal, nem se faz necessária a observância do princípio do contraditório e da ampla defesa. Em suma, não há processo penal (...) Um último argumento em prol da constitucionalidade é o de que o acordo veicula matéria de política criminal a ser realizada pelo titular da ação penal pública. Na qualidade de agentes políticos, os membros do Ministério Público têm o dever funcional de realizar uma seleção de casos penais que ostentem maior relevância dentro da política de persecução penal adotada pelo Parquet. Assim, no exercício desse poder de realizar política criminal de persecução penal, incumbe ao Ministério Público buscar respostas alternativas e mais céleres para os casos penais de baixa e média gravidade, o que poderá ser alcançado através dos acordos de não-persecução penal”.

Não obstante, com a promulgação e vigência da Lei nº 13.964/2019, a qual promoveu alteração em diversas leis penais e processuais penal, o Acordo de Não Persecução Penal passou a ter previsão normativa no Código de Processo Penal, a partir do artigo 28-A, de forma que as divergências acerca da constitucionalidade da redação dada ao instituto pela Resolução 181/17 do CNMP restaram superadas.

Cumprido salientar que não houve alterações substanciais no texto legislativo quanto aos requisitos elencados por aquela resolução. Sendo assim, denota-se que a redação dada pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal reitera a intenção de que o referido instituto seja aplicado apenas na resolução de crimes menos graves.

3.2 REQUISITOS E VEDAÇÕES À CELEBRAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Consoante ao disposto no artigo 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei 13.964/19, a celebração do ANPP está condicionada à observância de determinados pressupostos, os quais deverão ser preenchidos cumulativamente.

Conforme denota-se do *caput* do referido artigo, a celebração do Acordo de Não Persecução Penal só deverá ocorrer quando se mostrar viável a instauração do processo penal. Sendo assim, deverá existir a aparência da prática criminosa, ou seja, o *fumus comissi delicti*; a punibilidade concreta, não podendo estar prescrita a pretensão acusatória; a legitimidade da parte, tratando-se de ação penal pública; e a justa causa, ou seja, lastro probatório mínimo de indícios de autoria e prova da materialidade e não houver indícios da existência de alguma excludente de ilicitude, culpabilidade ou atipicidade material para que possa ser deflagrada persecução penal. Ante ao exposto, não poderá o membro do Ministério Público, titular da ação penal, proceder à celebração do acordo quando estiver diante das hipóteses que autorizam o arquivamento de procedimento investigatório, dispostas nos artigos 395 e 397 do Código de Processo Penal, que versam sobre a rejeição da exordial acusatória e da absolvição sumária, invocadas por analogia diante da omissão legislativa sobre as hipóteses específicas de arquivamento (LIMA, 2020, p. 280).

Ademais, tem-se que é necessário que a infração penal possua pena mínima cominada inferior a quatro anos, levando-se também em consideração as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, conforme dispõe o §1º do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Conforme aduz Cabral (2021, p. 94):

Com esse requisito objetivo, buscou-se, ainda que de forma aproximativa, descostinar-se a eventual pena que o investigado receberia caso condenado e – uma vez constatado que, provavelmente, não seria o caso de aplicação de pena privativa de liberdade, mas sim restritiva de direito – acabou o legislador optando por possibilitar a celebração do acordo de não persecução penal, como solução alternativa ao processo penal. Nesse sentido, o art. 28-A do Código de Processo Penal acabou por se utilizar de baliza similar à prevista no art. 44 do Código Penal, que visa a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, àqueles que, dentre outros requisitos, sejam condenados à pena não superior a 04 (quatro) anos. (...) Ademais, é importante frisar que, para chegar-se ao valor da pena mínima cominada ao delito, deve-se levar em consideração as causas especiais de aumento e diminuição, previstas no Código Penal, parte geral e especial, e na Legislação

Penal extravagante, aplicáveis ao caso a ser examinado, tudo isso nos termos do §1º, do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Com efeito, ao estabelecer essa incidência para o acordo de não persecução penal, a projeção de eventual pena fica mais realista e adequada, pois, no caso concreto, caso incida alguma causa de aumento ou diminuição, seguramente haverá reflexos na fixação da pena definitiva, que é utilizada como critério para avaliar o cabimento ou não da substituição de pena. Desse modo, na incidência das causas de aumento, para estabelecer-se a pena mínima, deve-se operar abstratamente o aumento mínimo previsto na lei e na hipótese de concorrer uma causa especial de diminuição, deve-se considerar a diminuição máxima prevista em lei. Assim procedendo, chega-se à pena mínima.

É imperioso ressaltar que a infração penal também deve ser cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa. Isto porque a prática de ilícitos com tais características consubstancia injustos mais reprováveis, os quais não estariam abrangidos pelos critérios de celebração do Acordo de Não Persecução Penal, cujo objetivo é restrito aos delitos de pequeno e médio potencial ofensivo.

Sobre a temática, ante a omissão legislativa quanto à delimitação de violência a título doloso, questiona-se se seria possível a aplicação do referido instituto aos delitos culposos com resultado violento, gerando divergências.

Cabral (2021, p. 97) aduz que, diante ao fato do legislador não delimitar a restrição a uma determinada modalidade de imputação subjetiva, qual seja, o dolo, nem prever expressamente a possibilidade de celebração do Acordo de Não Persecução Penal aos delitos culposos, o conceito de violência incluiria os casos de violência real, imprópria e presumida, de forma que não seria aplicável aos delitos culposos cujo resultado incide em violência contra a pessoa, como no homicídio culposo, por exemplo. Em contrapartida, Lima (2020, p. 280) entende que a violência ou grave ameaça necessariamente deverá ser praticada a título doloso, de modo que a violência que obsta a celebração do acordo decorre da conduta, e não no resultado, sendo possibilitada a aplicação do referido instituto nas hipóteses de eventual crime culposos com resultado violento, a exemplo da lesão corporal culposa.

De maneira análoga ao último entendimento é o teor do Enunciado nº 23 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal:

É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pelo agente, apesar de previsível. (GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES

DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM) COMISSÃO ESPECIAL, 2020, p. 07).

No tocante ao requisito de que o investigado tenha confessado formal e circunstancialmente a prática da infração, repousa o embate sobre se seria ou não uma afronta ao direito constitucional ao silêncio, previsto no artigo 5º, inciso LXIII, o qual não será objeto de análise na presente monografia.

Quanto à confissão formal e circunstanciada, neste momento impende ressaltar que esta deverá decorrer mediante a voluntariedade do investigado, ocorrendo de forma espontânea e sem coação, sob pena do magistrado indeferir o pedido de homologação do acordo na audiência em que será verificada a voluntariedade dos requisitos impostos, através da oitiva do investigado na presença do seu defensor, consoante ao disposto no artigo 28-A, §4º, do Código de Processo Penal.

Conforme aduz Cabral (2021, p. 124), o acusado deverá falar livremente, sem conduções e sem o auxílio de terceiros, acerca dos fatos apurados na investigação, não podendo ocorrer uma confissão parcial, devendo, pois, incluir autores e partícipes. Ademais, não pode se tratar de uma confissão qualificada, na qual o agente confessa o fato típico, mas agrega teses defensivas discriminantes ou exculpantes, ou de uma confissão retratada, em que ocorre a confissão de um fato durante o procedimento investigatório e de fato diverso no momento da celebração do acordo.

Insta destacar que ainda se tem um embate quanto ao momento para se proceder a confissão. Há entendimentos de que tal confissão deve se dar ainda em sede policial, durante o inquérito policial, de modo que a não ocorrência durante esta fase obsta a propositura do acordo. Por outro lado, há o entendimento de que a confissão formal e circunstanciada também poderá ocorrer no momento da celebração do acordo, considerando que neste momento o acusado estaria assistido por seu defensor e perante o membro ministerial, vertente esta que parece mais plausível, visto que o fato do investigado não ter confessado na fase investigatória não presume o descabimento de interesse no acordo.

Neste sentido, inclusive, é o teor do Enunciado nº 4 da I Jornada de Direito e Processo Penal, realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, de 10 a 14 de agosto de 2020, o qual dispõe que “a inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal”.

Ademais, conforme pontua Barros (2020, p. 105), por não colidir com a disposição dada ao artigo 28-A do Código de Processo Penal pela Lei 13.964/19, restaria válido o §2º do artigo 18 da Resolução 181 do CNMP, o qual dispõe acerca do registro audiovisual da confissão detalhada dos fatos e tratativas do acordo, devendo o investigado sempre estar acompanhado por seu defensor.

Por fim, quanto ao requisito da confissão para celebração do Acordo de Não Persecução Penal, cumpre salientar o entendimento acerca de seus efeitos. Segundo Sanches (2020, p. 116), apesar de esta ser um pressuposto, não ocorre um reconhecimento expresso de culpa por parte do investigado, de modo que esta não pode ter qualquer repercussão jurídica, por ser de índole puramente moral.

Conforme exsurge do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, no que concerne ao requisito de que a celebração do acordo seja necessária e suficiente para a reprovação do crime, o legislador não previu tais critérios de aferição. Deste modo, fica a cargo do membro ministerial analisar sob a égide do caso concreto, devendo a recusa pela propositura do acordo por tal critério ser devidamente motivada. Tem-se, pois, a incidência do princípio da proscrição da arbitrariedade, ante a possibilidade de revisão por parte da Procuradoria-Geral de Justiça, no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais, ou pela respectiva Câmara de Coordenação e Revisão, no âmbito do Ministério Público da União, nos termos do §14 do aludido artigo.

No tocante às vedações para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, elencadas pelo artigo 28-A, § 2º e respectivos incisos do Código de Processo Penal, tem-se que não é possível a celebração do referido instituto nos casos em que o agente fizer jus à transação penal, instituto despenalizador previsto no artigo 76 da Lei nº 9.099/95. Sendo assim, em se tratando de infrações penais cuja pena máxima seja igual ou inferior a dois anos, cumulada ou não com pena de multa, deverá ser aplicado o benefício de competência dos Juizados Especiais Criminais, desde que preenchidos todos os requisitos legais.

Ademais, não caberá a celebração do referido instituto caso o investigado seja reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações pretéritas forem insignificantes.

Ao analisar tais critérios, tem-se que reincidente é aquele que comete novo crime, após o trânsito em julgado da sentença que, no país ou no estrangeiro, o tenha

condenado por crime anterior, respeitando o lapso temporal de cinco anos e a prática de crimes militares próprios e políticos, conforme preconizam os artigos 63 e 64 do Código Penal.

No tocante ao conceito de reiteração delituosa, a habitualidade está atrelada ao agente, e não à infração penal, não se confundindo, pois, com a elementar do tipo do crime habitual. Sendo assim, quanto à conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, conforme pontua Lima (2020, p. 281), “extraí-se o nítido intento do legislador de vedar a celebração do acordo de não persecução penal com alguém que faz do crime uma atividade rotineira – verdadeiro meio de vida -, alguém que poderá voltar a praticar novos delitos, o que, de *per si*, justifica a restrição”.

Por fim, a despeito da reincidência e da conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o legislador previu uma exceção à vedação da realização do Acordo de Não Persecução Penal quando as infrações antecedentes forem insignificantes. Ante a omissão legislativa, discute-se se seria a expressão sinônima do princípio da insignificância, cuja aplicação pressupõe a mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e inexpressividade da lesão jurídica provocada, sendo esta a posição defendida por Cabral (2021, p. 120). Não obstante, como assevera Lima (2020, p. 281), havendo a aplicação do princípio da insignificância, não há que se falar em crime, visto que há o afastamento da tipicidade material. Revela-se, pois, incoerente se falar em infração penal pretérita se a ausência da tipicidade material implicaria na inexistência desta. Por conseguinte, tem-se que o termo insignificante foi empregado de forma equivocada, visto que possivelmente se refere às infrações de menor potencial ofensivo, ou seja, aos crimes e contravenções penais cuja pena máxima cominada seja não superior a dois anos, cumulada ou não com multa, consoante ao disposto no artigo 61 da Lei 9.099/95.

. Neste diapasão, inclusive, é o teor do Enunciado nº 21 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, o qual dispõe que:

não caberá o acordo de não persecução penal se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas, entendidas estas como delitos de menor potencial ofensivo. (GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM) COMISSÃO ESPECIAL, 2020, p. 07).

Ademais, é vedada a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, consoante artigo 28-A, §2º, inciso III do Código de Processo Penal, aos investigados que, nos cinco anos anteriores à infração, já tenham sido beneficiados por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo. Tem-se, pois, um critério de política-criminal visando obstar o benefício àqueles que já tenham sido beneficiados por algum instituto da justiça consensual, visando evitar a banalização do acordo e consagrando a ideia de que sua celebração deverá ser precípua a acusados primários.

Neste sentido, para a aplicação desta vedação, é imperioso que os Tribunais passem a registrar adequadamente os acordos realizados, para que constem das certidões de antecedentes, apenas para tal fim, conforme denota-se da redação do §12 do artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Por fim, o legislador também estabeleceu a vedação da celebração do ANPP nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, sem ressaltar que a vítima teria que necessariamente ser mulher, ou aqueles praticados contra a mulher em razão da condição do sexo feminino, conforme dispõe o artigo 28-A, § 2º, inciso IV do Código de Processo Penal. Tem-se, pois, que houve o afastamento da incidência da Lei 11.340/06 quanto à celebração do acordo, assim como previamente ocorreu quanto aos demais institutos da justiça penal consensual previstos na Lei nº 9.099/95.

3.3 CONDIÇÕES A SEREM IMPOSTAS

Para que se proceda à celebração do Acordo de Não Persecução Penal, o investigado deverá assumir o cumprimento de determinadas condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente, as quais estão dispostas nos incisos que acompanham o *caput* artigo 28-A do Código de Processo Penal.

Conforme assevera Lima (2020, p. 283):

No acordo de não persecução penal, o investigado voluntariamente se sujeita ao cumprimento de certas condições não privativas de liberdade, que, se cumpridas, esvaziam o interesse processual no manejo da ação penal, dando ensejo ao arquivamento do procedimento investigatório e ulterior declaração da extinção da punibilidade. Enfim, como não há imputação (denúncia), nem tampouco, conseqüentemente, processo penal, não há e nem poderia haver a imposição de pena.

Dentre as condições, denota-se a reparação do dano ou a restituição da coisa à vítima, salvo na impossibilidade de fazê-lo, conforme dispõe o inciso I do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Quanto a esta condição, Cunha (2020, p. 131) afirma sobre a possibilidade desta abranger os danos morais, por guardar relação com a dor e sofrimento do ofendido, apesar de destacar acerca controvérsias doutrinárias. Além disso, o autor ressalta o fato de que deve ser considerada a incapacidade financeira do investigado para aferir a impossibilidade de restituir o dano à vítima, cabendo a este provar a vulnerabilidade financeira.

No tocante à condição de renúncia voluntária dos bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime, prevista no inciso II do artigo 28-A do Código de Processo Penal, assevera Lima (2020, p. 284) tratar-se de um confisco aquiescido, pois, em que pese não possa ser empregado como efeito da condenação, ante a inexistência de persecução penal e consequente sentença condenatória transitada em julgado, tais condições assemelham-se aos efeitos extrapenais obrigatórios dispostos no artigo 91, inciso II, alíneas a e b, do Código Penal.

Quanto às condições previstas nos incisos III e IV do artigo 28-A do Código de Processo Penal, tem-se, respectivamente, o cumprimento de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a título gratuito, por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, e no pagamento de prestação pecuniária. Sobre estas condições, Cunha (2020, p. 132) ressalta que, em que pese se esteja diante de sanções alternativas usualmente utilizadas para evitar pena de prisão, estas, quando descumpridas, não podem ensejar em restrição de liberdade. Sendo assim, seria um equívoco determinar a concretização do acordo no juízo de execuções penais, visto que neste se executa sanção penal imposta, o que não ocorre no ANPP.

Por fim, conforme denota-se do inciso V do artigo 28-A do Código de Processo Penal, tem-se que o rol de condições impostas é meramente exemplificativo, visto que possibilita o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que esta seja proporcional e compatível com a infração penal imputada. Quanto a estas, conforme pontua Lima (2020, p. 284), considerando o entendimento jurisprudencial dominante acerca do art. 89, §2º, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, o ideal é concluir que essas outras condições podem abranger o

cumprimento de penas restritivas de direitos diversas daquelas já previstas nos incisos do art. 28-A do Código de Processo Penal, como a perda de bens e valores, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana, por exemplo.

3.4 ANÁLISE DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A alteração promovida pela Lei nº 13.964/19, conforme já explanado, trouxe modificações em diversos diplomas penais e processuais penais. Todavia, tem-se como objeto de estudo na presente monografia, especificamente, o Acordo de Não Persecução Penal, cuja problemática a ser discutida encontra subsídio na classificação da norma que o institui e os efeitos decorrentes desta, no âmbito do direito intertemporal, principalmente quanto à possibilidade de aplicação retroativa do referido instituto.

Como tratado no capítulo 2, o tema de sucessão de leis penais processuais no tempo continua apresentando embate, principalmente no tocante às normas que contemplam aspectos não só processuais, mas também de direito material.

Neste diapasão, a análise da normativa do ANPP, por intermédio da Lei nº 13.964/19, é imperiosa para esclarecimento acerca da possibilidade de aplicação aos casos anteriores à vigência da novel legislativa, até mesmo para franquear um tratamento isonômico entre os acusados.

É veemente, diante à redação dada pelo *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, a intenção legislativa quanto à aplicabilidade do Acordo de Não Persecução Penal durante a fase investigativa, em momento anterior à persecução penal, a fim de evitá-la. Tem-se que, restando devidamente preenchidos os requisitos previstos, se torna possível a celebração de um negócio jurídico extraprocessual a ser entabulado entre o investigado, devidamente assistido por seu defensor, e o membro do Ministério Público, a ser posteriormente homologado pelo juiz.

Não obstante, em análise mais acurada, depreende-se da redação dada ao *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, em conjunto com o § 13 do referido artigo, que a homologação e cumprimento das condições impostas pelo Acordo de Não Persecução Penal ensejam na extinção de punibilidade do investigado.

Por conseguinte, denota-se que o referido instituto, ao interferir na pretensão punitiva estatal, favoreceria também os acusados de processos em curso antes da vigência da Lei nº 13.964/19. Sendo assim, a norma que instituiu o referido instituto não se configuraria como norma estritamente processual, mas sim apresenta-se como norma de cunho processual material, também denominada de norma híbrida ou mista, a qual estaria, pois, submetida ao princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, cuja temática foi abordada com maiores detalhes no capítulo anterior.

Neste diapasão, insta salientar o teor do Enunciado nº 1 da I Jornada de Direito e Processo Penal, promovida nos dias 10 a 14 de agosto de 2020 pelo Conselho da Justiça Federal, vinculado ao Superior Tribunal de Justiça, o qual, em que pese não tenha caráter vinculativo, assevera que:

A norma puramente processual tem eficácia a partir da data de sua vigência, conservando-se os efeitos dos atos já praticados. Entende-se por norma puramente processual aquela que regulamente procedimento sem interferir na pretensão punitiva do Estado. A norma procedimental que modifica a pretensão punitiva do Estado deve ser considerada norma de direito material, que pode retroagir se for mais benéfica ao acusado. (CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 2020, p. 11).

Considerando que a celebração e cumprimento das condições previstas no artigo 28-A, *caput*, e incisos, abordados no tópico anterior de forma pormenorizada, ensejam a extinção de punibilidade, consoante ao §13 do referido artigo, trata-se de notório instituto mais benéfico, visto que não há que se falar em pena e nem mesmo nos efeitos para fins de reincidência.

Conforme asseveram Bem e Martinelli (2021, p. 128), quanto à aplicação retroativa das regras do Acordo de Não Persecução Penal a casos anteriores à promulgação da Lei nº 13.964/19, teses distintas já foram adotadas, quais sejam: irretroatividade e retroatividade. Ressaltam, ainda, que quanto à possibilidade de aplicação retroativa, diferentes frentes foram assumidas: retroatividade até o recebimento da denúncia, retroatividade até a sentença, retroatividade em grau recursal e retroatividade aos casos já transitados em julgado.

Uma corrente minoritária tem entendido que a norma que instituiu o ANPP trata-se de norma estritamente processual, cuja incidência está adstrita ao princípio do *tempus regit actum*, consagrado no artigo 2º do Código de Processo Penal e, portanto, sem efeito retroativo, de forma que a benesse não pode incidir aos processos instaurados antes da vigência da Lei nº 13.964/19.

Neste sentido foi a decisão monocrática proferida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça, Reynaldo Soares da Fonseca, no julgamento da petição no Recurso Especial 1843809/SC, DJe 24/06/2020, pontuando que “a Lei nº 13.964/2019 (art. 28-A do CPP) compreende normas de cunho processual. Desse modo, sua aplicação é imediata, ainda que em relação a processos já em curso, nos termos do art. 2º do Digesto Processual Penal (princípio do efeito imediato da norma processual penal)”. De forma análoga, também foi a decisão monocrática proferida pelo também ministro do Superior Tribunal de Justiça Ribeiro Dantas, em sede do HC nº 577934/SP, DJ 25/06/2020, o qual asseverou que, por se tratar de faculdade do Ministério Público e não de um direito subjetivo do réu, não há que se cogitar na retroatividade do instituto, visto que este apresenta-se como um instrumento jurídico de natureza extraprocessual.

Ousamos discordar, pois apesar de não ser pacificado o entendimento do Acordo de Não Persecução Penal se referir a um direito subjetivo do acusado ou uma discricionariedade regrada do membro ministerial, é veemente que este configura-se como uma benesse ao acusado, desde que este preencha os requisitos para a sua celebração. Ademais, a discussão acerca da possibilidade da aplicação retroativa do referido instituto está atrelada à natureza da norma que o instituiu no ordenamento jurídico.

Em contrapartida, a doutrina, majoritariamente, tem reconhecido a natureza híbrida da norma que institui o ANPP, de forma que este deverá ser aplicado aos fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/19. Contudo, há um embate quanto ao momento processual limite para a celebração do Acordo de Não Persecução Penal, em que pese a unicidade do fundamento constitucional da retroatividade benéfica.

No entendimento de Lopes Jr (2019, p. 318):

O acordo de não persecução penal poderá ser oferecido aos processos em curso quando da sua entrada em vigor, na medida em que se trata de norma mista (retroage para beneficiar o réu). Também não vislumbramos obstáculos a que seja oferecido em qualquer fase do procedimento, caso não tenha sido acordado no início do feito.

Por sua vez, Aras (2020, p.178) assevera que:

Nesta formatação, o acordo quanto ao não início da persecução criminal em juízo ou ao não prosseguimento desta será cabível entre a data do fato e o momento imediatamente anterior à sentença condenatória, inclusive em caso de desclassificação. Diferentemente do que ocorre com o acordo de

colaboração premiada (art. 4º, §5º, da Lei 12.850/2013), não é possível a formalização de ANPP após a decisão condenatória.

Conforme já pontuado, há teses distintas que vêm sendo defendidas quanto à possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal aos processos em curso antes da vigência da Lei nº 13.964/19.

A primeira delas, mais restritiva, permite a retroação do benefício apenas para as situações pretéritas nas quais a denúncia não tenha sido recebida. Neste sentido foi a redação dada ao Enunciado de nº 20 do Conselho de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União e Grupo Nacional dos Coordenadores de Centro de Apoio Criminal, visando orientar uma atuação uniforme na instituição, o qual dispõe que “cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13. 964/19, desde que não recebida a denúncia”.

Em síntese, tal tese filia-se à literalidade da redação dada ao *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal, visto que versa acerca da possibilidade de acordo a ser proposto pelo órgão ministerial ainda em fase de investigação, antes do início da persecução penal, que se dá por intermédio da exordial acusatória.

A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem assentado esta posição de que é cabível a aplicação do ANPP aos processos em curso somente até o recebimento da denúncia, conforme denota-se do trecho transcrito a seguir:

[...] da simples leitura do art. 28-A do CPP, se verifica a ausência dos requisitos para a sua aplicação, porquanto o embargante, em momento algum, confessou formal e circunstancialmente a prática de infração penal, pressuposto básico para a possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal, instituto criado para ser proposto, caso o Ministério Público assim o entender, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, na fase de investigação criminal ou até o recebimento da denúncia e não, como no presente, em que há condenação confirmado por Tribunal de segundo grau. (EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.681.153/SP, Rel. Min. Felix Fischer, Quinta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Neste diapasão foi também o entendimento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Agravo Regimental no Habeas Corpus de nº 191.464/SC, no dia 11 de novembro de 2020, cujo voto foi de relatoria do ministro Luís Roberto Barroso. Na ocasião, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do relator, e fixou a tese de que o ANPP se aplica a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Ao proferir seu voto, o ministro relator Luís Roberto Barroso pontuou que a Lei nº 13.964/2019, no tocante em que institui o Acordo de Não Persecução Penal, pode ser considerada lei penal de natureza híbrida, alegando que esta possui natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes, com o fim de evitar a instauração da ação penal, bem como possui natureza material, diante a previsão da extinção da punibilidade daquele que cumpre os deveres estabelecidos no acordo, conforme defendido na presente monografia.

Ademais, conforme ponderou Barroso, para leis penais materiais, a Constituição prevê a retroatividade penal benéfica, nos termos do artigo 5º, inciso XL, sendo que tal garantia foi assegurada no art. 2º, parágrafo único, do Código Penal. Em contrapartida, para leis processuais penais, tem-se a regra da aplicação imediata, ressaltando-se a validade de atos anteriores, conforme pontua o artigo 2º do Código de Processo Penal. No tocante às leis penais híbridas, o ministro destacou acerca da possibilidade de conformação entre tais postulados, de maneira que a lei não necessariamente retroagiria em seu grau máximo, englobando os casos após o trânsito em julgado, e não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior.

Após tais considerações, o ministro Luís Roberto Barroso destacou em seu voto que, diante da leitura do artigo 28-A do Código de Processo Penal, torna-se evidente que a composição se esgota na fase anterior ao recebimento da denúncia, asseverando que a consequência da homologação ou não do instituto é especificamente inaugurar a fase de oferta e recebimento da exordial acusatória, alegando também o fato do texto legislativo se referir ao termo investigado, e não réu, e acionar o juiz das garantias, o qual atua na instrução processual, em que pese haja, na ocasião, uma suspensão liminar acerca deste.

Insta salientar, por fim, um precedente paradigmático, de relatoria do ministro Moreira Alves, que o relator Barroso destacou como *ratio decidende* para a interpretação do referido instituto, referente à aplicação intertemporal da suspensão condicional do processo, instituída pela Lei nº 9.099/95, no qual ficou assentado que a retroatividade penal benéfica deve se adequar às finalidades de edição da lei penal:

HABEAS CORPUS'. Suspensão condicional do processo penal (art. 89 da Lei 9.099/95). Lex mitior. Âmbito de aplicação retroativa. - Os limites da aplicação retroativa da 'lex mitior', vão além da mera impossibilidade material de sua aplicação ao passado, pois ocorrem, também, ou quando a lei posterior, malgrado retroativa, não tem mais como incidir, à falta de correspondência

entre a anterior situação do fato e a hipótese normativa a que subordinada a sua aplicação, ou quando a situação de fato no momento em que essa lei entra em vigor não mais condiz com a natureza jurídica do instituto mais benéfico e, portanto, com a finalidade para a qual foi instituído. - Se já foi prolatada sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado, antes da entrada em vigor da Lei 9.099/95, não pode ser essa transação processual aplicada retroativamente, porque a situação em que, nesse momento, se encontra o processo, penal já não mais condiz com a finalidade para a qual o benefício foi instituído, benefício esse que, se aplicado retroativamente, nesse momento, teria, até, sua natureza jurídica modificada para a de verdadeira transação penal. 'Habeas corpus' indeferido.(HC nº 74.305, Rel. Min. Moreira Alves, j. 09.12.1996).

Ante ao exposto, observadas as peculiaridades do Acordo de Não Persecução Penal em relação à suspensão condicional do processo, analisada no primeiro capítulo desta monografia, tendo em vista que o acordo se situa na fase pré processual, entre a investigação e o recebimento da denúncia, esta seria o marco temporal preclusivo para sua oferta, diferentemente da suspensão condicional do processo, que tem como pressuposto o início da ação penal, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal.

Insta salientar, na oportunidade, que apesar do teor da tese fixada pela 1ª Turma do STF, o ministro Barroso também invocou, ao proferir seu voto, os precedentes do HC nº 186.289-RS, de relatoria da ministra Carmen Lúcia (DJe 01/06/2020), e do ARE nº 1171894-RS, de relatoria do ministro Marco Aurélio (DJe 21/02/2020), os quais externaram a impossibilidade de fazer-se incidir o ANPP, quando já existente condenação, conquanto ela ainda esteja suscetível à impugnação.

Todavia, há entendimentos de que a aplicação retroativa do Acordo de Não Persecução Penal deveria incidir enquanto não prolatada sentença condenatória.

Conforme defende Cabral (2021, p. 238):

O marco final para que possa celebrar o acordo de não persecução penal, a nosso sentir, é a sentença penal condenatória, não, portanto, sendo cabível o ANPP para os casos penais que se encontram na fase recursal. Isso porque, uma vez já tendo sido proferida sentença (condenatória), o acusado não poderia mais colaborar com o Ministério Público com sua confissão, que é, como visto, um importante trunfo político-criminal para a celebração do acordo. Ademais, já proferida sentença, esgotada está a jurisdição ordinária, não podendo os autos retornar ao 1º Grau, mesmo porque a sentença jamais poderia ser anulada, uma vez que hígida.

Em contrapartida, Bem e Martinelli (2021, p. 132-134) reiteram que os argumentos elencados pelo autor não encontram guarida, visto que o silêncio do acusado durante o interrogatório policial e judicial não são motivos suficientes para obstar a aplicação do ANPP, devendo oportunizar-se a possibilidade de fazê-la sobre

o viés do artigo 28-A do Código Penal. Rememoram que até mesmo nos casos de sentença penal condenatória, no próprio julgamento da apelação, o tribunal, câmara ou turma poderá proceder o novo interrogatório do réu, consoante ao artigo 616 do Código Penal, oportunidade em que poderá confessar a prática do delito, bem como destacam a possibilidade do tribunal anular o édito condenatório.

Denota-se que a sentença como marco preclusivo para o oferecimento do ANPP não destoaria, em totalidade, da finalidade do legislador ao criar o instituto, visto que, ainda assim, obstaría a persecução penal, apesar desta já restar deflagrada, desde que preenchidos os demais requisitos. Tal justificativa decorreria do fato de que, proferida uma sentença, mesmo provisória, considerando que esta esteja submetida a recursos, constituiria ainda assim um título condenatório ou absolutório, o qual poderá ser desconstituído somente por uma decisão que o reforme ou invalide, não sendo o caso de viabilidade do referido instituto.

Inicialmente, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça manifestou entendimento no sentido de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal até o trânsito em julgado da condenação, precedente este elencado pelo ministro Gilmar Mendes ao proferir seu relatório em sede do HC nº 185913/DF, o qual foi remetido a julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal ante as divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca do instituto:

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). (AgRg no HC 575.395/RN, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020).

Não obstante, na data de 19 de março de 2021, a referida turma, no julgamento do Agravo Regimental no HC nº 628.647, manifestou, por maioria, entendimento em sentido diverso do proferido anteriormente e em consonância com os precedentes existentes na Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, restando, pois, mormente suprida a anterior divergência no âmbito do STJ.

Na ocasião, o colegiado estabeleceu que é possível a aplicação retroativa do ANPP apenas aos casos em que não houve recebimento da denúncia. A ministra Laurita Vaz, ao proferir o voto que prevaleceu no julgamento, ressaltou que, apesar do indiscutível fato de trata-se de norma de conteúdo híbrido, mais favorável ao réu, o deslinde da controvérsia existente deverá passar pela ponderação dos princípios

tempus regit actum e da retroatividade da lei penal benéfica, sem desconsiderar, pois, a essência da novel legislativa e o momento processual assentado para a sua incidência, sob pena de desvirtuamento do instituto despenalizador (STJ, 2021).

Neste diapasão, conforme aduz Fischer (2020, online):

[...] resta indubitosa a retroatividade do ANPP sobre *atos* ocorridos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019 (o art. 5º, XL, da CF é claro: a *lei penal* não retroagirá, *salvo* para beneficiar o réu; art. 2º, parágrafo único, Código Penal, idem: lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos *atos* anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado). Não se pode esquecer que a legislação *processual penal* prevê (também) o princípio do *tempus regit actum* (a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, *sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior*), que precisa a devida contextualização e compatibilização com as regras eventualmente *penais* previstas em *mesmo dispositivo* eventualmente existente (híbrido), como é o caso do ANPP: o art. 28-A do CPP é, ao menos para nós, de caráter híbrido. Se fosse de caráter *exclusivamente* processual, implicaria, em caso de colisão com regra de cunho penal mais benéfica, a preponderância aí sim da retroatividade.

Insta salientar, ainda, as colocações de Bem e Martinelli (2021, p. 136), os quais asseveram que o instituto deveria retroagir até mesmo aos casos com trânsito em julgado e em fase de cumprimento de pena, visto que diante da redação dada ao artigo 2º do Código Penal, nem mesmo o trânsito em julgado da sentença condenatória obsta a aplicação de lei posterior favorável, retroagindo e, inclusive, desconstituindo coisa julgada. Para os autores, a análise de cabimento do instituto deverá ser realizada nos processos em que a data do cumprimento total da pena ou de sua extinção tenha ocorrido nos cinco anos que antecedem à vigência da Lei nº 13.964/19, em razão do quinquídio corresponder ao prazo em que cessa a reincidência.

Depreende-se da análise das decisões e teses proferidas que, preliminarmente, a vertente de cabimento do Acordo de Não Persecução Penal a fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19 tem sido predominantemente no sentido de ser a retroação plausível somente até o recebimento da exordial acusatória, em que pese a unicidade do fundamento da retroatividade da lei mais benéfica. Tal momento preclusivo tem prevalecido em virtude da finalidade precípua em que o instituto foi instituído, ou seja, considerando sua natureza jurídica de política criminal e negócio jurídico extraprocessual. Neste sentido, argumenta-se que uma primazia sem cautela da retroatividade penal benéfica corroboraria em um colapso do sistema criminal. Por este viés da unicidade, haveria a necessidade de remessa ao órgão ministerial para revisão de todos os processos, estejam esses em curso, julgados, em fase recursal

ou em cumprimento de pena, encontrando-se, pois, em dissonância com o objetivo de criação do instituto. Sendo assim, referida retroação sem limitação processual não se justificaria exclusivamente por tratar-se de lei penal híbrida, visto que também há de se considerar os atos jurídicos perfeitos realizados sobre a égide das leis processuais anteriores.

Quanto a tal fato, Fischer (2020, online) assevera que:

não se pode é, por interpretações isoladas e sem visão sistemática, pretender aplicação *retroativa (exclusivamente) da parte penal* quando ela se revela absolutamente incompatível com outra exigência existente na mesma norma (que é igualmente constitucional), a não existência de processo (questão temporal essencial), pois se trata de norma híbrida.

Todavia, não se mostra, a nosso ver, de todo desarrazoado o fato de tal retroatividade poder vir a englobar, neste momento de transição, as ações penais em curso. Apesar da nomenclatura do instituto não ser acordo de não continuidade da persecução penal, não se harmoniza com os princípios da eficiência e da celeridade, norteadores da justiça penal consensual, o fato de, preenchidos os demais requisitos objetivos e subjetivos para a propositura do referido instituto pelo acusado e havendo interesse manifesto das partes, optar-se por manter a persecução penal que já foi deflagrada, enquanto a celebração, homologação e cumprimento do acordo pode pôr fim a esta e conseqüentemente extinguir a punibilidade do acusado, nos termos do §13 do artigo 28-A do Código de Processo Penal. Seria, pois, uma benesse tanto ao poder público, diante à sobrecarga processual penal que assola os tribunais ordinários, quanto aos acusados. Ademais, ao considerar a hermenêutica constitucional, tal argumento de impossibilidade de aplicação, decorrente de um consequencialismo de interpretação literal do *nomen juris* dado ao instituto, desconsidera o axioma do ordenamento jurídico vigente, qual seja, a dignidade da pessoa humana, ao desconsiderar os efeitos deletérios que podem advir da persecução penal. Denota-se que, em que pese seja uma discricionariedade regrada do Ministério Público a propositura do acordo, configura-se como um direito do investigado ou do réu acatá-lo ou não, e restringir tal possibilidade por critérios teratológicos não se configuraria como medida mais plausível.

Ante todo o exposto, conforme pontuou, de forma perspicaz, o ministro relator Gilmar Mendes em sede do HC nº 185.913/DF, “a retroatividade e potencial cabimento do acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP) é questão afeita à

interpretação constitucional, com expressivo interesse jurídico e social, além de potencial divergência entre julgados”, de modo que impõe-se a manifestação plenária da Suprema Corte acerca da temática a fim de dirimir tal embate e assegurar a segurança jurídica e previsibilidade das situações processuais, em sede de abstrativização e para fins de isonomia.

CONCLUSÃO

Na presente monografia foi abordado como temática o Acordo de Não Persecução Penal, instituto da justiça penal consensual, cujo enfoque foi verificar acerca da sua possibilidade de aplicação retroativa, através da normatização dada pela Lei nº 13.964/19.

Inicialmente, para compreender a incorporação de tal instituto no ordenamento jurídico, foi pontuada a sua previsão pela Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, onde verificou-se que, apesar de restarem superadas as divergências quanto a constitucionalidade daquela pela Lei nº 13.964/19 e consequente incorporação do artigo 28-A do Código de Processo Penal, ainda há embate quanto à novel legislativa e sua incidência.

Conforme fora verificado pelo presente estudo, o Acordo de Não Persecução Penal configura-se como um negócio jurídico processual penal que repercute na pretensão punitiva do Estado. Restou demonstrado que o cumprimento do acordo se configura como uma causa de extinção de punibilidade, razão pela qual afeta o próprio direito penal material.

Trata-se, por conseguinte, de um instituto de natureza híbrida, penal e processual penal. Diante a tal fato, e por ser benéfico ao acusado, em virtude da extinção de punibilidade, seria passível sua aplicação a fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19.

Não obstante, em que pese haja a possibilidade de aplicação retroativa, foi verificado que existem divergências quanto ao momento processual máximo para a sua incidência, de modo que, preliminarmente, diante a análise dos precedentes jurisprudenciais já proferidos, restou demonstrado que prevalece a tese de que o instituto somente poderia retroagir aos fatos anteriores à vigência da Lei nº 13.964/19 até o recebimento da denúncia, obstando, pois, a aplicação às ações penais em curso.

Tal momento processual como lapso temporal máximo para a retroação tem prevalecido diante o argumento de que, por se tratar de norma de natureza híbrida, poderia haver conformação entre os princípios do *tempus regit actum* e da retroatividade benéfica, além de considerar a finalidade precípua para a qual o instituto

foi criado, qual seja, evitar a deflagração da persecução penal, que se inicia com a exordial acusatória.

Todavia, como evidenciado, existem precedentes em sentidos diversos, de modo que, por não ser um tema pacificado, é imperiosa a manifestação, para fins de abstrativização do tema, do julgamento plenário do HC 185.913/DF pelo Supremo Tribunal Federal, a fim de garantir a isonomia e a segurança jurídica.

Por fim, a pesquisa desenvolvida buscou colaborar para uma melhor compreensão acerca da necessidade de reflexão sobre o tema diante das divergências apresentadas, visto que, ante a ausência de regra de transição, caberá aos operadores do direito afirmarem a compreensão teleológica e sistemática que melhor reflita a coerência e o alcance da norma que dispõe acerca do Acordo de Não Persecução Penal às ações penais em curso antes da vigência de Lei nº 13.964/19.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça Penal Consensual: Controvérsias e desafios*. Salvador: Juspodivm, 2018.

ARAS, Vladimir. O Acordo de Não Persecução Penal após a Lei 13.964/2019. *In*: JUNQUEIRA, Gustavo; VANZOLINI, Patrícia; FULLER, Paulo Henrique; PARDAL, Rodrigo (Orgs.). *Lei Anticrime Comentada*. São Paulo: JH Mizuno, 2020.

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O Respeito à Constituição Federal na Aplicação Retroativa do ANPP. *In*: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs) *Acordo de Não Persecução Penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 127-143.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. O direito na pós modernidade. *Sequência: Estudos Políticos e Jurídicos - Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC*, Florianópolis, ano XXVIII, revista nº 57, p. 131-158, dez. 2008. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2008v29n57p131>. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União (DOU)*. Brasília, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de setembro de 1940. *Diário Oficial da União (DOU)*. Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Decreto-Lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Diário Oficial da União (DOU)*. Rio de Janeiro, 13 out. 1941. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 15 nov. 2020.

BRASIL. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. *Diário Oficial da União (DOU)*. Brasília, 27 set. 1995. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm. Acesso em: 20 out. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 593.727/MG*, Plenário, rel. Min. Cezar Peluso, julgado em 14/05/2015. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>.

Acesso em: 20 out. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 1719*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18/06/2007, publicação 03.08.2007. Disponível em:

<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur6104/false>

Acesso em: 04 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade 5790*, Tribunal Pleno, Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=725187187&prclD=52>

Acesso em: 08 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Inquérito nº 1055-3 Amazonas*. Tribunal Pleno, Min. Rel. Celso de Mello.

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=80791>.

Acesso em: 08 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus 185.913 – DF*. Rel. Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>.

Acesso em: 11 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 191.464 - SC, 1ª Turma*, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, julgado em 11/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-280 DIVULG 25-11-2020 PUBLIC 26-11-2020. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754484857>

Acesso em: 13 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *PET no Recurso Especial nº 18439809-SC*. Min. Rel. Reynaldo Soares da Fonseca.

<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/869793584/pet-no-recurso-especial-pet-no-resp-1843809-sc-2019-0313180-8>
Acesso em: 13 mar. 2021

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *AgRg no HC 575.395/RN*, Rel. Min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, j. 8.9.2020, DJe 14.9.2020. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-copus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-009313>. Acesso em: 13 mar. 2021

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. 2 ed. rev. atual. e ampl. – Salvador: Editora JusPodvim, 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes *et al.* *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2018.
GIACOMOLLI, Nereu José. *Juizados Especiais Criminas – Lei 9.099/95: abordagem crítica*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em Números 2020*. Brasília: CNJ, 2020. Disponível em: 15 <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-emN%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 02 set. 2020.

CONSELHO DE JUSTIÇA FEDERAL. CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS. *Jornada de Direito e Processo Penal – Enunciados Aprovados na Plenária*. Disponível em: <https://dizerodireitodotnet.files.wordpress.com/2020/08/enunciados-aprovados-ijdpp-vf.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2021

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Editora Juspodvim, 2020

FISCHER, Douglas. *Não cabe ANPP a ações penais instauradas antes da Lei nº 13.964/2019*. Publicado em: 28 set. 2020. Disponível em: <https://temasjuridicospdf.com/nao-cabe-anpp-a-acoes-penais-instauradas-antes-da-lei-n-13-964-2019/>. Acesso em: 05 abr. 2021.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM) COMISSÃO ESPECIAL: *Enunciados interpretativos da Lei Anticrime (Lei nº 13.964/2019)*. Disponível em:

https://www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf.

Acesso em: 14 mar. 2021

LEITE, Rosimeire Ventura. *Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro*. 2009. Tese (Doutorado em Direito Processual) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-17112011-110813/pt-br.php>. Acesso em: 22 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – artigo por artigo / Renato Brasileiro de Lima – Salvador: Editora JusPodivm, 2020.*

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação Criminal Especial Comentada: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal: volume único*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. Vol. I. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

LOPES JUNIOR, Aury. *Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica*. 6. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de Processo Penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Curso de Direito Processual Penal*. 17. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais e processuais penais*. 4. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Rafael Serra. *Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal*. São Paulo: Almedina, 2015.

PACELLI, Eugenio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 2. ed. Porto Alegre: Livro do Advogado, 2002.

SEXTA Turma não admite retroação do acordo de não persecução penal se a denúncia já foi recebida. STJ, 19 abr. 2021. Disponível em:
<https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Paginas/Comunicacao/Noticias/19032021-Sexta-Turma-nao-admite-retroacao-do-acordo-de-nao-persecucao-penal-se-a-denuncia-ja-foi-recebida.aspx>.
Acesso em: 22 abr. 2021.

RESOLUÇÃO n°038/2020 – CEPE

ANEXO I

APÊNDICE ao TCC

Termo de autorização de publicação de produção acadêmica

A estudante ANA LUÍZA VALCACER RODRIGUES do Curso de DIREITO, matrícula 2017.1.0001.2087-6, e-mail 20171000120876@pucgo.edu.br, na qualidade de titular dos direitos autorais, em consonância com a Lei n° 9.610/98 (Lei dos Direitos do autor), autoriza a Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC Goiás) a disponibilizar o Trabalho de Conclusão de Curso intitulado O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTITUTO DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL: UMA ANÁLISE SOBRE A POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO RETROATIVA, gratuitamente, sem ressarcimento dos direitos autorais, por 5 (cinco) anos, conforme permissões do documento, em meio eletrônico, na rede mundial de computadores, no formato especificado Texto (PDF); Imagem (GIF ou JPEG); Som (WAVE, MPEG, AIFF, SND); Vídeo (MPEG, MWV, AVI, QT); outros, específicos da área; para fins de leitura e/ou impressão pela internet, a título de divulgação da produção científica gerada nos cursos de graduação da PUC Goiás.

Goiânia, 07 de junho de 2021.

Assinatura da autora: Ana Luíza Valcacer Rodrigues

Nome completo da autora: ANA LUÍZA VALCACER RODRIGUES

Assinatura do professor-orientador: [Assinatura]

Nome completo do professor-orientador: GASPAR ALEXANDRE MACHADO DE SOUSA