

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE NACIONAL DE DIREITO**

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
POLÍTICA CRIMINAL**

**Apontamentos quanto à natureza jurídica do Acordo de Não Persecução
Penal à luz dos movimentos político-criminais minimalistas**

PAULA MERCEZ DOS SANTOS

Rio de Janeiro

2022

PAULA MERCEZ DOS SANTOS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
POLÍTICA CRIMINAL**

**Apontamentos quanto à natureza jurídica do Acordo de Não Persecução
Penal à luz dos movimentos político-criminais minimalistas**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito da obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Camilla de Magalhães Gomes.**

Rio de Janeiro

2022

PAULA MERCEZ DOS SANTOS

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO DE
POLÍTICA CRIMINAL**

**Apontamentos quanto à natureza jurídica do Acordo de Não Persecução
Penal à luz dos movimentos político-criminais minimalistas**

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito da obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação da **Professora Dra. Camilla de Magalhães Gomes.**

Data da aprovação: 15/07/2022

Banca Examinadora:

Orientadora

Membro da banca

Membro da banca

**Rio de Janeiro
2022**

As páginas deste trabalho são dedicadas à minha avó Bernadete, que, desde os primeiros passos, com tanto carinho me cuidou e me ensinou a lidar com o mundo. Dedicam-se também aos meus pais, Flávia e Paulo, que nunca me deixaram desamparada e garantiram, com muito esforço, condições para que eu pudesse concluir esta graduação.

AGRADECIMENTOS

A chegada ao fim desses cinco anos de Faculdade Nacional de Direito me permitiu, sem sombra de dúvidas, concluir que não estive um minuto sequer sozinha enquanto vivia o processo de me graduar.

Encerro este período com a certeza inequívoca de que “a gente é tanta gente onde quer que a gente vá”, trazendo comigo a noção de que mesmo as pessoas que nunca pisaram no prédio da Rua Moncorvo Filho, nº 8, construíram também, em conjunto, esse diploma que virá.

Por isso não há outra forma de iniciar esses agradecimentos sem mencionar minha avó Bernadete e meu avô Pedro, que, desde antes de eu ter a vaga ideia de quem sou, me garantiram a régua e o compasso para que eu pudesse me situar no mundo e realizar minhas escolhas.

Agradeço infinitamente aos meus pais, Flávia e Paulo, que nunca questionaram os caminhos que escolhi, e sempre depositaram a confiança necessária para que eu pudesse ter força para alcançá-los. Obrigada por terem me oferecido não só condições financeiras de estudar, mas também o enorme conforto emocional de saber ter com quem contar.

Agradeço também à Mariana, com quem compartilhei a infância no quintal de caquinhos da casa da vovó em Bangu, que, àquela época, parecia um mundo. Não seria quem sou sem a sua presença.

Menciono também minha avó Carmelita, que, entre idas e vindas na conexão Rio de Janeiro - Alagoas, me ensinou a me dispor diante das dificuldades e a ultrapassá-las (nem que seja na marra).

Agradeço também ao Pedro Fellipe, que com amor e companheirismo tornou a Faculdade Nacional de Direito um lugar imensamente mais acolhedor. Sua presença diária, seja nos corredores ou nos (lotadíssimos) trens até Bangu, fez desta graduação um processo muito mais leve.

Às amigadas que carreguei do Colégio Pedro II, também registro minha gratidão. Tenho um pouco de cada um de vocês em mim, e não seria a mesma pessoa sem Larissa Rodrigues, Bruna Rodrigues, Rafael Barroso, Guilherme Kistenmacker e Isabela Gama. Menciono também Tainá Braga e Isabella Dias, que, apesar de também terem compartilhado comigo os corredores do Pedro II em Realengo, tive a sorte de reencontrar na novamente na Nacional. Viver as alegrias e angústias da faculdade não teria a mesma graça sem compartilhar com vocês.

Também expresso minha gratidão aos amigos que cultivei neste caminho. Em especial Brenda Costa e Evelyn Medeiros, que tornaram esses anos muito mais leves e divertidos, agradeço por cada café, resumo compartilhado ou mesmo pelas horas estudando em conjunto na biblioteca. Estar com vocês fez da FND um local muito mais querido. Cito também Pedro Marques, pela amizade construída durante todo este processo.

Por fim, não posso deixar de mencionar a minha orientadora, professora Camilla de Magalhães, que possibilitou a realização desta pesquisa com muita presença, e me garantiu espaço para debater cada linha aqui escrita.

RESUMO

Esta pesquisa pretende realizar uma análise acerca dos aspectos de Política Criminal do Acordo de Não Persecução Penal, sob a ótica do movimento político-criminal minimalista. Para isso, o trabalho verifica os principais conflitos gerados pelo Acordo, bem como analisa suas principais características. Do ponto de vista da Política Criminal, a pesquisa investiga as bases de suas principais vertentes construídas ao longo do tempo. Neste contexto, compara os aspectos dogmáticos abordados quanto ao Acordo de Não Persecução Penal e a estrutura que configura as noções de minimalismos penais. Por fim, pretende-se analisar se esta ferramenta de justiça negocial se enquadra no campo teórico político-criminal minimalista.

Palavras-chave: processo penal; política criminal; justiça negocial; acordo de não persecução penal; minimalismo penal; criminologia.

ABSTRACT

This study intends to analyze the Non-Prosecution Agreement criminal policy aspects, from the point of view of criminal minimalism movements. Therefore, the research verifies the main conflicts caused by the Agreement, and analyzes its main features. The study also investigates the theoretical basis of the policy criminal movements built over the time. In this context, the research compares the Non-Prosecution Agreement dogmatic aspects with the criminal minimalism structure. Finally, it intends to analyze if this bargained justice tool fits the assumptions of criminal minimalism theory.

Keywords: criminal procedural law; criminal policy; bargained justice; non-prosecution agreement; criminal minimalism; criminology.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1.2. Movimentos de Política Criminal	15
1.2.1. Os Positivismos criminológicos	15
1.2.2 Políticas criminais eficientistas	16
1.2.3 Políticas criminais minimalistas	19
1.2.4 Políticas criminais abolicionistas	20
2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	22
2.1 Apontamentos quanto a adequação do ANPP ao sistema acusatório	22
2.2 O Acordo De Não Persecução Penal na Resolução do CNMP	27
2.3 O ANPP na lei 13.964/19	31
2.4 Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no tempo	37
2.5 Apontamentos quanto à discricionariedade no oferecimento do ANPP	44
3. ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS DO ANPP SOB A ÓTICA DAS CORRENTES DE POLÍTICA CRIMINAL	47
3.1 A centralização do requisito da confissão como indício do discurso eficientista	49
3.2 “Pacote Anticrime”: o eficientismo da Lei 13.964/2019 indicada por sua nomenclatura	54
3.3 Acordo de Não Persecução Penal, minimalismos reformistas e abolicionistas	55
CONCLUSÃO	57

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico visa realizar uma análise do instituto do Acordo de Não Persecução Penal a partir dos critérios postos pelo campo da Política Criminal, especialmente quanto aos movimentos minimalistas.

O ANPP, inicialmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro pela Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, ganhou contornos legais com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, que inseriu o artigo 28-A no Código de Processo Penal brasileiro. A Exposição de Motivos nº 00014/2019 (BRASIL, 2019), apresentada junto ao projeto de lei que deu origem às alterações, aponta, como principal pretexto para sua aprovação, a existência de uma necessidade de descongestionamento dos serviços judiciários.

Este descongestionamento se daria, em tese, pelo fato de o ANPP consistir em um acordo realizado entre o Ministério Público e o indiciado, evitando o prosseguimento de uma nova ação penal. Deste cenário surgem indagações, também realizadas aos outros institutos¹ penais negociais positivados nos últimos anos, quanto à motivação político-criminal que acarretou a criação desses dispositivos.

Isso porque, partindo-se da análise das condições necessárias à celebração do Acordo de Não Persecução elencados pelo CPP, verifica-se que sua abrangência não abarca possibilidades de ensejar encarceramento. No entanto, parece inadequada que a análise da natureza político-criminal do instituto se dê apenas a partir desse aspecto. Ou seja, deve-se atentar não só ao resultado aparente que o acordo anuncia - neste caso, a evitação de uma possível pena privativa de liberdade por outras medidas menos restritivas-, mas também aos pressupostos utilizados para lhe conferir legitimidade. Assim, na tentativa de compreender a que modelo de controle penal atende o dispositivo, importa verificar de que forma se constroem seus elementos.

¹ Neste caso, os institutos constituídos pela Lei 9.099/1995: a reparação civil de danos, a suspensão condicional do processo e a transação penal. Além disso, pode-se mencionar também a colaboração premiada e o acordo de leniência.

Desta maneira, por conta do estabelecimento de debates acerca das consequências da aplicação deste negócio jurídico, faz-se necessária uma realização de sua leitura sob o escopo das diretrizes teóricas dos movimentos minimalistas de Política Criminal, de forma a compreender se sua utilização causa detração ou expansão do sistema punitivo.

Para isso, esta pesquisa visa identificar também os fundamentos das teorias da minimização penal, bem como delimitar suas diferenciações. Além disso, pretende-se analisar os requisitos, elencados pelo Código de Processo Penal, necessários à propositura do acordo, por considerar-se que estes elementos carregam consigo indícios das predileções políticas que originaram o instituto.

O modelo metodológico utilizado nesta monografia é do tipo exploratório, tendo a análise de livros, artigos científicos, textos doutrinários e fontes legislativas e jurisprudenciais como base para sua realização.

De início, mostrou-se importante explicitar o conceito de Política Criminal considerado como pressuposto para o delinear da pesquisa, visto que, como será abordado ao longo do corpo textual, encontra-se uma multiplicidade de definições elencadas pela literatura. Seguidamente, visando elucidar, como já mencionado, os fundamentos teóricos dos minimalismos penais, passou-se a discorrer sobre os distintos movimentos político-criminais.

Pode-se considerar, haja vista ter sido criado, inicialmente, em 2017, que o ANPP é ainda um componente recente da justiça negocial brasileira. Por isso, muitas de suas lacunas encontram-se ainda em aberto, motivo pelo qual se discorreu, no segundo capítulo, acerca dos aspectos dogmáticos do instituto, com atenção aos pontos de maior conflito na doutrina e jurisprudência nacional.

Por fim, atendendo ao objetivo central desta pesquisa, ou seja, identificar se o ANPP pertence ao campo político-criminal dos minimalismos penais, prosseguiu-se com a análise mais específica das características do instituto sob a ótica das correntes de Política Criminal.

1. CONCEITUAÇÃO DE POLÍTICA CRIMINAL

De forma a compreender de quais pressupostos teóricos parte este trabalho, faz-se necessário delimitar o conceito de Política Criminal a que aqui se refere. Isso porque, ainda que pareça tratar-se de um instituto de conteúdo evidente, há na literatura a construção de diferentes perspectivas acerca do tema. Nilo Batista (2007, p. 34) define o instituto enquanto um conjunto de princípios e recomendações, advindos do incessante processo de mudança social, dos resultados que apresentem novas ou antigas propostas do Direito Penal, das revelações empíricas propiciadas pelo desempenho das instituições que integram o sistema penal, bem como dos avanços e descobertas da Criminologia.

No entanto, há que se compreender ter sido esse um campo de disputas teóricas, especialmente no que tange à contradição entre o paradigma etiológico e o da reação social. Isso porque, conforme discorre Vera Regina P. de Andrade (2012, p. 276), a concepção de política criminal, em sua origem, deu-se através do marco do que se denomina modelo integrado de ciências penais, segundo o qual a Criminologia, a Dogmática Penal e a Política Criminal figuram como bases reciprocamente implicadas no controle do crime.

Considera-se, de acordo com as diretrizes deste modelo, que o campo criminológico estaria revestido de cientificidade, de forma a produzir diagnósticos do que seriam as figuras do crime e do criminoso, o que, posteriormente, seria instrumentalizado por políticas de Estado, a fim de delimitar maneiras de combatê-los. Neste sentido, discorre Vera de Andrade (2012, p. 277):

Enquanto a Criminologia se define como ciência causal-explicativa da criminalidade e a Dogmática penal como ciência normativa do Direito Penal, respectivamente comprometidas com o fundamento científico de suas causas e com o fundamento garantista de sua aplicação, a Política criminal se empenha na conversão da experiência criminológica em alternativas e estratégias para os Poderes Públicos (Legislativo, Executivo e Judiciário) na prevenção e repressão do crime, erigindo o criminoso em destinatário de uma Política criminal de base igualmente científica.

Assim, pode-se inferir ter sido este um movimento fortalecedor da lógica desenvolvida pelos autores precursores do paradigma etiológico, o que, segundo Carolina Costa Ferreira (2016, p. 25), consiste na determinação de padrões físicos ou biológicos para a definição de crime e criminoso. Isso porque pressupõe a

criminalidade como elemento diagnosticável, sendo considerado fato natural, diferentemente do que seria, posteriormente, contraposto pelo paradigma da reação social.

Em dissonância a este modelo, elaborou-se, consoante ao surgimento do paradigma da reação social², um conceito de política criminal voltado aos processos de criminalização, deslocando a análise que, antes, concentrava-se na figura do “delinquente”. Passou-se então a compreender não se tratar o delito de um ente natural, ou seja, a Criminologia não teria, portanto, capacidade de delimitar os porquês da “delinquência”, mas sim de identificar o modo de funcionamento dos processos de criminalização. Por consequência, pode-se concluir que, agora, as estratégias de política criminal não estariam mais fundadas em um discurso criminológico pretensamente científico.

Assim, conforme explicita Carolina Costa (2016, p. 27), diferentemente do paradigma etiológico e de suas definições de política criminal baseadas na defesa social, não há, partindo-se desse conceito de política criminal, um só perfil de sujeito criminoso ou de criminalidade que possa ser identificado. Contemporaneamente, portanto, passa-se a compreender a política criminal como um conjunto de movimentações determinantes do controle penal, propostas intencionando apresentar resposta às demandas acerca dos conflitos criminais. Tratam-se essas movimentações não só de correntes discursivas, mas, efetivamente, de políticas públicas (FERREIRA, 2016). Ou seja, constituem ferramentas direcionadas pelo próprio Estado, refletindo sua estrutura interna.

Apesar de não só se limitarem às conformações propostas pelos entes estatais, já que, como mencionado anteriormente, os discursos também apresentam importante papel no direcionamento das políticas criminais, há que se compreender

² “Esta direção de pesquisa parte da compreensão de que não se pode compreender a criminalidade se não se estuda a ação do sistema penal, que a define e reage contra ela, começando pelas normas abstratas até a ação das instâncias oficiais (polícia, juízes, instituições penitenciárias que as aplicam) e que, por isso, o status social de delinquente pressupõe, necessariamente, o efeito da atividade das instâncias oficiais de controle social da delinquência, enquanto não adquire esse status aquele que, apesar de ter realizado o mesmo comportamento punível, não é alcançado, todavia, pela ação daquelas instâncias.” (BARATTA, 1999)

pelo papel estruturante da Constituição Federal na delimitação dos programas públicos sobre os quais aqui se discorre.

Assim, pode-se inferir que, por exemplo, ao determinar, em seu artigo 5º, III, que ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, evidencia-se a predileção do constituinte pelos caminhos a serem adotados pelas políticas públicas quanto à questão criminal. Neste caso em específico, exclui-se a possibilidade de viabilizar a utilização de meios degradantes ou desumanos, por parte do Estado, como instrumentos de punição, ou mesmo de persecução penal. No entanto, o percurso de elaboração desses programas perpassa, conforme já mencionado, outros elementos que superam a literalidade constitucional; além disso, constroem-se formulações imagéticas sobre modelos possíveis, que ensejariam também modificações na própria estrutura da Constituição.

Deste modo, o conceito adotado neste trabalho compreende a noção de inserção das políticas criminais no campo das políticas públicas, especialmente por fazerem-se presentes enquanto políticas de Estado, mas abarca também as formulações elaboradas para além do seio estatal que, discursivamente, confluem com as tensões ou permanências que as constituem.

Esta última afirmação se explica, essencialmente, pelo pressuposto de que, para a concretização de políticas criminais, faz-se necessária a utilização de mecanismos que ultrapassem a estrutura formal dos órgãos oficiais. Assim, importam também as formulações midiáticas, acadêmicas e sociais acerca da questão criminal.

1.2. Movimentos de Política Criminal

Passadas as considerações acerca do conceito de Política Criminal adotado por este trabalho, se discorrerá, nos próximos capítulos, sobre os principais movimentos político-criminais elencados pela literatura.

Assim, serão esmiuçados, respectivamente, os movimentos positivistas, efficientistas, minimalistas e abolicionistas, sendo os minimalismos o ponto central de análise a ser utilizado por esta pesquisa.

1.2.1. Os Positivismos criminológicos

Os Positivismos criminológicos, conforme delimita Vera Malaguti Batista (2011), constituíram-se não só como corrente ideológica, mas como cultura, de forma a atuar como uma espécie de permanência dos modelos hierarquizantes colonizatórios. Tendo seu marco temporal delimitado no século XIX, partem, inicialmente, de uma perspectiva biologizante da criminalidade, investigando supostas características físicas que estariam presentes entre as pessoas consideradas criminosas, de forma a descobrir o que supostamente seria a patologia ensejadora da delinquência.³

Nesse sentido, “o positivismo substitui a teoria do conhecimento por uma teoria da ciência” (CASTRO, 2005, p. 73), e “o determinismo biológico se contrapõe à ideia liberal de responsabilidade moral” (BATISTA, 2011, p. 45), o que, por conseguinte, direcionou a criação de políticas públicas - entendendo-se as ferramentas de política criminal como políticas públicas - acerca do tema. Quanto a isso, versa Vera Malaguti (2011, p. 47):

O importante é compreender como essa grande tradução, denunciada por Sozzo, produziu uma matriz discursiva comum, uma identidade, que gerou não só um determinado olhar sobre a questão criminal, mas também uma determinada política e um determinado projeto penitenciário. Ou seja, o positivismo configurou, modelou o poder punitivo e suas racionalidades, programas e tecnologias governamentais na América Latina.

Infere-se, portanto, ter havido uma transposição do discurso criminológico para a efetivação de políticas estatais, devendo-se atentar ao fato de filiar-se este movimento à noção de que a Criminologia, enquanto ciência, teria como utilidade auxiliar o aprimoramento do poder punitivo.

1.2.2 Políticas criminais eficientistas

³ “Ressalte-se, ainda, que este seguimento criminológico ignorava integralmente os processos de criminalização aos quais alguns grupos sociais estavam submetidos, naturalizando a figura do crime sem quaisquer questionamentos quanto à sua origem. Assim, observavam-se as características dos indivíduos que já se encontravam sob a tutela penal sem que se pensasse quanto à possibilidade de atuação seletiva do Direito Penal e das políticas criminais.” (FERREIRA, Isabella Dias; SANTOS, Paula Mercez dos; OLIVEIRA, Tainá Braga de. A Criminologia Positivista como instrumento de permanência da 'outrificação' para a criminalização indígena. Boletim do Ibccrim, São Paulo, v. 342, p. 24-26, 01 maio 2021. Mensal.)

Destaca-se, entre as grandes movimentações contemporâneas de política criminal, a vertente denominada de Eficientismo Penal.

De acordo com Cristina Zackseski e Evandro Piza Duarte (2012, p.3), trata-se de movimento comumente relacionado à política criminal norte-americana, mais especificamente ao que se compreende como o programa da Política de Tolerância Zero, consistente na aposta de prevenção do crime através da utilização de mecanismos formais de controle social. Este programa tem em seu cerne a noção de que a tolerância com pequenos delitos ensejaria um escalonamento da prática de condutas criminosas, o que advém essencialmente da construção teórica da Teoria das Janelas Quebradas⁴.

Além disso, os movimentos de Lei e Ordem, também predominantes no contexto estadunidense, figuram enquanto parte relevante das políticas criminais eficientistas, ensejando na aposta do endurecimento legislativo como meio adequado de prevenção de delitos.

Deve-se atentar, aqui, que ainda parte-se das estruturas conceituais intrínsecas ao paradigma etiológico, mencionado anteriormente, já que não há qualquer desnaturalização da figura do crime; há, em verdade, ainda a concentração de esforços no combate aos indivíduos compreendidos como criminosos.

Deste modo, os eficientismos materializam-se em práticas voltadas a ajustar os mecanismos de controle do próprio sistema penal, de forma a manter sua capacidade de gerir os conflitos sociais emergentes à sua contemporaneidade.

⁴ “O argumento central da Tolerância Zero é proveniente da Teoria das Janelas Quebradas - “(...) se as janelas quebradas de um edifício não são consertadas, as pessoas que gostam de quebrar janelas assumirão que ninguém se importa com seus atos de incivilidade e continuarão a quebrar janelas”. Trata-se da mesma ideia básica presente no senso comum sobre o consumo de drogas: crimes pequenos ou drogas leves, de sujeitos individuais predispostos, levam ao cometimento de crimes graves e ao uso de drogas pesadas. Este tipo de conclusão é decorrente de uma visão mecanicista de ciência, na qual exista possibilidade de que um fato social decorra necessariamente de outro fato social, ou pela variação da mesma visão que percebe a criminalidade e o uso de drogas como patologias”. (ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI UFU, p. 7112-7143, 2012.)

Importante mencionar não ser esse um movimento restrito ao cenário norte-americano; a influência da criminologia positivista na conformação de atitudes e valores, como em qualquer lugar, foi ampla na América Latina (CASTRO, 2005, p. 75). No Brasil, como sustentam Zackseski e Duarte (2012, p.7), a criação dos Juizados Especiais Criminais, pela lei 9.099/95, instituiu avanço significativo das esferas de poder punitivo face às condutas consideradas menos lesivas. Assim, a constante modificação e atualização das esferas de punição aumentam o escopo de atuação do Direito Penal, inclinando-se, também, a reforçar o discurso eficientista de naturalização da figura do crime, de modo a delimitar o recrudescimento das penas como prevenção efetiva ao cometimento de delitos.

Outro aspecto relevante a ser mencionado, ainda se tratando de influência eficientista, é a aproximação de iniciativas privadas desses modelos de recrudescimento criminalizador. A realidade brasileira, por exemplo, comporta tensões políticas e jurídicas quanto à possibilidade de garantir a empresas o gerenciamento de unidades prisionais, como proposto pelo Projeto de Lei estadual 190/2019, do Rio de Janeiro. Dessa forma, infere-se haver confluências entre a lógica punitivista e os modelos empresariais evidentemente voltados ao lucro:

A ideologia punitiva de uma sociedade responde à ideologia dominante em um momento histórico determinado, subordinando-se às leis do mercado de trabalho, que implica a constatação de importantes transformações dessa ideologia em diferentes instâncias históricas e de acordo com as necessidades de cada sociedade. Neste sentido, não pode ser ignorada a relação entre a ideologia punitiva, no que se refere especificamente à chamada política criminal, e a necessidade de criação da criminologia. (...) Por isso, não se pode afirmar que o sistema penal de qualquer sociedade seja um fenômeno isolado e sujeito a suas próprias leis (DEL OLMO, 2004, p. 60).

Por fim, conclui-se tratar-se o eficientismo do entendimento de constituição da crise do sistema penal como uma crise de eficiência, o que, por consequência, faz parecer viável o alinhamento das políticas públicas voltadas à questão criminal à lógica produtivista.

Assim, são elaboradas e perpetuadas maneiras de expansão do braço do poder punitivo, como maneira de relegitimar as instâncias de controle social consideradas insuficientes.

Diferentemente das correntes político-criminais que compreendem o próprio Direito Penal como responsável pela crise - já que entendem a existência do delito como resultante dos processos de criminalização -, neste caso delimita-se o Direito Penal como origem e solução do problema. Origem porque, conforme delineado anteriormente, entende-se por sua insuficiência; mas não uma insuficiência total, porque, paradoxalmente, para esse movimento, a resposta à questão não deveria advir de fora deste campo, e, sim, de seu aprofundamento.

1.2.3 Políticas criminais minimalistas

Faz-se necessário demarcar, inicialmente, que, em se tratando dos modelos minimalistas e abolicionistas, compreende-se como objeto o sistema penal em sua totalidade, o que abrange não só disposições normativas, mas a todos os dispositivos de controle social formal e informal que, discursiva e materialmente, operacionalizam a manutenção do poder punitivo (ANDRADE, 2012). Ou seja, não se trata aqui da mera quantificação de penas privativas de liberdade ou restritivas de direito cumpridas, e, sim, também da análise dos mecanismos de controle punitivo e do que Zaffaroni intitula “curso dos discursos sobre a questão criminal” (apud BATISTA, V. 2011, P. 17).

De acordo com Vera de Andrade, os minimalismos, assim como os abolicionismos, passaram a ocupar o cenário do controle social e das políticas criminais na sociedade capitalista a partir da década de 1970 (ANDRADE, 2004).

“O contexto, portanto, em que emergem, é o da deslegitimação dos sistemas penais que então tem lugar como resultado de um amplo espectro de desconstruções teóricas e práticas” (ANDRADE, 2004, p. 6). Neste sentido, “enquanto o abolicionismo protagoniza a sua abolição e substituição por formas alternativas de resolução de conflitos, o minimalismo defende, associado ou não à utopia abolicionista, sua máxima contração” (ANDRADE, 2004, p. 7).

Partindo deste pressuposto, pode-se afirmar que, embora diversos, os minimalismos penais apresentam, como ponto em comum, a perspectiva de limitação do sistema punitivo. No entanto, suas diferentes vertentes distanciam-se

quanto à dimensão que essa limitação deveria apresentar, dividindo-se entre as perspectivas legitimadoras e deslegitimadoras do sistema punitivo.

A primeira vertente, oriunda, essencialmente, da teoria garantista de Luigi Ferrajoli, entende por necessária a existência do Direito Penal, mas de forma reduzida e consideravelmente limitada. Em resumo, sustenta-se que “o Direito Penal mínimo estaria legitimado pela necessidade de proteger, a um só tempo, as garantias dos ‘desviantes’ e dos ‘não desviantes’”, tratando-se, portanto, de uma configuração que considera o minimalismo penal como um modelo punitivo que tem um fim em si mesmo (ANDRADE, 2012, p. 268).

No entanto, é importante ressaltar que, apesar de sustentar-se, nesta corrente, por uma legitimação do poder punitivo, percorre-se teoricamente pela necessidade de, antes, deslegitimá-lo. Isto porque compreende pelo imperativo de sua contenção, impondo limites à expansão do Direito Penal para além do que se considera suficiente para a proteção das garantias individuais.

A segunda vertente, porém, não identifica, diante da crise de legitimidade do Sistema Penal, possibilidade de relegitimação, delimitando tratar-se o problema de uma questão estrutural inerente à própria lógica punitiva. É partindo deste pressuposto que se desenvolve a perspectiva que compreende o minimalismo penal como estratégia propulsora ao alcance dos abolicionismos penais; assim desenvolvem-se as teorias minimalistas de Alessandro Baratta e Zaffaroni, como bem explicita Vera de Andrade (2006, p. 11):

O modelo de Baratta é um modelo contextual e aberto que se estrutura sobre a razão abolicionista e o minimalismo como tática a médio e curto prazo. Delineado como Política criminal alternativa em seu clássico “Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal”, continuado em seus “Princípios do Direito Penal Mínimo: para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal”, culmina com o modelo do “Direito Penal da Constituição” e do “Garantismo Positivo” (...) O modelo de ZAFFARONI (1991, p 106), denominado “Realismo Marginal Latino-americano” foi enunciado sobretudo em seu também clássico “Em Busca das Penas Perdidas” (em resposta e em homenagem latino-americana ao clássico “Penas Perdidas”, de Louk Hulsman).

Há que se compreender, portanto, a diversidade das produções teóricas acerca deste modelo de política criminal, o que, no mesmo sentido, pode-se inferir quanto aos abolicionismos penais.

1.2.4 Políticas criminais abolicionistas

De imediato, conforme mencionado anteriormente, importa frisar que, assim como os minimalismos, os abolicionismos penais constituem-se em distintas construções. No entanto, deve-se reconhecer um ponto comum dentre essas construções: a premissa de desnaturalização do conceito de crime. Nesse sentido discorre Edson Passeti (2006, p.83):

Refuta a natureza ontológica do crime, ao mostrá-lo como criação histórica, na qual a criminalização de comportamentos, em maior ou menor quantidade, depende das épocas e das forças sociais em confronto. O abolicionismo revira o consenso a respeito da naturalização do castigo, que fundamenta o princípio da punição no direito penal.

A realização deste giro teórico impõe, por fim, a conclusão pela ilegitimidade do sistema penal, especialmente por considerar suas fundamentações desvencilhadas da realidade. Em outros termos, “entender a deslegitimação é entender que o sistema penal está nu, que todas as máscaras caíram e que agora ele exerce, abertamente, sua função real” (ANDRADE, 2006, p. 170); destitui-se a lógica das chamadas funções declaradas da pena para que se construam as delimitações quanto às suas funções reais.

Neste sentido, compreende-se o sistema penal como estruturalmente incapaz de cumprir as funções que legitimam sua existência, ou seja, a alegada proteção de bens jurídicos e o combate e prevenção à criminalidade (ANDRADE, 2012). Esta incapacidade não seria, para Vera (2012), ocasional, e sim estaria ligada ao fato de a função real do sistema punitivo ser construir seletivamente o conceito de criminalidade.

A noção desta construção seletiva da criminalidade pressupõe inicialmente a inexistência de condutas naturalmente criminosas. Com efeito, os parâmetros de reprovabilidade de cada conduta se conformariam, para esta vertente teórica, de acordo com a configuração dos poderes no seio social, especialmente no âmbito do Estado. Assim, os membros do Poder Legislativo, inseridos e perpassados pelas hierarquizações e estruturas de poder vigentes ao respectivo período, selecionariam condutas a serem criminalizadas a partir de motivos político-criminais.

Para a autora Angela Davis, o motivo central da utilização da privação de liberdade pelo poder punitivo consiste no seguinte fato:

A prisão, dessa forma, funciona ideologicamente como um local abstrato no qual os indesejáveis são depositados, livrando-nos da responsabilidade de pensar sobre as verdadeiras questões que afligem essas comunidades das quais os prisioneiros são oriundos em números tão desproporcionais (DAVIS, 2020, p. 16).

Conclui ainda que o trabalho ideológico realizado pela prisão impossibilita que seja direcionada maior atenção aos problemas sociais, especialmente os que se referem ao conflitos gerados pelo capitalismo global e pelo racismo (DAVIS, 2020). Ou seja, o exercício do poder punitivo e a própria existência do sistema penal, para esta corrente, consistiriam em ferramentas para a concretização dos modelos dominantes.

Em razão disso, ainda que por modos e caminhos distintos, a depender da perspectiva teórica ou prática abolicionista adotada, optou-se pelo entendimento de não haver possibilidade de relegitimação do sistema punitivo. Isso porque as funções declaradas do Direito Penal, como sustentado pelos autores, não coincidem, de acordo com esta perspectiva, com suas funções reais. Neste sentido, reveladas estas características, a crise do sistema punitivo não poderia ser atribuída a uma crise momentânea, seja de eficiência ou de aspectos pontuais. Haveria, na verdade, uma crise quanto à própria existência do poder punitivo, motivo pelo qual não seria possível aferir sua legitimidade.

2. NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Destrinchado o conceito de Política Criminal adotado por este trabalho, passa-se aqui delinear os contornos da natureza jurídica do instituto do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP).

2.1 Apontamentos quanto a adequação do ANPP ao sistema acusatório

A Lei 13.964/2019 trouxe também consigo elemento importante a uma permanente controvérsia no campo do Direito Processual Penal brasileiro - o artigo 3^a-A do CPP, que enuncia a acusatoriedade como característica estrutural do processo penal brasileiro.

Controvérsia porque, quanto à definição do sistema penal brasileiro, é lugar-comum na doutrina processual penal a classificação de “sistema misto”, com a afirmação de que os sistemas puros seriam modelos históricos sem correspondência com os dias atuais (LOPES, 2021, p. 48).

No entanto, considera-se, por alguns autores, ser esta uma categoria insuficiente para uma compreensão mais aprofundada deste ponto. Aury Lopes Júnior (2021), por exemplo, defende a necessidade de realização da análise a partir do núcleo fundante do sistema, ou seja, a verificação da natureza do princípio informador em questão - seja inquisitivo ou acusatório. O primeiro, inquisitivo, consistiria na concentração da gestão da prova na figura do julgador, enquanto o segundo consistiria na atribuição da gestão da prova às partes.

De todo modo, a introdução do artigo 3^o-A no ordenamento jurídico inaugurou, de forma explícita, a noção de haver necessidade de adequação dos dispositivos processuais brasileiros às premissas de um sistema acusatório. Assim, importa reconhecer tratar-se essa também de uma regra de interpretação: devendo os dispositivos se adequarem à acusatoriedade, havendo impasses quanto às suas formas de aplicação, impõe-se optar pelos caminhos que mais se adequem ao princípio acusatório.

Note-se que o processo penal acusatório caracteriza-se pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo para garantia da imparcialidade e efetivação do contraditório (LOPES, 2021, P. 46). Dessa forma, parece evidente que, em releitura do CPP após essa inovação legislativa, ocorre também a revogação tácita das normas que desrespeitem esses pressupostos. Ressalte-se, ainda, discussão importante acerca da própria constitucionalidade de quaisquer dispositivos não adequados à acusatoriedade, já que consideram alguns autores que

A Constituição demarca o modelo acusatório, pois desenha claramente o núcleo desse sistema ao afirmar que a acusação incumbe ao Ministério Público (art. 129), exigindo a separação das funções de acusar e julgar (e assim deve ser mantido ao longo de todo o processo) e, principalmente, ao definir as regras do devido processo no art. 5º, especialmente na garantia do juiz natural (e imparcial, por elementar) e também inciso LV, ao fincar o pé na exigência do contraditório. (LOPES, 2021, p. 47)

Retomando à temática do Acordo de Não Persecução Penal, em que pese ter sido este dispositivo inserido legalmente no ordenamento jurídico simultaneamente ao artigo 3º-A do CPP, pela Lei 13.964/2019, é imperiosa sua filtragem constitucional, assim como se demanda de todas as normas infraconstitucionais. Partindo-se do pressuposto de haver substrato acusatório na própria CRFB, conforme delimitado anteriormente, a adequação do instituto do ANPP a essas diretrizes se torna questão central para sua melhor análise.

Para isso, faz-se necessário observar a estrutura que o artigo 28-A do CPP impõe ao dispositivo negocial. De início, destaca-se o requisito da confissão formal e circunstanciada, necessário para celebração do acordo. Isso porque extrai-se que a confissão do acusado é exigível previamente à proposição do MP; permite-se, pois, que o indivíduo confesse o crime antes mesmo de ter ciência dos termos do pacto (LEWINSKI; NICOLELLIS; PINHEIRO, 2022). Ou seja, ainda que sem haver confirmação do possível caráter benéfico de produzir a prova contra si mesmo - e, aqui, entende-se benéfico como a possibilidade de celebração do acordo e alcance de sua conseqüente extinção de punibilidade - espera-se que o indiciado o faça.

Diante disso, como discorrem Beatriz Daguer e Rafael Júnior Soares (2022), a imposição deste requisito revela questão importante quanto à aplicação do instituto

- a possibilidade de que a assunção do fato criminoso possa, posteriormente, ser utilizada contra o investigado.

Ora, conforme prevê o art. 28-A, § 10, do CPP, em caso de descumprimento do acordo, o Ministério Público comunicará o juiz, para fins de rescisão, redundando no oferecimento da peça acusatória, havendo possibilidade de inclusão da confissão obtida anteriormente para fins de homologação do benefício legal. (DAGUER;SOARES, 2022).

Nesse sentido, parece pertinente trazer à discussão o princípio constitucional do direito à não auto-incriminação, fundado no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal.⁵ Especialmente porque, ao confessar no contexto de realização de um acordo, o indiciado tem sob sua avaliação apenas a perspectiva das consequências da própria negociação, ou seja, uma possível extinção de punibilidade. Assim, não produz provas contra si mesmo ciente de um contexto de persecução penal; ao contrário, não há sequer denúncia redigida pelo órgão acusatório, para que seja possível exercer plenamente a escolha pelo caminho de estratégia processual a ser adotado.

Além disso, em que pese a confissão, neste caso, seja exigida para uma atividade negocial e, portanto, voluntária, não há, no momento de celebração do ANPP, qualquer exercício de contraditório. E a utilização processual de uma confissão realizada sem o crivo do contraditório constitui um problema, visto que o indivíduo que confessa não necessariamente diz a verdade; pode confessar visando objetivos segundos, que não a revelação dos fatos (LEWINSKI; NICOLELLIS; PINHEIRO, 2022).

Pontuam ainda Lewinski, Nicolellis e Pinheiro (2022) o fato de que, como reforço a este argumento, o legislador previu, ao dispor do artigo 197 do CPP, que a confissão deve ser analisada em conjunto com as demais provas produzidas, do que decorre a compreensão de que seu valor probatório é relativo.

Pode-se fazer, aqui, alusão à discussão originada quanto ao instituto da colaboração premiada, também pertencente à esfera negocial do Processo Penal, já que sua implementação constitui um acordo de colaboração. Neste sentido, frisam BARROSO, REICHERT e VASCONCELLOS (2021) ser o acusado a parte mais

⁵ “Artigo 5º, LXIII, CRFB: o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

atingida pela insegurança jurídica do instituto, vez que, ao se obrigar a colaborar, renuncia a diversos direitos e se afasta de sua posição de resistência, contribuindo para sua autoincriminação.

De maneira muito semelhante à questão anteriormente pontuada, quanto à confissão no ANPP, questiona-se também a possibilidade de compartilhamento das provas obtidas através do acordo de colaboração premiada em outras investigações e processos. Em elaboração a esse questionamento,

Sustenta-se que a utilização de elementos probatórios pelo próprio colaborador em seu prejuízo, de modo distinto do firmado com a acusação e homologado pelo Poder Judiciário e fora de seus limites, é prática abusiva que viola a boa-fé objetiva, a qual deve reger o acordo de colaboração premiada (BARROSO; REICHERT; VASCONCELLOS, 2021).

Note-se, porém, haver nesta elaboração uma importação de um instituto civil para o processo penal, o que não se ignora pelos autores supracitados. No entanto, compreende-se pela justificação do uso do instituto da boa-fé objetiva por proporcionar maior limitação à atuação persecutória estatal e, por consequência, gerar maior esfera de proteção dos direitos fundamentais do acusado. “Também vale destacar que a imposição de deveres de cooperação e de boa-fé podem ser problematizados se impostos ao acusado no processo penal, tendo em vista o direito à não autoincriminação” (BARROSO; REICHERT; VASCONCELLOS, 2021).

Deste modo, em paralelo à controvérsia em curso quanto ao Acordo de Não Persecução Penal, parece possível, analogicamente, compreender ser abusiva a utilização da confissão obtida no âmbito do procedimento para outros fins.

Retomando a adequação dos institutos de negociação penal ao sistema acusatório, nas palavras de Vinicius Gomes de Vasconcellos (2015), cumpre citar três capitais tensionamentos causados a princípios fundamentais da justiça criminal. Inicialmente, a dissipação da presunção de inocência, já que, somada à renunciabilidade, tal garantia acaba distorcida com a consagração de uma “presunção de culpa” ou até um “dever de confissão” (VASCONCELLOS, 2015).

Em segundo lugar, o autor pontua a problemática do direito à não autoincriminação, intrincada em razão da coação inerente à própria proposta de barganha. O terceiro tensionamento, segundo Vinicius, consiste no esvaziamento do dever de motivação judicial, pois o ato de homologação impõe a análise meramente formal dos pressupostos para a condenação (VASCONCELLOS, 2015).

Ressalte-se não ser esta posição pacífica, havendo vozes dissonantes que compreendem não existir coerção à autoincriminação durante o curso negocial, partindo da noção de voluntariedade da confissão. No entanto

“(...) o argumento de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, em razão do direito de não produzir prova contra si mesmo, torna-se letra morta se há a promessa de uma premiação com redução da sanção penal e, a *contrario sensu*, um agravamento na situação de quem não o fizer”.
(VASCONCELLOS, 2015)

Diante da fragilização desses princípios basilares do Processo Penal democrático acusatório, defende Vasconcellos (2015) que o mecanismo de barganha permite condenações que seriam inviáveis em um julgamento em conformidade com o devido processo penal.

Neste mesmo sentido, referindo-se diretamente ao Acordo de Não Persecução Penal, Leonardo de Bem (2020) considera que a exigência da confissão para a formação da *opinio delicti* torna os outros elementos colhidos menos relevantes. Assim, conclui o autor, o Acordo acabou por resgatar a antiga posição da confissão como rainha das provas, tornando-se moeda de troca pelos benefícios prometidos pela proposta de negociação (DE BEM, 2020). Esta posição, como sabido, é característica marcante do modelo inquisitivo de Processo Penal. A partir desta premissa, é possível afirmar que há um confronto do requisito da confissão e, por consequência, do ANPP, com o processo penal acusatório.

Isso porque, como delimitou-se oportunamente, constituem elementos essenciais para a configuração desse sistema o efetivo contraditório, que pressupõe, por lógica, paridade de armas, a separação entre as funções de acusar e julgar e o respeito às diretrizes do devido processo legal.

Assim, ao apagar-se as linhas que demarcam com maior veemência essas garantias fundamentais, apaga-se também elementos da estrutura acusatória em si.

2.2 O Acordo De Não Persecução Penal na Resolução do CNMP

O ANPP, em que pese ser, hoje, positivado pela Lei 13.964/2019, teve sua forma embrionária redigida pelo Conselho Nacional do Ministério Público. O Conselho, ao editar a Resolução nº 181, que visava regulamentar o procedimento de investigação criminal pelo MP, instituiu a possibilidade de negociação entre o órgão acusatório e o investigado, consistente no Acordo de Não Persecução Penal (ANDRADE, 2018). O documento, em sua justificativa, menciona considerar as seguintes motivações:

(...) a exigência de soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais (BRASIL, 2017)

É em seu artigo 18 que a resolução prevê, detalhadamente, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal, nos seguintes termos:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente (BRASIL, 2017)

Nos incisos seguintes, passa-se a listar o rol de condições passíveis de serem utilizadas como objeto do acordo:

“I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II – renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público

como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo Ministério Público;

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Código

Penal, a entidade pública ou de interesse social a ser indicada pelo Ministério Público, devendo a prestação ser destinada preferencialmente àquelas entidades que tenham como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito;

V – cumprir outra condição estipulada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal aparentemente praticada.”

(BRASIL, 2017)

Ao observar a justificação apresentada pela Resolução para instituir o Acordo de Não Persecução, nota-se a preferência de seus editores por uma justiça penal mais célere quanto aos casos menos graves. Além disso, também é possível perceber que se considera a necessidade de concentrar os esforços ministeriais e judiciários nos delitos de maior gravidade.

No entanto, como discorre Flávio da Silva Andrade (2018), na ânsia de inovar, o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto, além de ter ignorado que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deveria ser implementada pela via legislativa.

Ressalte-se que, para além da usurpação formal de competência, capturou-se, pela Resolução, intenso debate travado pela doutrina nacional quanto à possibilidade de privilegiar a celeridade processual face à manutenção das garantias fundamentais dos acusados. Considerando-se que, sem ampliar a discussão para além dos muros do próprio Ministério Público, criou um mecanismo flexibilizador de princípios basilares do Processo Penal brasileiro, parece ter sido furtada a oportunidade de promover elaborações com maior parcela da sociedade ou de seus representantes eleitos.

Por isso, retomando a crítica já mencionada por Flávio Andrade, pode-se entender ser pouco democrática a tomada de decisão unilateralmente por um órgão administrativo⁶ quanto a tema tão caro ao ordenamento jurídico, visto que encontra-se, em diversos pontos, disciplinado pela própria Constituição da República.

De início, importante mencionar o artigo 22, I, da CRFB, que determina competir privativamente à União legislar, dentre outras matérias, sobre Direito Penal e Processual. Essa determinação, deliberada pelo constituinte originário, carrega consigo a noção de se tratarem esses de temas que necessitam de maior participação legislativa, já que impõe a atuação dos membros do Congresso Nacional. Dessa forma, infere-se não ser possível que o Ministério Público invoque considerações de Política Criminal para justificar que sua atuação se dê à margem da lei, por mecanismo não criado pelo legislador constitucionalmente competente, ignorando-se princípios basilares do Estado Democrático de Direito (ANDRADE, 2018).

Soma-se a isso, também, a proteção constitucional conferida ao princípio da obrigatoriedade da ação penal, embora esta seja questão pouco mais controversa a se tratar. Para melhor elucidação, ressalta-se não haver positividade expressa da obrigatoriedade no corpo da Constituição Federal. No entanto, doutrinária e jurisprudencialmente, compreende-se que, em análise conjunta de alguns dispositivos, resta configurado o princípio.

O artigo 129, I, da CRFB, impõe como função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Interpretação meramente literal desse dispositivo resulta, ao que parece, na noção de que, havendo justa causa para a apresentação da denúncia, não há discricionariedade por parte do órgão quanto a fazê-lo.

Pelo mesmo caminho percorre a legislação infraconstitucional; o Código de Processo Penal, em seu artigo 24, delimita que, nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia pelo Ministério Público, mas dependerá, quando a lei o

⁶ Neste caso, o Conselho Nacional do Ministério Público.

exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

A exceção apresentada pelo dispositivo supracitado induz, por consequência, a noção de que a regra, em geral, é a de promoção da denúncia pelo órgão, nos casos em que couber.⁷

Em resumo, carece de constitucionalidade formal o artigo 18 da Resolução 181/17, em razão da usurpação de competência privativa da União de legislar sobre matéria penal e processual. Além disso, alguns autores argumentam ainda quanto à sua inconstitucionalidade material, pela sua contrariedade ao princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Por essas razões explicitadas, em outubro de 2017, o Conselho Federal da OAB ajuizou, ante ao Supremo Tribunal Federal, a ação direta de inconstitucionalidade 5793, em face do ato normativo anteriormente mencionado. Em 2020, entretanto, após a entrada em vigor da Lei 13.964/19, manifestou-se a Procuradoria Geral da República acerca da perda superveniente de objeto da ação, visto que o instituto teve sua regulamentação efetuada por lei. Até o presente momento encontram-se os autos conclusos ao relator, sem novas decisões proferidas.

Demonstradas as controvérsias acerca da inserção inaugural do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se a analisar o processo de positivação do dispositivo pela legislação.

2.3 O ANPP na lei 13.964/19

⁷ Quanto a isso, faz-se importante mencionar a observação apresentada por Flávio de Andrade (2018): “No Brasil, o suposto mito da obrigatoriedade não obriga o Ministério Público a processar tudo e todos. À luz do princípio da insignificância, são comuns os casos de arquivamento nos casos de infrações de pequena monta e nas hipóteses em que as consequências advindas do delito são mínimas. São rotineiros os arquivamentos de inquéritos policiais ou de outros procedimentos investigatórios em que não restaram comprovadas a materialidade ou autoria dos delitos, assim como quando manifesto que o agente agiu amparado numa causa excludente de ilicitude ou numa causa excludente de culpabilidade. Noutras palavras, a persecução penal só é obrigatória em relação a fatos puníveis e a fatos que não devam ser alcançados pelo princípio da bagatela”.

O ANPP, que antes encontrava sua previsão apenas na Resolução 181/17 do Conselho Nacional do Ministério Público, ganhou forma legal com a entrada em vigor da Lei 13.964/2019, que inseriu, no Código de Processo Penal, o artigo 28-A, que disciplina seu modo de funcionamento.

Assim, conforme elencado pelo dispositivo, “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime“, diante de algumas condições determinadas pelos incisos do mesmo artigo. Note-se que, apesar de explanar brevemente as características do novo instituto, o novo texto legal não discorre de maneira minuciosa sobre sua natureza, o que acabou por implicar na necessidade de haver um maior esforço doutrinário em busca de compreender as lacunas apresentadas pela lei.

A despeito da anterior - e questionável, como explicitado oportunamente - regulamentação do instituto por resolução, sua positivação representa expressivo avanço dos espaços de consenso na justiça penal brasileira. Quanto a isso, discorrem Leo Ribeiro e Victor Costa (2019) afirmando que, neste contexto, o que foi tradicionalmente estruturado como o “núcleo duro no direito penal liberal” transforma-se no direito penal e processual penal das consequências.

Esta formulação é construída pelos autores de acordo com o grau de flexibilização de garantias fundamentais que os novos instrumentos negociais conferem ao cenário, como se depreende da explanação a seguir:

O desenvolvimento do constitucionalismo ao longo das últimas décadas tornou clara a premissa de que a jurisdição penal, para ser considerada legítima, deve necessariamente estar submetida e vinculada às garantias fundamentais descritas na Constituição da República. A despeito dessa premissa, no ordenamento jurídico brasileiro cresce gradativamente a orientação do Direito Penal pelas consequências, o que significa a busca pela aplicação da pena sem preocupações significativas com o devido processo legal, a idoneidade da legislação penal ou a fundamentação legítima da culpabilidade. (RIBEIRO; COSTA, 2019, p. 250).

A Lei 13.964/19, no entanto, constitui apenas um fio da rede de expansão da justiça negocial. A esse passo, o que se intitulou “Direito Penal das consequências” se expande concomitantemente ao tecer de fios dessa rede, de modo que há que se compreender serem fenômenos intrínsecos.

Pode-se aferir, ao analisar de forma mais detida as modificações realizadas no âmbito processual penal ao longo dos últimos anos, ter ocorrido gradativa inserção de novos dispositivos de consenso. Ressalte-se não ter esse movimento passado impune aos olhares críticos; a figura da transação penal, por exemplo, deparou-se com duros questionamentos quanto à sua natureza.

No sistema jurídico brasileiro, o instituto da transação penal talvez seja um dos mais tradicionais exemplos dessa estrutura, tendo sido muito criticado desde a sua implementação pelo fato de possuir como objeto infrações que a princípio não deveriam estar no âmbito penal, dispensando a instrução processual para possibilitar a imposição imediata de pena e transformando essa imposição em ato que não é caracteristicamente jurisdicional. (RIBEIRO; COSTA, 2019, p. 251).

Assim, a relação dual e contraditória entre a utilização do consenso na esfera criminal e o aumento do alcance estatal sobre as relações cotidianas precede o Acordo de Não Persecução Penal. A contradição aqui referida consiste no fato de que, à primeira vista, o instituto da transação parece limitar a atuação do poder estatal, considerando que impede a imposição de uma sanção pelo Estado-Juiz. No entanto, como bem pontuaram os autores, significou verdadeiro avanço da atuação persecutória no sentido de condutas anteriormente consideradas fora do escopo criminal.

Seguindo essa tendência utilitária-economicista, diversos dispositivos normativos brasileiros buscam importar do direito anglo-americano o instituto do *plea bargaining*, ou, em especial, a *plea guilty* (RIBEIRO; COSTA, 2019). Não foge desta tendência o Acordo de Não Persecução Penal. Esta nomenclatura, inclusive, parece trazida da experiência norte-americana, em referência ao *deferred prosecution agreement* e ao *non prosecution agreement* (DOTTI; SCANDELARI, 2019).

De forma consideravelmente similar à experiência brasileira, estes dispositivos também consistem em uma “assunção de responsabilidades e o cumprimento de condições pelo réu para que, em troca, receba sanções potencialmente mais leves” (DOTTI; SCANDELARI, 2019).

Portanto, trata-se também de evitação do desencadeamento da regular ação penal. No entanto, faz-se necessário mencionar que, apesar da implementação muito similar de elementos de justiça negocial utilizados nos Estados Unidos da América, a organização e estrutura jurídica brasileira permanecem essencialmente distintas à condição norte-americana. E é por isso que, apesar de, em seu país de origem, o *plea bargain* enfrentar duras críticas, construiu-se levando em consideração o sistema penal em que está inserido.

No presente caso, no entanto, dos dispositivos inseridos no ordenamento jurídico pátrio, colacionou-se de forma quase integral os termos do referido dispositivo, sem, no entanto, maior preocupação com o seu possível confronto com os pressupostos legais e constitucionais do Brasil.

Ponto importante a ser mencionado é o fato de que o modelo de justiça brasileiro atende especialmente aos critérios de um sistema de *civil law* constitucional. Este modelo compreende maior centralidade às normas escritas para interpretação do Direito, consagrando a Constituição da República como base fundante do ordenamento jurídico. Neste sentido, a norma penal, mais especificamente, representa grande valor, e sua flexibilização não pode ocorrer de forma tão simples. Deste modo, a adoção de novos caminhos legislativos e interpretativos apenas com base em fundamentações de Política Criminal enseja maiores resistências. Ou seja, em que pese seja prerrogativa do legislador inserir, por exemplo, o ANPP no ordenamento jurídico, a orientação de um sistema de *civil law* constitucional impõe balizas mais rigorosas ao conteúdo da norma editada, não sendo possível que seu conteúdo contrarie normas de hierarquia superior - neste caso, a Constituição da República.

Já o contexto norte-americano apresenta características evidentemente opostas, orientando-se pelo modelo *common law* de Direito. Assim, desenvolve-se

de acordo com um sistema de precedentes que, de certo modo, gera maior flexibilidade interpretativa aos casos concretos, modificando-se de acordo com as situações cotidianas. A norma escrita não representa, neste caso, figura tão central a ser protegida pelos atores do judiciário.

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2006), ao elencar críticas à delação premiada, também elemento de negociação penal, menciona que o sistema negocial estadunidense é fundado numa perspectiva eminentemente privada, em face da regência do princípio da oportunidade da ação e disponibilidade do conteúdo do processo.

Enquanto isso, afirma que “no sistema brasileiro, como se sabe, os princípios regentes são exatamente os opostos: obrigatoriedade e indisponibilidade” (COUTINHO, 2006).

Parece razoável a aplicação analógica da crítica proposta pelo autor ao tema aqui pesquisado, por estar evidente a realização de um intercâmbio, na positivação do ANPP pela Lei 13.964/2019, entre os dois sistemas.

Feitas as considerações acerca da influência estrangeira na consolidação dos espaços de consenso em nosso sistema penal, passa-se agora a discorrer sobre a Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP (BRASIL, 2019), referente às alterações legislativas propostas pela já citada Lei 13.964/2019.

O documento, endereçado ao Presidente da República, foi redigido pelo então, à época, Ministro da Justiça e da Segurança Pública, Sérgio Fernando Moro, também autor do projeto de lei 10.372/2018⁸, que deu origem ao dispositivo legal supracitado.

Inicia-se a redação da referida Exposição de Motivos informando, como meta do projeto, “estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência à pessoa” (BRASIL, 2019). Uma análise dessa

⁸ Este projeto de lei, no entanto, sofreu alterações no âmbito da Câmara dos Deputados, bem como teve alguns artigos vetados pelo Presidente da República Jair Bolsonaro.

informação deságua, logicamente, na compreensão de haver forte motivo de Política Criminal inserido em sua concepção.

Continua o texto apresentando suas explicações e, em determinado ponto, afirma-se que “o mais grave é que as prisões de conhecidas pessoas do mundo político e econômico, não tiveram o esperado efeito de estancar referida prática. Ela continua desafiando o Estado” (BRASIL, 2019). Aqui, novamente evidencia-se posicionamento que atende a um modelo político-criminal específico - certamente, um modelo justificador da pena, já que há pelo redator a crença de que a prisão ou o recrudescimento penal teria efeito limitador da prática de crimes e violência.

Note-se que, em que pese exista a narrativa pela necessidade de endurecimento da legislação, a redação textual demonstra a identificação de uma crise do sistema punitivo. Verifica-se com mais clareza no trecho em que se defende que “o Brasil atravessa sua mais grave crise em termos de corrupção e segurança pública” (BRASIL, 2019).

Ou seja, Sérgio Moro, ao elaborar o projeto de lei, parece ter compreendido pela existência de uma crise e que, como solução, haveria necessariamente que se utilizar do próprio poder punitivo. Dessa forma, pode-se concluir que, nestes termos, seria este um defeito de eficiência da efetividade da punição, e não um defeito contido na estrutura penal como um todo.

Esta constatação assemelha-se muito ao que definimos, no capítulo anterior, como a espinha dorsal que mantém a noção efficientista de Política Criminal. Maior aprofundamento quanto ao tema será realizado no capítulo subsequente, porém importa trazer à tona, ainda que parcialmente, essas semelhanças, de forma a permitir melhor compreensão do contexto em que a Lei 13.964/2019 foi redigida.

Passadas as menções quanto à introdução da Exposição de Motivos, deve-se atentar, também, à menção direta que o texto faz ao artigo 28-A, que regulamenta o Acordo de Não Persecução Penal. Justificando sua inserção no Código de Processo Penal, afirma ser inevitável a tendência negocial em nosso ordenamento jurídico. Além disso, defende categoricamente que “o antigo sistema da obrigatoriedade da

ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais” (BRASIL, 2019).

Note-se que ocorre, neste sentido, assunção explícita de que há, intencionalmente, flexibilização do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Ocorre que, como já explanado anteriormente, defende-se por alguns autores que este princípio encontra resguardo constitucional.

Diante da exposição dessa preferência por parte do autor do projeto de lei, torna-se mais simples o entendimento quanto ao ambiente político e jurídico que originou a positivação do ANPP em nosso ordenamento. São esses, portanto, dados relevantes para a análise político-criminal do instituto, objetivo central desta pesquisa.

Além das controvérsias aqui mencionadas, a Lei 13.946/19 também ensejou outras discussões, em razão da existência de lacunas em seu teor acerca de situações fáticas relevantes. Notórias são os debates acerca da aplicação do ANPP no tempo, bem como acerca da discricionariedade do Ministério Público quanto ao seu oferecimento, sobre o que se discorrerá a seguir.

2.4 Aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no tempo

Feitas as pertinentes considerações acerca do processo de criação da Lei 13.964/2019, passa-se, agora, a analisar um dos mais latentes conflitos originados pela existência de lacunas em seu conteúdo.

A questão da aplicação do Acordo de Não Persecução Penal no tempo se constitui em um conflito crucial porque, em última análise, discute-se a maneira que o instituto efetivamente entrará em vigor no ordenamento jurídico. Deste modo, a depender da interpretação a ser adotada quanto à sua retroatividade, expande-se ou limita-se a aplicação do dispositivo aos casos concretos. As saídas elencadas pela doutrina e pela jurisprudência indicam, também, pistas acerca da Política Criminal condutora do dispositivo. Isso porque, compreendendo pela sua aplicação a casos pretéritos, em que tenha ocorrido a aplicação de penas privativas de liberdade, o

ANPP ensejaria situações de desencarceramento. Já a compreensão de que não haveria retroatividade, neste caso, provocaria a consequência de atingir apenas novas investigações. Assim, não haveria tantas preocupações acerca da redução do número de pessoas presas, fato colidente com as teorias minimalistas e coincidente com o movimento político-criminal efficientista.

Importa mencionar o artigo 5º, XL, da Constituição Federal, que determina pela irretroatividade da norma penal, salvo para os casos em que acarretaria em benefício para o réu; já a codificação processual penal brasileira, em seu artigo 2º, impõe que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior”.

Em resumo, conclui-se que, quanto às normas penais, aplica-se a noção de retroatividade benéfica ao réu e, quanto às normas processuais penais, há incidência do princípio da aplicabilidade imediata. Evidencia-se portanto que, a depender da natureza da norma a ser analisada - material ou processual - encaminha-se por percursos diferentes quanto à sua temporalidade.

Faz-se necessário, já que os artigos anteriormente mencionados não se encarregam de realizar essa conceituação, distinguir o conteúdo das duas espécies normativas referenciadas. Para tanto, Aury Lopes Júnior (2021) menciona a comum divisão, elaborada pela doutrina majoritária, que considera a existência de leis penais puras, leis processuais penais puras e leis mistas:

“A lei penal pura é aquela que disciplina o poder punitivo estatal. Dispõe sobre o conteúdo material do processo, ou seja, o Direito Penal. Diz respeito à tipificação de delitos, pena máxima e mínima, regime de cumprimento etc. Para essas, valem as regras do Direito Penal, ou seja, em linhas gerais: retroatividade da lei penal mais benigna e irretroatividade da lei mais gravosa.

A lei processual penal pura regula o início, desenvolvimento ou fim do processo e os diferentes institutos processuais. Exemplo: perícias, rol de testemunhas, forma de realizar atos processuais, ritos etc. Aqui vale o princípio da imediatidade, onde a lei será aplicada a partir dali, sem efeito retroativo e sem que se questione se mais gravosa ou não ao réu.”

Quanto às leis mistas, considera-se que se tratam daquelas que apresentam caracteres penais e processuais penais, devendo-se aplicar, neste caso, as normas

referentes ao Direito Penal, ou seja, a norma mais benigna é retroativa e a mais gravosa não (LOPES, 2021).

Ressalte-se que, apesar de serem estas diferenciações adotadas majoritariamente, não há, na doutrina, unanimidade.

Paulo Queiroz e Antônio Vieira (2004) sustentam, por sua vez, que “a irretroatividade da lei penal deve também compreender, pelas mesmas razões, a lei processual penal, a despeito do que dispõe o art. 2º do Código de Processo Penal”; esta interpretação se dá a partir do entendimento de que esse dispositivo deve ser reinterpretado sob os ditames da Constituição Federal. Assim, o Princípio da Imediatidade não resistiria a uma filtragem constitucional quando confrontado com o art. 5º, XL, da Constituição (LOPES, 2021).

Ressalvados esses pontos, entende-se, aqui, em consideração ao conflito de aplicação do Acordo de Não Persecução no tempo, seu enquadramento à categoria de norma mista, diante do fato de que seu regular cumprimento resulta em extinção de punibilidade, o que indica a prevalência de conteúdo penal, mas constitui-se, também, de conteúdo processual, por, enquanto negócio jurídico processual, fomentar alterações jurídicas procedimentais e renúncia a direitos processuais (como os à defesa e à prova) (ALVES, 2022).

Estabelecida a noção quanto à natureza jurídica do artigo 28-A do Código de Processo Penal, e pressupondo pela sua aplicação retroativa aos processos em trâmite no momento de início de sua vigência, institui-se a disputa doutrinária e jurisprudencial quanto a existência de um limite temporal para seu oferecimento. Ou seja, questiona-se se, dada a redação conferida pela Lei 13.964/19, haveria um momento processual delimitado para a negociação do Acordo.

Diferentes caminhos são adotados como maneira de solução a esse impasse; Aury Lopes Júnior (2021), por exemplo, infere a possibilidade de aplicação do instituto aos processos nascidos antes da vigência da Lei 13.964/2019, podendo ser oferecido até o trânsito em julgado das ações penais.

Em sentido distinto, Gabriel Marson Junqueira (2021, p. 19) defende que

Por um lado, afigura-se claro que o instituto foi pensado, inicialmente, como alternativa ao oferecimento de denúncia, desde que preenchidos os requisitos legais. Logo, em regra, deve ser aplicado ao final da fase investigatória. Por outro, não se extrai do art. 28-A qualquer vedação ao seu oferecimento após o recebimento da inicial acusatória, desde que - pelas razões expostas acima - ainda não iniciada a instrução oral do feito.

Para sustentar a noção de que a instrução oral seria um limite ao oferecimento do acordo, o autor considera três apontamentos:

Primeiro, porque, após o início da instrução, já não se pode mais cogitar a subversão procedimental, sendo essa a tônica dos institutos de justiça penal consensual. Segundo, porque, iniciada a instrução, a solução consensual já não representará mais ganhos significativos em termos de celeridade. E, terceiro, porque, iniciada efetivamente a “cerimônia degradante” da audiência de instrução e julgamento, tem-se por prejudicado o objetivo de evitar a estigmatização do acusado. Inversamente, até esse marco temporal (início da instrução), ainda é possível cogitar a subversão procedimental, a aceleração processual e a não estigmatização do réu. (JUNQUEIRA, 2021, p. 19)

De forma a defender a instrução oral como o ápice do processo de estigmatização do acusado, o autor se utiliza da obra de Paulo de Sousa Mendes (2018), que sustenta que, com a solução consensual, poupa-se o imputado da “cerimônia degradante” da audiência de instrução e julgamento, amplificadora das sequelas de estigmatização (apud JUNQUEIRA, 2021).

No entanto, parece evidente a necessidade de realização de uma análise mais cautelosa dessa premissa. Inicialmente, porque, conforme denota-se do conteúdo do artigo 5º, inciso XL da Constituição da República, houve predileção do constituinte por conferir status de garantia constitucional ao direito à retroatividade da lei penal mais benéfica.

Desse modo, deve-se interpretar as normas infraconstitucionais justamente de acordo com as diretrizes estabelecidas pela CRFB; seguindo este raciocínio, aparenta ser inadequada qualquer tentativa judicial de delimitar - de acordo com os próprios critérios - a utilidade da aplicação dessa garantia. Isso porque, neste caso, confere-se ao réu a garantia à lei penal mais benéfica, sem quaisquer ressalvas quanto à necessidade de interpretação da intenção legislativa que impulsionou a promulgação da norma.

Assim, não seria relevante identificar se a retroatividade esvaziaria a aplicação da lei de efetividade ou sentido, e sim se acarretaria em situação possivelmente menos danosa para o acusado.

Além disso, não incumbe ao intérprete, por ausência de previsão constitucional, a tarefa de formular, de acordo com parâmetros subjetivos, um critério de gradação para aferir se a norma seria suficientemente benéfica ao réu. Ou seja, havendo qualquer conteúdo benéfico, ainda que considerado irrisório, e sem evidência de malefícios, deve-se entender pela retroatividade normativa; no caso em questão, por exemplo, ainda que diante de um irreversível processo de estigmatização do imputado, deve-se considerar objetivamente a possibilidade de extinção de punibilidade que o instituto do ANPP provoca.

Importante salientar, no entanto, que essas ressalvas não são fruto de consenso entre doutrinadores e, ainda menos, na jurisprudência.

Exemplo disso é que em agosto de 2020, posicionou-se a 2ª Câmara Criminal do Ministério Público Federal, por meio da reedição do Enunciado 98, realizada durante sua 187ª Sessão de Coordenação, que passou a dispor nos seguintes termos:

É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a possibilidade de confessar formal e circunstancialmente a prática da infração penal, nos termos do art. 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual acórdão ou denúncia nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei 13.964/19, uma vez oferecido e recusado pela defesa, quando haverá preclusão.

Infere-se que, em contrassenso ao defendido por Junqueira, houve, neste caso, interpretação mais ampliativa quanto à retroatividade do Acordo. Compreendeu-se que, ainda após a realização da instrução oral, seu conteúdo

permanece mais benéfico ao acusado, o que assegura o dever do Ministério Público Federal de oportunizar a negociação.

Este imbróglio passou a integrar as pautas de julgamento pelo país, atingindo, por fim, os tribunais superiores. Face à controvérsia, esses tribunais passaram a elaborar também seus entendimentos.

De início, a Sexta Turma do STJ posicionou-se de forma a compreender pela retroatividade do instituto a todos os casos não transitados em julgado, como pode-se extrair da decisão exarada no AgRg no HC 575.395/RN:

1. É reconsiderada a decisão inicial porque o cumprimento integral do acordo de não persecução penal gera a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP), de modo que como norma de natureza jurídica mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, da CF).

Já a Quinta Turma do mesmo tribunal, em sentido oposto, encaminhou seu entendimento pela aplicação retroativa do ANPP aos fatos anteriores à sua positivação no artigo 28-A do CPP, desde que ainda não recebida a denúncia. É o que se depreende do teor Acórdão proferido no âmbito do AgRg na PET no AREsp 1664039/PR:

1. O Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual entre o Ministério Público e o investigado, juntamente com seu defensor, como alternativa à propositura de ação penal. Trata-se de norma processual, com reflexos penais, uma vez que pode ensejar a extinção da punibilidade. Contudo, não é possível que se aplique com ampla retroatividade norma predominante processual, que segue o princípio do tempus regit actum, sob pena de se subverter não apenas o instituto, que é pré-processual e direcionado ao investigado, mas também a segurança jurídica. 2. Em observância ao isolamento dos atos processuais, sem perder de vista o benefício trazido pela norma, a possibilidade do acordo deve ser avaliada em todos os processos em que ainda não foi apresentada denúncia, conforme enunciado n. 20 da Comissão Especial denominada GNCCRIM, do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais: "Cabe acordo de não persecução penal para fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia".

No entanto, em junho de 2021, no âmbito do Agravo Regimental no Habeas Corpus 628.647/SC, em alteração aos precedentes anteriormente estabelecidos, acordou a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça pelo entendimento de ser a

denúncia um limite quanto à retroatividade do instituto. A ministra Laurita Vaz, ao redigir o voto vencedor, considerou que

“Infere-se da da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é justamente o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime, abrindo a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não processado) não ser processado (...) Em suma: é possível a aplicação retroativa do acordo de não persecução penal, desde que não recebida a denúncia. A partir daí, iniciada a persecução penal em juízo, não há falar em retroceder na marcha processual.”

Sedimentou-se, assim, no STJ, entendimento nos termos do julgado mencionado, a fim de reconhecer a retroatividade do instituto, desde que respeitado o limite do oferecimento da denúncia.

O Supremo Tribunal Federal, no entanto, segue ainda reticente quanto à apresentação de posicionamento uniformizado acerca do tema.

Em sede de julgamento do HC 185.913/DF, utilizou-se, pelo Ministro Gilmar Mendes, na qualidade de relator, o mecanismo de afetação ao plenário, de forma a possibilitar a fixação de tese que findasse as controvérsias jurisprudenciais apresentadas até então. Fixou-se inicialmente o dia 18 de maio de 2022 para a realização da sessão de julgamento, mas, em 5 de maio do mesmo ano, retirou-se a questão da pauta do dia previamente indicado. Portanto, até então, não há posicionamento definido pelo Plenário.

Apesar disso, pontualmente, as Turmas do Tribunal têm apresentado contribuições à controvérsia, como ocorrido no âmbito do julgamento do Habeas Corpus 191.464 AgR, em que fixou-se a tese de que o acordo se aplica aos fatos ocorridos antes da lei 13.964/2019, desde que ainda não recebida a denúncia.

Conclui-se, assim, não haver uma jurisprudência consolidada em um único sentido. Em que pese, no âmbito do STJ, ter havido certa uniformização dos precedentes após a mudança de entendimento da Sexta Turma, ainda parece ser este um debate incipiente. Especialmente por não existir, até o momento, decisão emanada pelo Plenário do STF, não soa possível emitir algum grau de certeza quanto ao caminho a ser perseguido nos casos concretos.

Doutrinariamente também, como evidenciado ao longo deste capítulo, não atinge-se o consenso quanto à adequada interpretação e aplicação do artigo 28-A do CPP. Desta forma, encontra-se instaurado um cenário de insegurança jurídica; apesar de estar em vigor a legislação relativa à aplicação do instituto, segue aberta uma lacuna quanto à sua utilização prática.

2.5 Apontamentos quanto à discricionariedade no oferecimento do ANPP

Verifica-se, ainda, no bojo da legislação aqui analisada, outro ponto de conflito doutrinário, consistente na discricionariedade conferida ao Ministério Público quanto ao oferecimento do Acordo de Não Persecução.

O artigo 28-A do Código de Processo Penal, ao positivizar o instituto do ANPP, delimita que poderá o Ministério Público, desde que considere necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, propor o acordo ao indiciado.

Importa deter-se, aqui, à escolha semântica utilizada pelo legislador ao inserir a palavra “poderá” na redação do dispositivo; à primeira vista, partindo-se da literalidade da lei, parece evidente ter havido a intenção legislativa de garantir ao Ministério Público a faculdade de, baseado em um poder de discricionariedade, decidir a quais casos aplicar o instituto.

No entanto, pontuam Guilherme B. Lucchesi e Marlus H. Arns de Oliveira (2021) não haver como reconhecer ampla discricionariedade ao órgão da propositura do acordo. Isto porque partem do pressuposto de que, embora o dispositivo possa ensejar realmente uma mitigação da obrigatoriedade da ação penal, não gera um novo sistema, regido pela livre oportunidade e conveniência. Afirmam ainda que o caráter de agente estatal conferido ao membro do MP vincula, necessariamente, sua atuação à legalidade (ARNS; LUCCHESI, 2021).

É sob o desenvolvimento dessa crítica que se delineia a polêmica. Por este motivo, mostra-se necessária a realização de uma filtragem constitucional do conteúdo previsto pelo artigo 28-A do CPP.

A discussão aqui apresentada não se limita a, por si só, questionar o poder atribuído ao órgão acusatório. Se, por um lado, compreende-se estar totalmente adstrito à vontade do membro ministerial a propositura do acordo, infere-se, por outro, não constitui o ANPP um direito do investigado.

Logicamente, optando-se pela corrente diversa, e partindo-se da noção de que, estando presentes os requisitos elencados pelo artigo, ocorre vinculação do *Parquet* quanto ao oferecimento, conclui-se pela constituição de um direito subjetivo do indivíduo.

Augusto César Leite de Resende (2020), ao debruçar-se sobre o tema, defende que, de acordo com uma leitura do artigo 28-A do CPP sob a égide dos direitos fundamentais, revela-se o ANPP como decorrente do direito fundamental à liberdade de locomoção, constituindo-se em direito público subjetivo do acusado. Para melhor entendimento, o autor afirma que o âmbito de proteção deste direito fundamental alcança todas as condutas e institutos ampliativos da esfera de liberdade de circulação do indivíduo (RESENDE, 2020). Em outras palavras, por ser o ANPP um instituto desencarcerador⁹, sua aplicação afetaria, aos olhos de Resende, diretamente o risco - ou não - de restrição do direito de ir e vir do investigado. “É verdade que a legislação ordinária conferiu ao Ministério Público liberdade interpretativa para analisar, em um primeiro momento, o requisito subjetivo da ‘suficiência do acordo para a prevenção e repressão do crime’” (RESENDE, 2020, p. 1562). Trata-se, certamente, de conceito jurídico indeterminado, suscetível a variações de acordo com os elementos trazidos pelo caso concreto (RESENDE, 2020). No entanto, seu sentido não pode imbuir-se de noções pessoais do membro do MP responsável pelo caso. Para tanto, defende o autor, deve ser orientado pela ideia do Direito como integridade (RESENDE, 2020).

⁹ Desencarcerador, nesta afirmação, significa tão somente a possibilidade que o Acordo de Não Persecução Penal enseja de evitar a possível aplicação de uma pena privativa de liberdade. Não se refere aqui, de modo algum, ao ANPP como instituto antipunitivista, sendo este, aliás, justamente o ponto central de análise deste trabalho.

Manifesta-se também neste mesmo sentido Aury Lopes Júnior (2021), ao dizer entender que, preenchidos os requisitos legais, se trata de direito público subjetivo do imputado.

Maneira possível de encaminhar a resolução desta problemática é também a realização de uma interpretação analógica com semelhante questão no âmbito da Lei 9.099/1995. A transação penal, instituto criado pelo referido dispositivo legal, apresenta características bem próximas ao ANPP, consistindo na possibilidade de, preenchidos os requisitos, haver apresentação de uma proposta de acordo por parte do Ministério Público.

Dentro deste cenário originou-se o questionamento de, presentes todas as condições para oferecimento da transação, se seria possível haver recusa de sua realização pelo membro ministerial. Construiu-se, na literatura, algumas alternativas. Uma primeira corrente, de acordo com Vinicius Vasconcellos (2015), defende que tal mecanismo constitui direito subjetivo do acusado. “Assim, caberia à defesa requerer ao magistrado a transação , que homologaria ou não o pedido” (VASCONCELLOS, 2015, p. 105). “Há quem sustente que a proposta deve ser formulada pelo próprio magistrado” (VASCONCELLOS, 2015, p.105). Esta tese, defendida por Tourinho Filho, enfrenta duras críticas de usurpação de atividades do representante do Ministério Público (VASCONCELLOS, 2015). Outra corrente, aponta Vasconcellos (2015), argumenta pela possibilidade de rejeição da denúncia por ausência de condição da ação e interesse de agir, considerando que a apresentação da proposta seria pressuposto para início do processo. A quarta posição entende pela necessidade de envio do caso ao Procurador-Geral de Justiça se o magistrado se o magistrado discordar da postura do promotor, observando, deste modo, a separação das funções, importante na acusatoriedade (VASCONCELLOS, 2015).

Esta última posição apresenta certa semelhança com o previsto pelo artigo 28-A, parágrafo 14, do CPP. O dispositivo determina que, havendo recusa, pelo Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos ao órgão superior, nos termos do artigo 28¹⁰

¹⁰ Art. 28. Ordenado o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer elementos informativos da mesma natureza, o órgão do Ministério Público comunicará à vítima, ao investigado e à autoridade

do CPP. Apesar de, neste caso, restar preservada a divisão das funções judicial e ministerial, parece ainda subsistir a problemática inicial - a concentração exacerbada de poderes nas mãos do *Parquet*, e a dificuldade de controle das razões utilizadas para a negativa da propositura. Assim, esta linha de raciocínio preserva a compreensão de que o ANPP não seria direito do investigado, e sim faculdade do MP.

policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

3. ANÁLISE DAS CARACTERÍSTICAS DO ANPP SOB A ÓTICA DAS CORRENTES DE POLÍTICA CRIMINAL

Discorridos os aspectos normativos do Acordo de Não Persecução Penal, que, entende-se aqui, não se deslocam dos aspectos político-criminais, salta aos olhos a evidente expansão dos mecanismos de consenso e negociação no Processo Penal brasileiro.

“Inegavelmente, o marco principal da justiça consensual no campo jurídico-penal brasileiro se deu com a Lei 9.099/1995, que regulou os Juizados Especiais Criminais”(VASCONCELLOS, 2015, p. 97). É, como bem aponta Vinicius de Vasconcelos (2015), no bojo desses Juizados que se estabeleceu essencialmente a justiça consensual no Brasil, a partir dos institutos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Essas inovações não passaram, certamente, impune às críticas doutrinárias. Especialmente porque, em que pese tenham sua aplicação restrita a delitos de baixa gravidade, não representaram o previsto desafogamento judicial de ações penais. Nesse sentido, aponta-se que, na verdade, passou-se a intervir em conflitos que, antes, sequer alcançavam a vista do Estado.

Somada à inserção de espaços de oportunidade com os institutos negociais positivados pela Lei 9.099/95, destaca-se também a ampliação dos mecanismos de colaboração com a justiça (VASCONCELLOS, 2015). É neste cenário que encontra-se a delação premiada, dispositivo que permite a garantia de vantagens ao acusado que confessa e fornece informações relevantes à investigação. Como é de fácil dedução, também é alvo de muitos questionamentos, tendo como uma das principais críticas “o desvelamento da dependência estatal à colaboração do próprio acusado em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência “ (VASCONCELLOS, 2015, p. 112).

De todo modo, importa atentar-se à força progressiva que os espaços de negociação - e, por consequência, aparente flexibilização crescente de garantias fundamentais - tomaram no cenário nacional.

Ao nos debruçarmos sobre os já mencionados aspectos normativos do Acordo de Não Persecução Penal, parecem evidentes os indícios de que a aceitação discursiva da mitigação de princípios fundantes do Processo Penal não se originou junto à lei 13.964/2019.

Esta breve trajetória aqui exposta, iniciada com a lei dos Juizados Especiais, indica também que a normatização do discurso da eficiência - em busca de mais celeridade e menos entraves - pode ter sido significativamente responsável por abrir portas à positivação de novos institutos de consenso.

3.1 A centralização do requisito da confissão como indício do discurso efficientista

Partindo-se desta premissa, vejamos a gradual centralização do uso da confissão na justiça negocial brasileira.

A composição civil de danos, conforme dispõe o artigo 72 da lei 9.099/95, visa “solução pactuada entre a vítima e suposto agressor, com a presença obrigatória dos respectivos advogados” (VASCONCELOS, 2015, p. 102). Ou seja, há um enfoque aqui na resolução dos danos supostamente causados pelo acusado, sendo o interesse da pessoa agredida ponto central de seu funcionamento. Embora seja possível apontar críticas quanto à efetiva voluntariedade das partes em aceitar o acordo, há que se reconhecer a inexistência de questão relevante para o debate de paridade de armas neste tema - neste caso, o Estado não integra a relação negocial. Posteriormente, realizado o acordo, seu termo será homologado pelo juiz togado por meio de sentença irrecorrível, como dispõe o artigo 74 da mencionada legislação (VASCONCELOS, 2015).

Quanto à transação penal, a que Vinicius Vasconcellos (2015) atribui maiores semelhanças com o *plea bargaining* estadunidense, pode-se compreender seu funcionamento como uma verdadeira antecipação de pena. Regulamentada pelo artigo 76 da lei dos Juizados, consiste na apresentação de uma proposta por parte do Ministério Público ao acusado. Neste caso, as condições propostas devem se

ater apenas às penas de multa ou restritivas de direito, e não há o reconhecimento de culpabilidade pelo réu.

Em resumo, embora apresente termos muito semelhantes à sistemática inaugurada pelo ANPP, a transação penal não confere tanta importância à confissão, considerando-a dispensável.

A suspensão condicional do processo, por sua vez, permite a paralisação da ação penal após o recebimento da denúncia, mediante o cumprimento de algumas condições pelo réu, por tempo determinado. Transcorrendo regularmente, acarreta em extinção de punibilidade. A proposta de suspensão também é formulada pelo Ministério Público, não havendo qualquer exigência quanto à admissão de culpa.

Assim, aduz-se que a inauguração da negociação penal em nosso ordenamento jurídico ocorreu em balizas mais estreitas, considerando a mitigação de garantias fundamentais como critério, em relação a como se dá atualmente.

A colaboração premiada, contrariamente, carrega intrinsecamente a necessidade de confissão. No entanto, como não há qualquer encobrimento da finalidade persecutória do instituto, parece delineada grande diferença consequencial em relação ao ANPP. Isso porque, no caso da colaboração, desde o princípio admite-se ao acusado o destino que se pretende dar à sua fala. Seja quanto a fatos cometidos por si próprio ou por terceiros, sabe-se que o interesse estatal em realizar o acordo se dá em razão da possibilidade de garantir elementos úteis à investigação.

Apesar desta diferenciação básica, não restam dúvidas que há, na colaboração premiada, mitigação significativamente maior das garantias fundamentais dos envolvidos, quando comparada aos institutos inseridos nos Juizados Especiais Criminais.

Já no ANPP, a obrigatoriedade da confissão não aparenta ter quaisquer funções práticas evidentes. Um caminho possível para a explicação desta escolha legislativa é compreender sua exigência como elemento de ordem moral. Como bem

salienta João Paulo Martinelli (2020, p. 309), “a confissão entra no processo penal por influência da doutrina cristã, como a rainha das provas, com a substituição do padre pelo juiz”. Neste contexto, confessar configurava um pressuposto para o perdão do acusado, tendo o Santo Ofício, como principal objetivo, fazer com que o fiel se sentisse culpado para então alcançar o arrependimento (MARTINELLI, 2020). É possível traçar, portanto, um paralelo entre essa noção e a exigência efetuada pelo artigo 28-A do CPP, não de forma a reler os institutos atuais de acordo com as diretrizes da época, mas no sentido de reconhecer algumas permanências inquisitivas em nosso sistema jurídico.

Assim, não teria bastado, para o legislador, a resolução antecipada de uma demanda que, antes, assolaria o Poder Judiciário. Não teria bastado, de igual maneira, o regular cumprimento, pelo investigado, das condições consideradas pelo MP suficientes para a reprovação da conduta. A admissão de culpa, de acordo com esse raciocínio, teria função quase pedagógica de perseguir a mentira, reprovada moralmente. Não haveria então enfoque em uma resolução externa do conflito, ou mesmo de reparação dos danos causados pela conduta delituosa. Seria, na verdade, possibilidade de a atividade persecutória alcançar até a esfera íntima do indiciado; manter em segredo suposta prática criminosa, para o redator do artigo 28-A do CPP, não caberia mais ao indivíduo.

Neste mesmo sentido, Martinelli (2020, p. 311) considera que “sendo um meio de prova, a confissão para o oferecimento do acordo parece ser mais um castigo ao acusado que um requisito político-criminalmente válido para a concessão”. Retira-se essa conclusão do fato de que, como mencionado anteriormente, não se verifica qualquer utilidade para esta exigência. Para melhor entendimento, salienta o autor que “se a justa causa estiver presente para a propositura da ação penal, a confissão se torna desnecessária. Caso o Ministério Público ofereça a denúncia, a eventual confissão só terá validade como meio de prova destinada ao juiz” (MARTINELLI, 2020, p. 311). Sendo a justa causa pressuposto para a propositura do acordo - visto que, diante de sua ausência, deve-se prosseguir com arquivamento do inquérito -, não parece razoável que o papel do requisito aqui analisado seja o de fortalecer os indícios quanto à autoria e materialidade do delito. “A existência de justa causa independe da confissão. Se esta for necessária para corroborar a convicção do

Ministério Público, é sinal de que a acusação não possui lastro o probatório mínimo” (MARTINELLI, 2020, p. 314).

Além disso, atentemo-nos à omissão, já mencionada anteriormente, quanto à possibilidade de utilização posterior dos fatos confessados e a si atribuídos no curso da negociação. Pode-se concluir ter se tratado de descuido, ou ausência de previsão do conflito que, posteriormente, esta lacuna causaria. De outro modo, existe a possibilidade de entender ter se tratado de omissão deliberada; não havendo previsão expressa, abre-se espaço para maior disputa doutrinária e jurisprudencial quanto ao tema, longe das balizas impostas ao processo legislativo. Nas palavras de João Paulo Martinelli, “a confissão do acusado tem apenas a finalidade de induzi-lo a produzir prova contra si mesmo quando não houver necessidade de novos elementos para a propositura da ação penal” (2020, p. 312). Por fim, conclui o autor, “pode o acusado confessar, na esperança de que o acordo seja homologado, e ter de se submeter ao processo com prova incriminadora apresentada por si próprio” (MARTINELLI, 2020, p. 312).

Traçado esse percurso até aqui da utilização do requisito da confissão nos espaços de consenso, pode-se extrair algumas conclusões.

Para início de análise, é possível aduzir que o espaço progressivamente maior dado a este requisito representa também, em alguma esfera, tentativa de aferir maior eficiência do poder persecutório estatal; é por isso que, como mencionado, passa-se a atingir em maiores proporções a esfera íntima do indivíduo, compreendendo que a própria psique do acusado poderia ser objeto da negociação, como meio de prova.

Seguindo com esse pressuposto, importa rememorar diferenciação essencial, realizada anteriormente, quanto aos movimentos de Política Criminal efficientistas e minimalistas.

Como delimitado, os efficientismos consistem em práticas voltadas a ajustar os mecanismos de controle do próprio sistema penal, de forma a manter sua capacidade de gerir os conflitos sociais emergentes à sua contemporaneidade.

Significa, portanto, um incremento no poder punitivo, sendo considerado o sistema penal inteiramente, e não só a partir da análise do quesito encarceramento ou desencarceramento. O efficientismo constitui-se também como discurso, e não qualquer discurso, mas o de tornar palatável a mitigação de tudo que se entende como entrave à melhora de performance punitiva.

Já os minimalismos penais, objeto de análise deste trabalho, consistem essencialmente em uma redução da capacidade persecutória estatal. Não está se afirmando aqui que, intrinsecamente a todos os minimalismos, existe uma deslegitimação da atividade punitiva. Na verdade, os minimalismos como fim em si mesmos, como classifica Vera de Andrade (2012), partem da ideia de necessidade de existência do Direito Penal. No entanto, considera-se legítima a existência apenas de uma mínima esfera de condutas criminalizadas, além de entender como balizas intransponíveis as garantias fundamentais.

No caso dos minimalismos como um meio para o abolicionismo (ANDRADE, 2012), ocorre a total deslegitimação do sistema penal; tem-se a noção de que deveria haver redução progressiva deste campo, até sua total extinção.

Retomando a discussão acerca do ANPP em si, parece evidente que sua construção reverbera o impacto discursivo da eficiência. Primeiro, pelo percurso que, legislativamente, se deu a justiça negocial brasileira, com a inserção gradual de institutos cada vez mais alheios aos direitos fundamentais antes postos.

Além disso, por prezar de forma tão acentuada pela interferência do Ministério Público na esfera de consciência do investigado; veja-se que, ao considerar tão importante a proibição de sua mentira ou omissão, afasta-se a comum ideia que justifica o Direito Penal pela proteção aos bens jurídicos. Menos importa, portanto, o impacto externo da conduta supostamente realizada pelo indivíduo; ainda que se queira negociar o acordo e, por exemplo, mitigar os danos causados pelo delito, não é, para a Lei 13.964/2019, suficiente. Seria necessário também sua conformação moral para que fizesse jus ao ANPP.

Outro indício do caráter eficientista da instituto é o já mencionado discurso disposto pela Exposição de Motivos nº 00014/2019 MJSP, que afirma que “o antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais” (BRASIL, 2019)¹¹. Esta frase indica haver uma lógica de utilização do Direito Penal para atendimento de expectativas sociais, e não só de suas funções declaradas. Nestes termos, converge perfeitamente com as características do paradigma etiológico que, como apontado no capítulo 1.2.2, direciona seus esforços para o combate aos indivíduos compreendidos como criminosos.

3.2 “Pacote Anticrime”: o eficientismo da Lei 13.964/2019 indicada por sua nomenclatura

A Lei 13.964/2019 tornou-se conhecida, popularmente, pelo nome “Pacote Anticrime”. Ressalte-se não ter sido utilizada esta expressão anteriormente, durante a redação desta monografia, por uma questão metodológica: considerando estar sendo feita, aqui, uma análise político-criminal das características do ANPP, foi preciso desnaturalizar alguns conceitos e expressões tidos como pressupostos quanto ao tema.

Neste sentido, e por razões as quais se seguirá, este termo apresenta grandes indícios em relação a qual opção política se fez no momento de aprovação e redação da Lei.

Inicialmente, note-se que a expressão “anticrime”, ao ser atribuída a uma inovação legislativa, pode carregar consigo também significado contrário. Se, especificamente à Lei 13.964/2019, considerou-se haver um caráter de combate aos delitos, pode-se inferir que às outras normas, editadas anteriormente, considera-se não haver conteúdo de reprovabilidade suficiente às condutas criminosas.

E é neste ponto que reside o cerne desta análise; se há a consideração de aprovação de uma nova lei, esta sim supostamente mais combativa, aduz-se que

¹¹ Documento não paginado.

antes o escopo normativo penal carecia de efetividade. Esta conclusão traz à luz, novamente, às aproximações teóricas entre a norma que positivou o Acordo de Não Persecução Penal e a expansão punitiva. Havendo ineficiência das normas anteriores, não optou o ex-ministro Sérgio Moro, redator do projeto de Lei que deu origem ao “Pacote Anticrime”, por questionar o Poder Persecutório.

Não optou, ainda, por considerar, diante da mencionada alta carga de processos acumulados no interior do judiciário, pela possibilidade de descriminalização de algumas condutas.

Assim, o conceito de “crime” se manteve naturalizado durante todo o percurso de formulação de novos caminhos ao que se considerava problemático. A existência do delito estava posta; incubiu-se Moro de traçar uma maneira de atuação dentro desse espectro.

Desenhado o paralelo entre os aspectos da Lei 13.964/2019 e o efficientismo político-criminal, torna-se possível analisar com mais facilidade o instituto do ANPP à luz das teorias minimalistas.

3.3 Acordo de Não Persecução Penal, minimalismos reformistas e abolicionistas

Vera de Andrade, ao delimitar o objeto da minimização, afirma que este não se resume ao Direito Penal, e sim compreende-se pelo sistema penal, considerado de forma ampliada (2005).

Por sistema penal, a autora considera

a totalidade das instituições que operacionalizam o controle penal (Parlamento, Polícia, Ministério Público, Justiça, Prisão) a totalidade das Leis, teorias e categorias cognitivas (Direitos + ciências e políticas criminais) que programam e legitimam, ideologicamente, a sua atuação, e seus vínculos com a mecânica de controle social global (mídia, escola, Universidade), na construção e reprodução da cultura e do senso comum punitivo que se enraiza, muito fortalecidamente, dentro de cada um de nós, na forma de microssistemas penais. (ANDRADE, 2005, p. 7).

Isso posto, os apontamentos acerca do ANPP à luz das teorias minimalistas, realizados aqui, consideram não só as confluências encarceradoras ou desencarceradoras do instituto, mas seus impactos na cultura punitiva em si.

A análise anteriormente apresentada, quanto à progressão do discurso flexibilizador de garantias fundamentais conforme a ampliação dos espaços de consenso no Processo Penal, indica precisamente as influências retóricas causadas na estrutura persecutória brasileira.

Como demonstrado no curso deste trabalho, o Acordo de Não Persecução Penal não parece fugir ao escopo destas consequências argumentativas. Para melhor entendimento, faz-se necessário ressaltar alguns pontos já mencionados; de início, um grande indicativo desta afirmação é a mitigação do direito à não autoincriminação contida no instituto. A obrigatoriedade da confissão, sem quaisquer utilidades práticas justificáveis, é, por óbvio, contraditória ao *nemo tenetur se detegere*, construção teórica que exige o sujeito de produzir provas contra si mesmo.

É possível, logicamente, o entendimento de que a voluntariedade, no âmbito do ANPP, faz com que não haja flexibilização do postulado. No entanto, questiona-se os termos em que a expressão desta vontade se daria, já que a negação por confessar carrega como consequência o enfrentamento, pelo investigado, de uma ação penal. Neste sentido, acertadamente afirma o autor Vinicius de Vasconcelos (2015, p. 177) que “ao se legitimar um mecanismo de barganha acaba-se por afastar toda a construção das regras processuais como limitadoras da formação da culpa na justiça criminal”.

O Acordo apresenta também outra característica relevante a ser mencionada, consistente na evitação do oferecimento de uma denúncia. A este passo, desincumbe-se o acusador¹² de apresentar lastro probatório suficiente para superar o princípio da presunção de inocência. Atente-se ao fato de que, de acordo com o que se extrai do artigo 28-A do CPP, para o oferecimento da proposta de negociação

¹² Função atribuída, pelo texto constitucional, ao Ministério Público.

basta que estejam presentes elementos configuradores de justa causa para possível ação penal.

A justa causa é, como sabido, condição da ação; relaciona-se, especialmente, a indícios de autoria e materialidade do delito, o que se afere, basicamente, por meio de elementos de inquérito. No entanto, a fase de inquérito é, no Brasil, essencialmente inquisitória, de modo que não se permite ao investigado o exercício do contraditório.

Dessa noção é possível concluir que a carga probatória suficiente para a realização do acordo é menor que a exigida para uma condenação criminal.

Retomando a discussão acerca dos minimalismos penais, como mencionado anteriormente, embora não haja seja possível aferir homogeneidade neste campo teórico, pode-se visualizar um denominador em comum entre suas distintas vertentes. A minimização do Direito Penal, ainda que atingindo diferentes gradações, a depender da corrente teórica a ser adotada, consiste em uma interseção entre esses tensionamentos.

Os elementos do Acordo de Não Persecução Penal apontados ao longo deste capítulo, em que pese não promovam, de maneira direta, o encarceramento de investigados, indicam um endosso ao discurso flexibilizador de garantias. Em última análise, essa mitigação alia-se a uma expansão do poder punitivo, garantindo maiores espaços para a atuação persecutória estatal, com menos incidência de balizas de contenção.

Identifica-se, portanto, uma contradição entre o fortalecimento deste discurso e o objetivo construído pelas correntes minimalistas de política-criminal.

CONCLUSÃO

Por fim, passados os apontamentos realizados nos capítulos anteriores, torna-se possível elaborar uma análise acerca da questão central desta pesquisa - a adequação ou não do Acordo de Não Persecução Penal aos minimalismos.

Buscou-se abordar, ao longo deste trabalho monográfico, os aspectos político-criminais conformadores do ANPP. Para isto, fez-se necessário, inicialmente, delimitar o conceito de Política Criminal aqui adotado. Neste sentido, concluiu-se que este campo consiste em uma espécie de Política Pública, devendo sua análise considerar elementos não só inerentes à atuação estatal, mas também influências externas, especialmente quanto aos discursos criminais exarados no seio social.

Em seguida, passou-se a discorrer sobre os sentidos conferidos pela literatura aos movimentos político-criminais, especialmente quanto à diferenciação entre os minimalismos penais reformistas e abolicionistas. Dispostas as definições destas vertentes, fez-se necessário analisar os aspectos dogmáticos do Acordo de Não Persecução Penal, para que, posteriormente, fosse realizado um confronto entre esses aspectos e os pressupostos da minimização.

Este confronto foi realizado, inicialmente, a partir da análise da gradual centralização do instituto da confissão pelos dispositivos de justiça negocial com o passar do tempo. A utilização deste instituto de forma exacerbada, como delimitado anteriormente, constitui um elemento característico dos sistemas processuais penais inquisitivos. Por este motivo, mostrou-se relevante que sua expansão gradativa no âmbito do Processo Penal brasileiro fosse observada, de modo a compreender como este fenômeno se legitimou para ser realizado. Ponto importante para identificar quais elementos retóricos participaram deste processo de legitimação foi compreender a utilidade dada ao dispositivo no Acordo de Não Persecução Penal. Assim, partindo da explanação do autor João Paulo Martinelli (2020), levantou-se a hipótese de que a motivação principal, neste caso, seria a de gerar castigo ao próprio acusado, como forma de gerar arrependimento para que, posteriormente, lhe seja garantido o perdão pela conduta realizada. Mostrou-se viável também a possibilidade de que tenha se exigido este requisito para que, em caso de

descumprimento dos termos do acordo, seu conteúdo fosse utilizado no oferecimento de uma eventual denúncia. Ambos os caminhos considerados como hipótese convergem, como pontuado, com a retórica eficientista de Política Criminal, visto que consideram legítima a expansão do poder persecutório às custas das garantias fundamentais do investigado.

Outra questão fundamental para o desenvolvimento desta pesquisa foi a verificação dos pressupostos intrínsecos ao nome de “Pacote Anticrime” conferido à Lei 13.964/2019. Além de evidenciar uma postura combativa por parte do legislador, verifica-se que se considerou, no momento de edição do projeto de lei, a existência de uma crise de eficiência no sistema penal brasileiro. A essa alegada crise, elaborou-se como resposta o endurecimento das normas penais e processuais, de forma que pode-se afirmar ter ocorrido a compreensão de que a ampliação do poder punitivo seria a melhor forma de solucionar os conflitos postos socialmente. Somada a esse aspecto, a Exposição de Motivos apresentada junto ao projeto de lei em questão também reforçou a intenção de garantir maior eficiência à repressão estatal, garantindo maior celeridade e direcionando maiores esforços de investigação aos crimes considerados mais importantes.

A observação desses elementos mencionados possibilitou, por fim, a compreensão de que a retórica que permitiu a construção teórica do ANPP se identifica, na verdade, com o campo político-criminal eficientista. Isso porque, traçado o percurso político-criminal realizado no âmbito da justiça negocial ao longo dos anos, notou-se uma tendência à mitigação das garantias fundamentais do investigado. Essas garantias operam, no âmbito do Processo Penal, a partir de uma lógica de dualidade; ao mesmo passo em que figuram como proteção ao indivíduo, também realizam a função de limitar o exercício do poder persecutório estatal.

Por este motivo, o enfraquecimento dessas balizas limitadoras gera um maior espaço de oportunidade de atuação da atividade punitiva, com menos resistências legais.

Deste modo, não seria possível relacionar o instituto às correntes teóricas minimalistas, porque compõe-se da noção de o aprimoramento do aparato punitivo

ser o caminho resolutor da crise de uma crise de eficiência do sistema penal, ideia contrária ao que a literatura identifica como os minimalismos teóricos. Neste sentido, pelo fato desta última vertente político-criminal compreender pela necessidade de máxima contração do sistema punitivo, não seria possível atribuir-se a este campo a retórica discursiva que sustenta a legitimidade do endurecimento da repressão penal como resposta aos conflitos presentes socialmente. Além disso, seja dos minimalismos como fins em si mesmos, ou dos minimalismos como meio para os abolicionismos, como conceitua a professora Vera de Andrade (2012), a noção de imposição de limites rigorosos ao poder persecutório é ponto comum; dessa forma, a mitigação destas balizas, materializada na flexibilização das garantias fundamentais, colide com os pressupostos desses movimentos.

Discorridos esses pontos, e elencados seus motivos, concluiu-se haver um considerável distanciamento do discurso legitimador do Acordo de Não Persecução Penal e das correntes político-criminais minimalistas, havendo maior identificação do instituto com o campo dos eficientismos penais.

REFERÊNCIAS

Acordo de não persecução penal. Organização de Leonardo Schmitt de BEM, João Paulo Orsini MARTINELLI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. 336 p. ISBN 978-65-5589-092-1. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=157519. Acesso em: 8 jul. 2022.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o plea bargaining. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 179, p. 177 - 196, mai.. 2021. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158067. Acesso em: 24 jun. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficientismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. **Sequência**: Revista do Curso de Pós-graduação em Direito da UFSC, Florianópolis, v. 27, n. 52, p. 163-182, 01 jan. 2006. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/issue/view/1482>. Acesso em: 06 jun. 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. 2. ed. Florianópolis: Revan, 2012

ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público - artigo 18 da resolução nº 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. **Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região**, São Paulo, v. 29, n. 137, p. 45-60, abr./jun.. 2018. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152993. Acesso em: 21 jun. 2022.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos / Instituto Carioca de Criminologia, 1999. 254 p. (Pensamento criminológico, 1). ISBN 85-353-0188-7. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=9253. Acesso em: 8 jul. 2022.

BARROSO, Anamaria Prates; REICHERT, Vanessa; VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. A boa-fé e o compartilhamento de provas obtidas por meio de acordo de colaboração premiada. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 29, n. 177, p. 47 - 69, mar.. 2021. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158024. Acesso em: 20 jun. 2022

BRASIL. Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Exposição de motivos nº 00014/2019 MJSP**. Brasília, DF: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2019. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 29 de jun. 2022.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 181** de 7 ago. 2017. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em:

<<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181.pdf>>. Acesso em 5 jul. 2022

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental em Habeas Corpus nº 575395**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/930636258/agravo-regimental-no-habeas-corporus-agrg-no-hc-575395-rn-2020-0093131-0>. Acesso em: 10 maio 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental na Petição no Agravo em Recurso Especial nº 1664039/PR**. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1111269831/agravo-regimental-na-peticao-no-agravo-em-recurso-especial-agrg-na-pet-no-aresp-1664039-pr-2020-0035842-6/inteiro-teor-1111269980>. Acesso em: 05 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus nº 185913/DF**. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5917032>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental no Habeas Corpus 19464/SC**. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1132144395/agreg-no-habeas-corporus-hc-191464-sc-0103089-5220201000000/inteiro-teor-1132144401>. Acesso em: 15 jun. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. Acordos de delação premiada e o conteúdo ético mínimo do estado. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 6, n. 22, p. 75-84, abr./jun.. 2006. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=60151. Acesso em: 29 jun. 2022.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 2-5, abr.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 29 jun. 2022.

DEL OLMO, Rosa. **A América Latina e sua criminologia**. Editora Revan, 2004.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 5-7, abr.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150548. Acesso em: 29 jun. 2022.

FERREIRA, Isabella Dias; SANTOS, Paula Mercez dos; OLIVEIRA, Tainá Braga de. A Criminologia Positivista como instrumento de permanência da 'outrificação' para a criminalização indígena. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 342, p. 24-26, 01 maio 2021. Mensal.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Breves notas sobre o cabimento do Acordo de Não Persecução Penal após o oferecimento da denúncia. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, São Paulo, v. 344, p. 18-19, jul. 2021. Mensal.

LEWINSKI, Livia Barcessat; NICOLELLIS, Maria Clara; PINHEIRO, Pedro Vilhena. Acordo de não persecução penal: retorno do status da confissão como "rainha da prova". **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 30, n. 353, p. 16 - 18, abr.. 2022. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=158262. Acesso em: 9 jun. 2022.

OLIVEIRA, Laís Alves de. **A Justiça negociada no sistema jurídico brasileiro: o acordo de não persecução penal e os aspectos temporais de sua aplicação**. 2022. 58f. Monografia (Graduação em Direito) - Centro de Ciências Sociais Aplicadas, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2022.

PASSETTI, Edson. Ensaio sobre um abolicionismo penal. **verve. revista semestral autogestionária do Nu-Sol.**, n. 9, 2006.

QUEIROZ, Paulo de Souza; VIEIRA, Antonio. Retroatividade da lei processual penal e garantismo. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 12, n. 143, p. 14-17, out.. 2004. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=48841. Acesso em: 8 jul. 2022.

RESENDE, Augusto César Leite de. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais. **Revista brasileira de direito processual penal**, Belo Horizonte, v. 6, n. 3, p. 1543 - 1582, set./dez.. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156927. Acesso em: 30 jun. 2022.

RIBEIRO, Leo Maciel Junqueira; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, São Paulo, v. 27, n. 161, p. 249-276, nov.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156550. Acesso em: 26 jun. 2022.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminas, 2015. 248 p., 19 cm. (Monografias / IBCCRIM, 68). ISBN 978-85-99216-41-5. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=124538. Acesso em: 20 jun. 2022.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Análise da proposta de "acordo penal" (art. 395-A) do pacote anticrime: risco de generalização e necessidade de limitação da justiça criminal negocial. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 27, n. 318, p. 27-29, mai.. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151242. Acesso em: 20 jun. 2022.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. **Revista de Estudos Criminas**, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, jan./mar.. 2020. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=156392. Acesso em: 20 jun. 2022.

ZACKSESKI, Cristina; DUARTE, Evandro Charles Piza. Garantismo e eficientismo penal: dissenso e convergência nas políticas de segurança urbana. **Anais do XXI Encontro Nacional do CONPEDI UFU**, p. 7112-7143, 2012

Acordo de não persecução penal. Organização de Leonardo Schmitt de BEM, João Paulo Orsini MARTINELLI. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. 336 p. ISBN 978-65-5589-092-1. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=157519. Acesso em: 8 jul. 2022.

