

A LEI ANTICRIME E A NOVA DISCIPLINA JURÍDICA DA PERSECUÇÃO PÚBLICA EM JUÍZO: PISTAS PARA UMA INTERPRETAÇÃO CRÍTICA DOS ARTS. 28 E 28-A DO CPP

THE ANTI-CRIME LAW AND THE NEW LEGAL STANDARDS ON PUBLIC PROSECUTION IN COURT: CLUES FOR A CRITICAL INTERPRETATION OF ARTS. 28 AND 28-A OF THE CPP

ELMIR DUCLERC

Doutor em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes. Professor Adjunto de Processo Penal da Universidade Federal da Bahia. Ex-Presidente e Membro Fundador do Instituto Baiano de Direito Processual Penal. Associado ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCrim). Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia.

Lattes: [lattes.cnpq.br/3306637869298105].

ORCID: [orcid.org/0000-0003-4902-0048].

Elmir.duclerc@gmail.com

LUCAS VIANNA MATOS

Doutorando em Direito na Universidade Federal do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Penal na Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Integrante do Grupo Clandestino de Estudos em Cidade, Controle e Prisões – BA.

Membro do Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

Lattes: [lattes.cnpq.br/1066621064741499].

ORCID: [orcid.org/0000-0001-5880-7673].

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v187i187.49].

lucasviannamatos@hotmail.com

Autores convidados

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Administrativo

RESUMO: O artigo busca construir perguntas e propor pistas para uma interpretação da nova disciplina jurídica relativa à decisão sobre propositura da ação penal pública, condensada na nova redação que foi atribuída ao art. 28 do CPP (dinâmica processual do arquivamento de Inquérito Policial) e no texto do novo art. 28-A (acordo

ABSTRACT: The paper seeks to construct questions and propose clues for an interpretation of the new legal discipline related to the decision on the filing of public criminal action, condensed in the new wording that was attributed to art. 28, of the CPP (procedural dynamics of the filing of a police inquiry) and in the text of the new art. 28-A

de não persecução penal), a partir do ponto de vista crítico em relação ao sentido político-criminal e jurídico-penal da nova Lei Anticrime e dialogando com a literatura já produzida sobre estas questões. O desenvolvimento da investigação e a sua exposição passam pela perspectiva de que os novos dispositivos devem ser interpretados a partir de um resgate crítico do caldo de cultura processual que foi construído em torno da antiga redação do art. 28, e tendo como norte analítico o ideal de concretização de um modelo de processo penal compatível com a democracia e de uma teoria processual penal própria que esteja à sua altura. Assim, a análise de inovações normativas no campo do processo penal exige uma postura metodológica de desconfiança, inclusive diante de novos dispositivos normativamente adequados aos padrões do processo penal acusatório.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Anticrime – Arquivamento – Acordo de Não Persecução Penal – Dogmática processual penal crítica.

(Non-criminal prosecution agreement), from the critical point of view in relation to the political-criminal and legal-penal sense of the new Anti-Crime Law and in dialogue with the literature already produced on these issues. The development of the investigation and its exposure pass through the perspective that the new devices must be interpreted from a critical rescue of the broth of procedural culture that was built around the old writing of art. 28, and having as analytical guideline the ideal of implementing a model of criminal procedure compatible with democracy and of a proper criminal procedural theory that is up to the task. Thus, the analysis of normative innovations in the field of criminal proceedings requires a methodological stance of mistrust, even in the face of new normative provisions adequate to the standards of the accusatory criminal process.

KEYWORDS: Anticrime Law – Archiving – Non-Persecution Agreement – Critical criminal procedural dogma.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O novo regime da persecução penal pública. 3. Consensos teóricos em torno (da antiga redação) do art. 28, do CPP. 4. A mudança legislativa e a *obrigatoriedade* da ação penal. 5. Arquivamento e acordos de não persecução penal como expressões da legalidade/*fragmentariedade* no exercício da persecução penal. 5.1. O novo arquivamento: tensões entre sistema acusatório normativo e as dinâmicas institucionais do punitivismo. 5.2. Acordo de não persecução penal. 6. Considerações finais. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO¹

A Lei 13.964/2019, como se sabe, introduziu profundas modificações na legislação penal, processual penal e de execução penal, operando uma espécie de (contra) reforma não declarada no ordenamento jurídico-penal brasileiro. O Pacote Legislativo do então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, foi apresentado ao

1. É importante fazer o registro de que o presente trabalho é o fruto da interlocução dos autores, no âmbito do Grupo de Estudos e Pesquisas em Segurança Pública e Criminalidade (GEP-SPCRIM) do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público da Bahia, em atividade desde março de 2021 ([ceafpesquisa.mpba.mp.br/grupos-de-pesquisa/gep_spcrim/]).

Congresso Nacional em fevereiro de 2019, acompanhado de uma exposição de motivos apócrifa e sem contar com as colaborações de juristas do campo criminal. O Projeto condensava a leitura conservadora da política criminal que orienta a atuação do ex-ministro e do seu grupo político, articulando fantasias de controle total que mobilizam historicamente o imaginário da elite colonialista no Brasil (ROORDA, MATOS, BARRETO, 2019).

O sentido político do projeto era o da ampliação do encarceramento massivo, da radicalização do genocídio antinegro em curso no país e do incremento do uso de mecanismos de justiça negocial no sistema penal. Em termos jurídicos, as alterações encarnavam uma visão determinada sobre as ciências criminais, que expressa desprezo pelas garantias constitucionais e pela linguagem da dogmática penal, buscando a legitimação do exercício descontrolado do poder punitivo (FREITAS, 2019; CARVALHO, 2019).

A tramitação do projeto foi acompanhada de intensa mobilização e resistência de movimentos sociais, protagonizada por organizações do movimento negro, e setores acadêmicos que apontavam para os riscos que a aprovação do Pacote representava para a já combatida democracia brasileira². Após um ano de mobilizações o projeto sofreu alterações no Congresso Nacional, e algumas das propostas legislativas mais escandalosamente autoritárias foram abandonadas³. A nova legislação foi aprovada, entrando em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, e, apesar das alterações, o “pêndulo” do resultado aponta fortemente para o

2. Sobre a luta de entidades do movimento negro contra o pacote legislativo e o que ele representava de ameaça para a vida negra no país, ver [www.geledes.org.br/movimento-negro-na-linha-de-frente-do-combate-ao-pacote-anticrime-de-moro/]. A Coalizão Negra Por Direitos produziu uma nota técnica onde explicita as críticas ao pacote. Ver: Vozes Negras Sobre o Pacote Anticrime. Disponível em: [frentedompaulo.com.br/campanha/wp-content/uploads/2019/08/Coaliz%C3%A3o_PacoteMoro.pdf]. Acesso em: 06.12.2020

3. Destaque-se, aqui, que o Projeto original do Ministério da Justiça estabelecia um amplo sistema de *Plea Bargain* como eixo central do processo penal. Além disso, a proposta inicial enunciava mudanças decisivas na estrutura das excludentes de ilicitude, formalizando a autorização, em termos jurídico-penais, da violência policial, mecanismo institucional decisivo no genocídio antinegro em curso no país. Em que pese as propostas mais grotescas, nesse ponto, tenham sido derrotadas no Congresso, permaneceu o acréscimo do parágrafo único do art. 25 do CP. O dispositivo, aparentemente inofensivo, pois não modifica a extensão da legítima defesa, só explicitando uma das hipóteses de aplicação do instituto, segue enviando uma mensagem política perigosa.

aprofundamento de problemas relacionados ao super encarceramento e ao autoritarismo judicial⁴.

O presente trabalho não pretende, obviamente, apresentar uma crítica global à dita lei anticrime, mas, a partir das premissas assentadas supra e desde uma dogmática crítica em Direito Processual Penal, projetar o impacto da nova disciplina jurídica instituída para a persecução pública em juízo, condensada na redação que foi atribuída ao art. 28 do CPP (dinâmica processual do arquivamento de Inquérito Policial) e no texto do novo art. 28-A (acordo de não persecução penal). Trata-se, entretanto, de perceber este impacto em dois sentidos: no sentido da alteração que os novos institutos e normas tendem a produzir na realidade jurídica preexistente, mas também de como ditos institutos e normas estarão necessariamente conformados, em alguma medida, por essa mesma realidade. Esse é o problema central do trabalho. Essa é a sua pergunta, ainda que não expressa aqui em forma interrogativa.

O enfrentamento à pergunta suprarreferida, por outro lado, exigirá um esforço teórico (escalonado em etapas) no sentido de: a) esquadriñar o conjunto de lugares comuns teóricos construídos até aqui pela tradição do pensamento jurídico processual penal em torno da atividade persecutória; b) explorar os sentidos possíveis dos novos dispositivos legais, à luz dessa tradição; e c) identificar novas questões que, a partir do novo regime de ação, surgem no horizonte da reflexão em torno da persecução penal pública.

Assim, as mudanças do artigo 28 do CPP são relevantes e alteram de forma significativa o momento que precede a propositura da ação penal. As alterações mobilizam discussões em torno da feição acusatória ou inquisitorial da dinâmica do arquivamento, da participação da vítima no processo penal, da autonomia funcional do promotor de justiça, além da criação de um novo instituto de justiça negocial⁵.

-
4. Neste ponto, devem ser destacadas as alterações no campo da execução, como o endurecimento dos critérios objetivos para progressão de regime e livramento condicional, que representa risco concreto de agravamento da dinâmica jurídico-política do superencarceramento e do quadro estrutural de superlotação do sistema prisional brasileiro. Entre outras modificações com fortes tinturas de inconstitucionalidade, a nova legislação radicalizou o caráter odioso do Regime Disciplinar Diferenciado, dobrando o tempo máximo do isolamento (dois anos, sem limite de repetições), restringindo ainda mais o regime de visitas e violando a privacidade da pessoa presa ao determinar fiscalização das correspondências pessoais (LAZARI; GAMA, 2020).
 5. Em resposta a quatro ações diretas de Inconstitucionalidade promovidas questionando dispositivos da nova legislação, o Supremo Tribunal Federal, por meio de decisão do

O desenvolvimento do artigo passa pela perspectiva de que os novos dispositivos devem ser interpretados a partir de um resgate crítico do caldo de cultura processual que foi construído em torno da antiga redação do art. 28, e tendo como norte analítico o ideal de concretização de um modelo de processo penal compatível com a democracia e de uma teoria processual penal própria que esteja à sua altura.

A análise de inovações normativas no campo do processo penal exige, no nosso ponto de vista, uma postura metodológica de desconfiança, inclusive diante de novos dispositivos normativamente adequados aos padrões do processo penal acusatório. A dogmática processual é parte do sistema penal, pois o integra como complexo prático-discursivo. Assim, a reflexão dogmática comprometida com as suas possibilidades garantidoras deve colocar em questão a realidade onde os discursos são produzidos e suas funcionalidades políticas.

No caso da dogmática processual penal crítica, o olhar sobre alterações legislativas deve levar em consideração a tendência do Sistema Penal em operar inversões ideológicas em institutos processuais, transformando normas limitadoras do poder punitivo em trampolins para a expansão do controle social punitivo. A construção de pistas para a interpretação dos limites e possibilidades das novidades no regime da persecução penal pública parte desse “lugar” metodológico, ainda que o artigo seja dogmático e normativo e não dialogue diretamente com dados empíricos.

2. O NOVO REGIME DA PERSECUÇÃO PENAL PÚBLICA

O novo texto do art. 28, como se sabe, modifica substancialmente o procedimento das promoções de arquivamento no âmbito da atuação Ministério Público. O novo dispositivo altera os mecanismos de controle sobre a decisão fundamentada do órgão ministerial de piso, em face dos autos de um inquérito ou de quaisquer outras peças de informação, de não propor a demanda penal.

Conforme o regramento anterior, o “pedido” de arquivamento de tais peças, por parte do promotor ou procurador da República, deveria ser dirigido ao juiz criminal, que poderia acolhê-lo ou não, remetendo-o, nessa última hipótese, ao órgão superior da instituição, a fim de que fosse então confirmado em definitivo

Ministro Luiz Fux, suspendeu liminarmente e por tempo indeterminado a eficácia de alguns dispositivos da nova legislação, incluída a alteração no art. 28, *caput*, do Código de Processo Penal. A decisão do Min. Luiz Fux é válida até que o Plenário do tribunal enfrente a questão, o que não deve inviabilizar o debate acadêmico sobre o tema.

ou revisto, designando-se outro órgão ministerial para fazê-lo ou oferecendo-se a denúncia diretamente⁶.

A nova disciplina legal dispensa a passagem pelo judiciário, uma vez que as promoções de arquivamento devem ser submetidas sempre e diretamente à confirmação ou revisão do órgão superior do MP, além de comunicadas à vítima, ao investigado e à autoridade policial (em se tratando de inquérito). Além disso, o novo dispositivo introduziu dois parágrafos que conferem legitimidade à vítima (União, estados e municípios, inclusive) para postular a revisão da promoção de arquivamento às instâncias superiores do MP, independentemente da iniciativa do órgão de piso, silenciando, entretanto, sobre as consequências da revisão realizada pelo órgão superior, ao contrário do que dispunha o texto original, como visto supra⁷.

Com o acordo de não persecução penal, previsto e regulado no novo art. 28-A⁸, o que se pretende é que, ao analisar autos de inquérito policial ou quaisquer

6. A redação do art. 28, do CPP, ainda em vigor em razão da Liminar do Min. Luiz Fux, estabelece que: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

7. Assim, nos termos da nova legislação: “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 policial e encaminhará os autos para a instância de revisão ministerial para fins de homologação, na forma da lei.

§ 1º Se a vítima, ou seu representante legal, não concordar com o arquivamento do inquérito policial, poderá, no prazo de 30 (trinta) dias do recebimento da comunicação, submeter a matéria à revisão da instância competente do órgão ministerial, conforme dispuser a respectiva lei orgânica.

§ 2º Nas ações penais relativas a crimes praticados em detrimento da União, Estados e Municípios, a revisão do arquivamento do inquérito policial poderá ser provocada pela chefia do órgão a quem couber a sua representação judicial.”

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

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

outras peças de informação que contenham notícia de crime, e desde que presentes determinados requisitos, possa o órgão do Ministério Público, não sendo a hipótese de arquivamento, ao invés de oferecer denúncia, propor que o indiciado se submeta a determinadas condições que podem ser estipuladas de forma cumulativa ou alternativa, evitando, assim, uma futura condenação em processo regular e obtendo, depois de algum tempo, uma declaração de extinção da punibilidade.

Para compreender as inovações, as dúvidas que suscita, e possíveis avanços e retrocessos em termos de um processo penal democrático e acusatório, será necessário, como já dito, revisitar criticamente os consensos tradicionalmente obtidos em torno do antigo texto.

3. CONSENSOS TEÓRICOS EM TORNO (DA ANTIGA REDAÇÃO) DO ART. 28, DO CPP

A possibilidade de revisão judicial da promoção de arquivamento tem sido apresentada pela doutrina tradicional como um mecanismo de fiscalização do cumprimento, pelo Ministério Público, do princípio da obrigatoriedade no exercício da ação penal, no sentido de que a decisão sobre exercer ou não a ação, propondo ou não a demanda penal, não fique toda ela ao sabor dos órgãos ministeriais de 1º grau⁹. Isso porque a possibilidade de revisão, como expressão da obrigatoriedade, seria, no limite, uma espécie de garantia que acode à vítima e à sociedade, no sentido de que nenhuma agressão a bem jurídico ficará sem punição por erro, negligência ou atuação dolosa do funcionário público originariamente encarregado de propor a ação, uma vez que, para os eventuais excessos

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

III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

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

9. Por todos, Afrânio Silva Jardim (JARDIM, 1997, p. 170-173).

persecutórios, o remédio já está (em tese) posto pela intervenção garantidora do próprio poder judiciário.

De igual modo, sustenta-se que a regra de alguma maneira supõe uma estrutura acusatória de processo penal, em que o aparato estatal de acusação detém a titularidade exclusiva da ação penal pública, não podendo o juiz, portanto, insatisfeito com uma promoção de arquivamento, instaurar um processo de ofício. Por fim, sempre se destacou que a regra do art. 28 preservava também a independência funcional dos membros do MP, uma vez que, segundo o regramento anterior, o autor do pedido de arquivamento não poderia ser obrigado a denunciar, nem pelo juiz nem pelo órgão revisor interno¹⁰.

Obviamente, quando falamos de consensos teóricos não estamos falando de *verdades* ou de *unanimidades*, mas de algo mais próximo do que Warat (1982) chamaria de manifestação do *senso comum teórico dos juristas*, sempre suscetível à crítica, como efetivamente tem ocorrido¹¹. Não resta dúvida, portanto, de que são pontos de partida importantes para compreender as mudanças, como dito, e pensar em novas possibilidades de renovação dos horizontes da dogmática, num tema tão sensível como o poder de persecução penal.

10. Essa interpretação dominante legitimava, inclusive, a mobilização analógica do dispositivo para outras situações, como no caso de omissão do Promotor de Justiça em casos nos quais deveria apresentar proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/1995 (Súmula 696, STF).
11. A noção de *senso comum teórico dos juristas*, articulada por Luis Alberto Warat (1982), não tem sentido acusatório, mas é parte de um esforço de crítica à epistemologia jurídica hegemônica. O *senso comum teórico dos juristas* é formado a partir do processo social no qual uma *doxa* (hábitos significativos) se articula com uma *episteme* a partir da demanda conceitual da prática jurídica, em um retorno dialético para a constituição da epistemologia jurídica ortodoxa, aplicada como *doxa* no sentido de naturalização de conceitos e mistificação dos conflitos sociais que estruturam – e são estruturados – pela dinâmica jurídica concreta. Assim, “metaforicamente, caracterizamos o *senso comum teórico* como a voz “off” do direito, como uma caravana de ecos legitimadores de um conjunto de crenças, a partir das quais, podemos dispensar o aprofundamento das condições e das relações que tais crenças mitificam. Grosso modo, podemos dizer que os hábitos semiológicos de referência encontram-se constituídos: por uma série móvel de conceitos, separados, estes últimos, das teorias que os produziram; por um arsenal de hipóteses vagas e, às vezes, contraditórias; por opiniões costumeiras; por premissas não explicitadas e vinculadas a valores; assim como, por metáforas e representações do mundo. Todos estes elementos, apesar de sua falta de consistência, levam a uma uniformidade última de pontos de vista sobre o direito e suas atividades institucionais” (WARAT, 1982, p. 53).

4. A MUDANÇA LEGISLATIVA E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Segundo a mesma *tradição* mencionada supra, os princípios que devem orientar a ação penal pública seriam os seguintes: *oficialidade*, *obligatoriedade* ou *legalidade*, *indisponibilidade*, *indivisibilidade* e *intranscendência*.¹²

O princípio da oficialidade fundamenta os demais, na medida em que expressa que a ação pública deve ser exercitada pelo Estado. O princípio da obligatoriedade, também chamado de princípio da legalidade, seria apenas um desdobramento do primeiro, ou seja, se a ação deve ser exercitada pelo Estado e a vontade do Estado deve ser manifestada por meio da Lei, então o exercício da ação penal pública deve estar sempre vinculado a critérios legais. Isso significa que, estando presentes as condições para o exercício da ação penal, o agente público que representa o Estado (no caso, um promotor de justiça ou procurador da república) estará *obrigado* a fazê-lo. Justo por ser *obrigatória* nesses termos, a ação penal pública tem sido vista por uma parte importante da doutrina não como um *direito*, mas como um *poder-dever* do Estado (DUCLERC et al., 2019). O princípio da indisponibilidade, consagrado no art. 42 do CPP, é um desdobramento da obligatoriedade. O Ministério Público não pode dispor da ação penal, desistindo, transigindo ou acordando, porque é obrigatória¹³. Segundo o tratamento teórico tradicional, o princípio da indivisibilidade reza que a ação penal

12. Conforme o princípio da intranscendência – outro que também não seria exclusividade da ação penal pública, mas de toda e qualquer ação penal –, a ação só pode ser exercitada contra aquela pessoa que foi apontada como autora ou partícipe de um crime, vedado, portanto, qualquer tipo de legitimação extraordinária no polo passivo. A rigor, o referido princípio nem precisaria ser destacado como um princípio *da ação penal*, já que seria mera consequência do princípio da intranscendência da pena, no direito penal material.

13. Note-se que mesmo a ação penal privada está sujeita ao princípio da indivisibilidade, nos exatos termos do art. 48 do CPP, que dispõe: “A queixa contra qualquer dos autores do crime obrigará ao processo de todos, e o Ministério Público velará pela sua indivisibilidade”. Em relação à ação penal pública, seria totalmente desnecessária a existência de um dispositivo legal com semelhante teor, porque o princípio da indivisibilidade, na ação penal pública, é consequência do princípio da obligatoriedade. Em suma, a ação penal privada é indivisível por força de um artigo de lei e a ação penal pública é indivisível porque é obrigatória contra todos. Por fim, note-se que a indivisibilidade da ação penal – tanto na ação pública como na ação privada – está consagrada também nas regras sobre competência no processo penal, determinando que, salvo exceções, os processos em que haja conexão e continência devam ser processados e julgados conjuntamente (art. 79 do CPP), afastando-se, inclusive, a competência territorial.

deve ser exercida em face de todos os autores e partícipes do fato criminoso. Aqui teríamos, também, um desdobramento da obrigatoriedade, uma vez que a ação, porque é obrigatória, deve ser intentada contra todos os eventuais autores e partícipes.

Enfim, seriam essas, em síntese, as linhas gerais da disciplina jurídica da ação penal pública, repita-se, da forma como é tradicionalmente tratada na doutrina e manuseada no dia a dia do foro, com ênfase, acima de tudo, no trinômio obrigatoriedade/indisponibilidade/indivisibilidade.

Os lugares comuns que acabamos de examinar, contudo, de há muito vêm sendo criticados, sobretudo depois da Constituição de 1988, que deu um desenho institucional ao Ministério Público que seria incompatível com a figura do mero acusador sistemático. Por outro lado, ao longo dos anos foi sendo introduzida uma série de institutos que alegadamente mitigariam a regra da obrigatoriedade/indisponibilidade, desde a transação penal e a suspensão condicional do processo, da Lei 9.099/95, passando pela delação premiada (que ganhou o imaginário do público desde que usada e abusada durante a Operação Lava Jato, com uma forte ação proselitista dos órgãos da grande mídia)¹⁴, até o novo acordo de não persecução penal, que permite ao Ministério Público oferecer uma pena antecipada, respeitando os requisitos e condições legais.

Para além da problemática introdução de institutos de justiça negocial no ordenamento jurídico brasileiro, o campo processual crítico tem discutido há muito que a ideia de obrigatoriedade, como princípio que deveria orientar o exercício da ação penal deriva, antes de tudo, de uma construção invertida das bases principiológicas do poder de persecução em juízo, realizada desde a própria sistemática do CPP e não da Constituição, como deveria ser. O fato é que a noção de *legalidade*, em processo penal (e particularmente no exercício da ação penal), deve estar assentada no princípio do constitucional do *devido processo legal*, vale dizer, como um *limite* ao poder de persecução, jamais como exigência inafastável de sua atuação.

A noção de *obrigatoriedade* traz consigo a mensagem simbólica de que o dever-ser ideal a partir da investigação de um fato é a persecução penal, mensagem que se articula com a visão tradicional do processo como caminho natural para a punição. Nessa construção ideológica, as garantias constitucionais são vistas como obstáculos incômodos para a realização do devir punitivo. Ao contrário da

14. Da qual não trataremos, porquanto incompatível com a ideia de fragmentariedade e indivisibilidade.

obrigatoriedade, a noção de legalidade como limite está inevitavelmente relacionada à ideia de *fragmentariedade* ou da *subsidiariedade*, conforme o qual a intervenção penal do Estado só deve operar em caráter absolutamente excepcional, sobretudo num momento da história em que as casas legislativas têm abusado da criação de tipos penais e do aumento de penas, tornando cada vez mais vazio de sentido o brocardo *nullum crimen sine lege* (DUCLERC, et al., 2020, p. 86-89).

Podemos dizer, assim, que, no Estado Democrático e Constitucional de Direito, as expectativas de punição produzidas pelo poder legislativo e canalizadas pelos órgãos da burocracia penal já carregam em si a possibilidade do seu não acolhimento, e é isso que, no limite, permite ao acusador público deixar de exercer algumas ou todas as faculdades inerentes ao poder de persecução. Se a ideia de legalidade como *limite* se impõe, só faz sentido falar de *obrigatoriedade* no que respeita à pretensão de *liberdade*, não por acaso reconhecível de ofício, mediante *habeas corpus*¹⁵.

Por fim, é importante dizer que, malgrado estejamos discutindo a *obrigatoriedade* ou não da ação penal, o que está em jogo é, antes de tudo, a possibilidade de renúncia do próprio poder de punir, do qual o poder de persecução penal é necessariamente instrumental, graças à garantia do devido processo legal¹⁶. Por essa razão, aliás, as normas que pretendem versar sobre essa matéria, embora se apresentem como normas processuais (irretroativas, segundo a letra do art. 2º do CPP), devem retroagir para alcançar fatos pretéritos, até mesmo aqueles que já estejam sendo objeto de execução penal.

15. Não há espaço no presente trabalho para aprofundar como gostaríamos o debate em tomo da principiologia da ação penal pública. Deve ficar registrado, contudo, o esforço feito pela doutrina pátria de orientação garantista para superar de vez por todas a ideia de obrigatoriedade da persecução penal, sem que isso signifique abdicação das garantias próprias do processo penal, como a ampla defesa. Veja-se, por exemplo, a recente e valiosa contribuição de Vinícius Vasconcelos (2015, p. 33 a 53) que, após uma competente descrição do *estado da arte* da intrincada questão, propõe que se adote a terminologia “não obrigatoriedade”.

16. A perspectiva aqui discutida se assenta firmemente na crítica à mobilização no processo penal da categoria de *jus puniendi*. Assim, “Quem já se deu conta de que, no mundo da vida, a pena criminal (modelo punitivo de intervenção estatal) não é capaz de produzir qualquer tipo de reparação e não precisa nem deve ser legitimada, mas reconhecida e contida, já pode perceber, também, os problemas decorrentes desta importação acrítica de conceitos, entre os quais essa espécie de naturalização da ideia de um direito de punir e de um correlato direito de perseguir criminalmente em juízo” (DUCLERC, et al., 2019, p. 102-103).

5. ARQUIVAMENTO E ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO EXPRESSÕES DA LEGALIDADE/*FRAGMENTARIEDADE* NO EXERCÍCIO DA PERSECUÇÃO PENAL

Os fundamentos para o não exercício da ação penal estão colocados, como se sabe, nos arts. 395 e 397, do CPP, e envolvem tanto questões de ordem processual quanto jurídico-penais. Entre essas questões de direito material, como sabemos, figura a ausência de tipicidade penal da conduta investigada, inclusive por carência de lesão significativa ao bem jurídico, graças ao tratamento dado pela teoria do delito ao chamado princípio da insignificância (*nulla actio sine injuria*, diria Ferrajoli)¹⁷.

O novo art. 28-A, do CPP, introduzido pelo pacote anticrime, permite ao acusador público abdicar de parte significativa da carga acusatória, em face de um fato já por ele considerado criminoso (materialmente típico, portanto,), desde que sejam aceitas pelo acusado certas condições e satisfeitos determinados requisitos legais, entre os quais ele considere isso “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, isto é, adequado, em termos de resposta estatal.

Daí decorre, portanto, que a própria lei processual confere ao órgão da acusação o poder de decidir, ainda que dentro de determinados limites, que aquele caso específico merece um tratamento mais brando conforme a sua avaliação particular (e ao arrepio da Lei penal) sobre o que é bastante (máximo) e necessário (mínimo) em termos de reprovação/prevenção do crime, isto é, de um fato típico (inclusive materialmente) antijurídico e culpável. Justo por isso, a solução antecipada do caso penal, nos termos do art. 28-A, aponta para uma futura *extinção da punibilidade*, caso sejam cumpridas as condições estabelecidas no acordo.

Comparando-se os dois institutos, o que se percebe é que ambos importam em renúncia ao poder de persecução, regrados pela Lei, e dispostos de forma sucessiva e escalonada: a promoção de arquivamento, como vimos, precederá sempre a proposta do acordo de não persecução penal, e dependerá, fundamentalmente, de uma análise quanto à viabilidade da acusação; já no acordo, pressupõe-se a viabilidade da acusação, mas o órgão acusador, em face de outros requisitos legais, decide propor uma solução antecipada que determina, ao fim e ao cabo, que um fato com todas as características de fato criminoso receba do Estado uma resposta mais branda do que aquilo que está previsto na Lei, isto é, em

17. No argumento da tipicidade material vê-se claramente uma reflexão relacionada a que é “suficiente e necessário” à reprovação e prevenção do crime, embutida dentro da teoria do delito, mas que precisa também transcendê-la.

desacordo, para menos, com os *standards* legais do que seria uma sanção *necessária e suficiente* para a *reprovação e prevenção* do crime.

5.1. *O novo arquivamento: tensões entre sistema acusatório normativo e as dinâmicas institucionais do punitivismo*

O novo regramento do arquivamento foi, de forma geral, bem recebido pelo campo garantista do processo penal. O reconhecimento de que o novo art. 28 do CPP é “compatível com o sistema acusatório” (COUTINHO, MURATA, 2020, p. 11) deriva da crítica consistente à participação do juiz na dinâmica anterior. Assim, a inovação legislativa representaria um avanço, uma vez que instaura internamente ao MP um duplo grau de verificação da legalidade do arquivamento e afasta o juiz da fiscalização do exercício da ação penal por parte do Ministério Público, momento processual que, considerado criticamente, representa efetivamente fortes traços inquisitoriais.

Vinícius Assumpção (2020) sintetiza bem esse entendimento crítico, chamando atenção, ainda, para a alteração no vocabulário que passa a orientar a dinâmica do arquivamento:

“A nova redação trata o arquivamento como o que deve ser: instância de deliberação sobre o poder de acusar, portanto atribuída ao Ministério Público. O dispositivo se utiliza da expressão “ordenado o arquivamento” para não deixar dúvidas quanto à imperatividade da decisão tomada pelo representante do órgão de persecução” (p. 70).

A interpretação que articula a participação do juiz nesse momento processual com traços inquisitoriais é correta, o que explica o relativo entusiasmo com a alteração normativa. Jacinto Coutinho e Ana Maria Murata (2020), discutindo a natureza jurídica do novo arquivamento, afirmam que, se antes tínhamos uma decisão judicial que encerrava a persecução penal, agora teríamos um ato administrativo composto, uma vez que o arquivamento só resta consolidado com a manifestação da instância revisora do próprio Ministério Público.

É nesse intervalo entre a ordem do arquivamento e a sua homologação na instância revisora que a nova legislação prevê a comunicação obrigatória da vítima, do investigado e da autoridade policial, sendo que o §1º do dispositivo prevê a intervenção da vítima ou de seu representante legal, no prazo de 30 (trinta) dias, caso ela não concorde com os termos do arquivamento. Essa “manifestação” será, então, avaliada pela instância revisora do ato de arquivamento.

Aqui abrem-se algumas questões importante para o enquadramento crítico do novo dispositivo. O primeiro ponto é que, ao nosso ver, a possibilidade da

manifestação de contrariedade em relação ao arquivamento, aqui, não representa alteração efetiva do “lugar” da vítima no processo penal. O dispositivo opera um chamado unilateral à figura da vítima no sentido da criação de obstáculos discursivos ao arquivamento, mas não altera as bases do “confisco do conflito” na qual opera o processo penal, nem direciona a persecução penal para reparação dos danos eventualmente causados à vítima.

A partir desta consideração crítica, é fundamental destacar que se a lei presume que a vítima pode ter interesse em questionar o arquivamento, é certo que o investigado tem interesse concreto em defender a interrupção da persecução penal. Assim, é preciso assentar a interpretação de que o novo arquivamento é um processo administrativo e que, como tal, deve obedecer aos princípios do contraditório e da ampla defesa, previstos no art. 5º, LV, da Constituição Federal. Assim, ainda que o novo dispositivo não explicita, a eventual manifestação da vítima sobre o arquivamento deflagra o direito de que o investigado também se manifeste no procedimento de revisão da ordem de arquivamento (COUTINHO, MURATA, 2020, p. 12).

A questão da nova natureza jurídica do arquivamento, por outro lado, abre a discussão sobre eventuais alterações nas condições de possibilidade do desarquivamento. Como se sabe, o art. 18 do Código de Processo Penal evidencia a possibilidade de que a autoridade policial realize novas investigações, mas somente diante de notícia de elementos informativos desconhecidos anteriormente. Leonardo Machado (2020) destaca, contudo, que só é possível a retomada das investigações quando o arquivamento em questão deriva de ausência de “justa causa processual penal em sentido estrito” (MACHADO, 2020, p.01), ou seja, na falta de elementos informativos sobre autoria ou materialidade suficientes para legitimação de uma ação penal, mas nunca em caso do afastamento de algum dos elementos analíticos do crime ou causas de extinção da punibilidade.

Antônio Santoro (2018), em artigo que problematiza a incorporação do conceito cível de sentença para o Processo Penal¹⁸, estabelece de forma consistente que a decisão judicial de arquivamento tem, na antiga sistemática, natureza de sentença. Assim:

“Todos os atos de arquivamento do inquérito policial fazem coisa julgada formal, desde que precludidas as vias recursais, tornando sua existência enquanto

-
18. Nessa direção, Santoro (2018) observa que “Nesse sentido o ato de arquivamento tem a natureza jurídica de sentença de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, sendo absolutamente desnecessário tentar classificá-la entre algumas das categorias já existentes no âmbito da teoria geral do processo (civil). Trata-se, tão somente, de uma sentença de arquivamento do inquérito policial ou das peças de informação, cuja exigência constitucional é precisamente a motivação do ato, na forma do artigo 93, inciso IX, da Constituição” (p. 1105).

ato imutável. Entretanto, fazem coisa julgada material apenas os atos de arquivamento do inquérito policial que enfrentem o caso penal ou que impeçam de forma definitiva o enfrentamento do mérito ou seja, aquelas que se fundam nas hipóteses do artigo 397 do CPP” (p. 1112).

Jacinto Coutinho e Ana Murata (2020, p. 13) observam que a transformação do arquivamento em ato administrativo composto não altera de forma significativa a sua estabilidade. Assim, afirmam que, ainda que inexistam a coisa julgada, o ato administrativo perfeito carrega consigo uma estabilidade provisória, não estando submetida a sua revisão à discricionariedade da administração, no caso, o próprio Ministério Público. É evidente que, diante da nova dinâmica do arquivamento, o controle judicial é apenas de ordem negativa, no sentido de frear o exercício abusivo da persecução penal (MACHADO, 2020).

Mas, além dessas inquietações discutidas, o novo dispositivo abre outras janelas de preocupações em termos processuais se levarmos em consideração, além da dinâmica normativa, o funcionamento das instituições na realidade do sistema penal brasileiro.

Observe-se, nesse sentido, que o controle dos arquivamentos, que antes ficava em grande medida afeto a inúmeros órgãos judicantes de primeiro grau, sem possibilidade de recurso da vítima, agora pode permanecer total e automaticamente concentrado em órgãos de cúpula do Ministério Público, sabidamente mais suscetíveis às pressões de uma responsabilidade político-institucional conservadora, que sempre os faz “pisar em ovos” quando se trata de nadar contra a maré do punitivismo.

Nesse sentido, os (as) promotores (as) mais jovens, por exemplo, certamente sentir-se-ão muito mais inibidos (as) em pedir arquivamento, ao imaginarem que o seu pedido será necessariamente submetido ao crivo de um órgão hierarquicamente superior. Na realidade, se confirmado o entendimento de que a revisão, no caso dos Ministérios Públicos Estaduais, ficará a cargo do Procuradores-Gerais (COUTINHO, MURATA, 2020, p. 11), pode-se até mesmo dizer que não haverá mais promoção de arquivamento realizada propriamente por órgão de piso, o que significa, inequivocamente, subtração de atribuições e aumento brutal do controle institucional, incompatível com a ideia de independência funcional. A independência funcional, aliás, na medida em que busca assegurar a integridade da atuação ministerial (junto com outros princípios, como o do promotor natural), não deixa de ser estruturante também de um sistema de processo que se pretenda acusatório¹⁹.

19. A questão ganha importância, inclusive, na medida em que se percebe que, ao longo dos anos, o mecanismo de revisão do art. 28 tem sido cada vez mais aplicado não apenas para

Essa questão é relevante e pode ajudar a sofisticar as lentes sobre os desafios da efetivação do novo arquivamento desde uma perspectiva acusatória. O risco, aqui, é que um avanço normativo seja engolido pela lógica inquisitorial do sistema penal brasileiro.

É importante destacar, neste ponto, que o novo artigo 28 do CPP não estabelece diretamente qual o “órgão superior” do MP deve funcionar como instância revisora das promoções de arquivamento. Ao nosso ver está aberto um interessante espaço para que os diversos MP’s disciplinem a matéria, ou por meio de projetos de Lei ou mesmo de atos de delegação, para a criação, por exemplo, de turmas revisionais compostas de promotores de 1º grau, à semelhança do que ocorre com as turmas recursais dos juizados especiais.

A possibilidade aberta é a de criação de um ambiente institucional qualificado para debater as condições de legalidade e legitimidade de ações penais a partir da decisão de arquivamento dos promotores de justiça, no esforço de evitar a dinâmica hierarquizada que, ao nosso ver, pode restringir as possibilidades de avanço da alteração normativa. No limite, o controle hierárquico pode restringir a possibilidade de promotores efetivamente realizarem o controle da legalidade e legitimidade da propositura de ações penais.

É preciso, portanto, aproveitar as possibilidades abertas em torno da nova dinâmica do arquivamento, buscando no âmbito do Ministério Público um ambiente de debate interno horizontal e democrático, que possa qualificar e sofisticar as lentes em torno do controle de ações penais que extrapolem os limites da legalidade, para além do achismo burocrático e do senso comum institucional punitivista.

5.2. *Acordo de não persecução penal*

A posição do juiz é um ponto de partida interessante para iniciarmos uma reflexão mais detida sobre o acordo de não persecução penal. Enquanto o art. 28 afastou totalmente o juiz do arquivamento, o artigo 28-A o manteve com uma função homologatória que vai além da voluntariedade do investigado e dos requisitos legais

a decisão de arquivamento de inquérito e peças informativas, mas em várias outras situações que, por qualquer razão, entende-se que o órgão superior do Ministério Público possa intervir. Às vezes isso ocorre por aplicação analógica, outras tantas por remissões feitas pelo próprio legislador, mas o certo é que parece haver mesmo uma espécie de banalização das possibilidades de revisão da atuação dos órgãos de 1º grau que precisa ser melhor discutida quanto aos seus efeitos deletérios à independência funcional.

objetivos, avançando também sobre o próprio conteúdo da proposta, que pode ser por ele repelida se for demasiado branda, abusiva ou inadequada.

A solução prevista nos casos em que o juiz se negar a homologar o acordo é a devolução dos autos ao próprio órgão ministerial de piso para que reformule a proposta ou prossiga na persecução penal (art. 28-A, §§ 5º, 7º e 8º), enquanto o § 14º faculta ao investigado requerer (não está expresso, mas só pode ser ao juiz) a remessa dos autos à instância superior do MP, nos termos do art. 28, *caput*, caso o promotor ou procurador da República se recuse indevidamente a fazer a proposta de acordo.

Por fim, não há qualquer previsão sobre o que deva fazer o juiz quando, a despeito de se tratar de um caso de arquivamento, por qualquer das razões dos arts. 397 e 395, o órgão acusador ignorar isso e partir para a proposta de acordo.

A possibilidade de o magistrado avaliar a proposta como “branda”, negando a validade do acordo, é uma boa pista de como a nova legislação sugere tirar a lógica inquisitorial pela porta do processo penal, para colocá-la de volta pelas janelas. Se o Ministério Público, enquanto titular da ação penal, que, para além do idealismo jurídico, ocupa uma posição mais forte que o acusado nas tratativas do acordo, entende que as condições estabelecidas são juridicamente adequadas, parece que a intervenção do judiciário só se legitima para garantir a legalidade dos termos acordados, ou seja, para evitar abusos por parte do Ministério Público²⁰.

O acordo de persecução, da forma como foi desenhado no pacote anticrime, apresenta características (requisitos, condições e momento processual) que o tornam em parte semelhante e em parte distinto da transação penal e da suspensão condicional do processo, o que evidencia um esforço do legislador em tornar compatíveis os três institutos, evitando, assim, superposições.

Veja-se, por exemplo, que o acordo está previsto para ser aplicado a infrações com pena mínima inferior a quatro anos, o que permite a sua aplicação a crimes que escapam à competência dos juizados, e o art. 28-A, § 2º, expressamente veda a sua aplicação a infrações nela compreendidas.

No que se refere à suspensão, o acordo também tem uma abrangência maior (levando-se em conta a pena mínima), que permite a sua aplicação em casos que extrapolam as possibilidades de manuseio da suspensão condicional, mas não

20. A possibilidade de “abusos” por parte da acusação não se restringe somente aos termos do instrumento jurídico do acordo, mas a sua viabilidade, ou seja, casos em que o acordo é proposto em substituição ao arquivamento devido, por ausência de justa causa, por exemplo, e não em relação à persecução penal.

existe qualquer vedação a que seja utilizado de forma alternativa, para aquelas infrações com pena mínima igual ou inferior a um ano. Aparentemente, dentro desses limites, a escolha entre o acordo e a suspensão dependerá: a) do momento processual, uma vez que, em tese, o acordo precede ao oferecimento da denúncia e a suspensão condicional lhe é concomitante; e b) de algumas pequenas diferenças pontuais quanto aos requisitos.

Ocorre, contudo, que da mesma forma que se tem admitido proposta de suspensão condicional do processo posterior ao oferecimento da inicial acusatória, já está em curso na literatura processual e nos tribunais superiores a discussão sobre a aplicação do ANPP em processos já instaurados, o que faz com que estejamos diante de uma superposição só eliminável com a mobilização dos citados requisitos, cuja discrepância talvez nem se justifique, à luz do princípio da proporcionalidade.

O desafio, portanto, é tentar encontrar caminhos hermenêuticos que possam dar algum sentido de racionalidade ao novo texto, bem como apontar direções para uma futura reforma global do processo penal pátrio que possa, por exemplo, condensar o que há de melhor entre os institutos com os quais estamos trabalhando, a fim de construir um modelo único, e consistente de soluções alternativas à pena, para o que será necessário seguir dialogando com outros elementos da nossa tradição doutrinária construída em torno do não exercício motivado da ação penal.

Não resta dúvida de que, na medida em que permite também a renúncia de uma carga acusatória considerável (mesmo dentro de certos limites), o acordo de não persecução penal parece compatível com a ideia de legalidade/fragmentariedade da ação penal, e até mesmo nos domínios da doutrina de orientação garantista não é raro que se afirme que a disponibilidade (e, portanto, a barganha) da ação penal pública seria até mesmo uma característica inafastável do sistema acusatório de processo penal.

A pretensão de análise crítica do instituto demanda, como explicitamos na introdução, em esforço de imaginação processual que dialogue fortemente com a realidade do sistema de justiça criminal. Quer dizer, uma crítica normativa que escape das armadilhas metodológicas do dever-ser abstrato, e busque aproximações consistentes com o real. Isso implica em pensar o acordo de não persecução não só a partir de seus problemas normativos, mas desde a tendência de inversões ideológicas de suas possibilidades democráticas. Esse parece ser o melhor caminho para, diante de sua existência no ordenamento jurídico e da sua aplicação no sistema de justiça, disputar a redução de danos e eventuais avanços.

O que parece decisivo, portanto, é que a análise do novo instrumento tenha como ponto de partida uma postura de desconfiança epistemológica. É assim que Saulo Mattos (2020) afirma que o acordo de não persecução penal é uma “novidade cansada”, pois usa do “antigo truque de mágica que ainda convence uma multidão de supostos ingênuos sobre a existência da verdade absoluta no processo penal e a desnecessidade de produção probatória” (p. 12).

A questão central, aqui, é que sob as vestes normativas de uma negociação horizontal que busca impedir a persecução penal de determinados casos, apresentando resultados positivos para acusado, vítima e Estado, a realidade do sistema de justiça criminal nos convida a pensar esse instrumento desde os seus riscos inquisitoriais. A inversão ideológica aqui tende a operar na direção da ampliação da malha punitiva, a exemplo do que ocorreu com os institutos da Lei 9.099/1995, além da proliferação de penas sem processo, em uma espécie de procedimento “ultrasumaríssimo” (MATTOS, 2020, p. 12).

O risco de ampliação da punitividade, um movimento sempre racializado, que segue as diretrizes estratégicas racistas do aparato punitivo, pode ser vislumbrado em dois momentos diferentes. Um primeiro momento, que deve atrair a atenção da crítica do processo penal nos próximos períodos, é o da tensão entre a presença de justa causa e o oferecimento de acordo de não persecução penal. Estamos falando do risco concreto de que, ao invés de substituir a denúncia, o novo instrumento funcione como substituto de arquivamentos, ou seja, seja oferecido em casos em que a acusação apresenta baixa viabilidade jurídica.

O momento do oferecimento-recebimento da peça acusatória apresenta, no sistema de justiça brasileiro, baixo grau de controle jurídico, especialmente no cotidiano de criminalização da juventude negra e popular. Nesse contexto, é preciso desenvolver mecanismos de controle que qualifiquem a análise da justa causa, especialmente nas hipóteses de acordo de não persecução, casos em que é dispensada a produção de provas. O dispositivo do art. 28-A não tangencia essa questão, e nem mesmo exige que junto ao instrumento do acordo seja junta a peça acusatória que seria apresentada caso o negócio não se concretizasse e que, eventualmente, será oferecida em caso de descumprimento dos termos do acordo.

Além disso, nos casos em que o art. 28-A seja aplicado retroativamente, é necessário que a justa causa seja reavaliada pelos atores jurídicos do processo, para que o acusado não aceite um acordo de não persecução em um caso que, em que pese já recebida a denúncia, as chances de condenação são mínimas. Assim, será sempre necessário, segundo entendemos, revisitar a decisão que recebeu a inicial e a que deu impulso ao processo sem absolver sumariamente o acusado, pois,

se para a proposta de acordo, em condições normais, exige-se que não seja o caso de arquivamento, a proposta de acordo em processos já instaurados ensejará, necessariamente, um reexame das condições e pressupostos para o exercício da ação penal (art. 395 do CPP) e, de igual modo, dos requisitos legais que, estando presentes, ensejariam a absolvição sumária (art. 397 do CPP).

O outro aspecto preliminar de ampliação de punitividade está no cerne do instituto e a sua contenção, ainda que parcial, exigirá uma luta jurídica pelo enquadramento constitucional do dispositivo do art. 28-A. Esse esforço de redução de danos passa pelo reconhecimento, de natureza empírica, de que o acordo é caracterizado pelo desequilíbrio de forças, em uma dinâmica fortemente hierarquizada, na qual o representante do Ministério Público ocupa uma posição de poder em relação ao réu, e, de certa forma, em relação a sua defesa técnica. O acordo reproduz, por meio da aparência da igualdade formal, estruturante da forma jurídica, as relações sociais hierarquizadas em termos raciais, de gênero e de classe. Em outro sentido, contudo, o norte processual para a redução de danos deve ser a disputa pelo respeito aos princípios constitucionais, para que a agressão ao devido processo legal seja a menor possível.

Nesse sentido, além dos requisitos formais elementares (natureza do crime e presença de justa causa), para que o instituto se revista minimamente de constitucionalidade, será necessário que sejam mobilizados caminhos hermenêuticos adequados a um processo penal democrático. O primeiro ponto, aqui, é o afastamento da exigência de confissão prévia para que o acordo seja oferecido.

A exigência legal da confissão do acusado talvez seja o ponto processualmente mais sensível e flagrante inconstitucional no novo instituto. Mesmo setores da literatura que apresentam uma visão otimista em relação aos acordos de não persecução penal²¹ reconhecem a que a exigência de confissão agride de forma

21. O texto de Mendes e Souza (2020), para além de pensar criticamente estratégias de redução de danos e brechas para possibilidades e avanço democrático, olha para a justiça negocial como uma efetiva possibilidade de ruptura com o punitivismo que caracteriza as dinâmicas do processo penal “tradicional”. Assim: “Com isso, pode-se afirmar que a previsão de acordos penais representa uma ruptura ao paradigma punitivista, na medida em que substitui a ideia de repressão por um conceito racional de prevenção por intermédio do qual se acentuam a necessidade e a legitimidade das formas de solução baseadas na economia processual e orientadas pelo consenso, possibilitando o fortalecimento das normas e da dinâmica de ressocialização, que não pode ser obtido com a mesma legitimação por meio do processo penal tradicional” (MENDES E SOUZA, 2020, p. 1199). Essa interpretação nos parece excessivamente normativa e idealista, além de mobilizar de forma acrítica as ideologias da pena (ideologias “re” e mitologias

violenta qualquer pretensão de preservação do devido processo legal. Assim, Mendes e Souza (2020) afirmam que:

“A necessidade de confissão (de questionável constitucionalidade) é, sem dúvida, o maior ponto controvertido, pois, ao exigir a confissão, a lei confere à pessoa acusada dispor do devido processo legal, o que, dado o peso probatório que os juízes e as juízas atribuem à auto-atribuição da culpa, em síntese, muitas vezes, implicará o risco de produção prova contra si, algo inaceitável” (p. 1196).

Avançando na crítica, pensamos que a necessidade de confissão é inquestionavelmente inconstitucional, diante da grave violação ao devido processo legal, sendo certo que essa imposição nos coloca questões e problemas que devem funcionar como ponto de saída para análise e aplicação do instituto.

É nesse sentido que Carolina Castelliano e Fábio Prudente (2020), observando as dimensões epistêmicas da confissão no acordo de não persecução penal, indicam que a exigência da confissão formalizada para interromper a persecução e impor deveres decorrentes do acordo inaugura um novo método de arbitramento de responsabilidade, já que antecipa a conclusão acerca do mérito do caso, sem que nem mesmo haja exigência legal de que a pretensão acusatória seja formalizada.

Esse novo método de arbitramento de responsabilidade reatualiza, por meio de uma previsão legal, o lugar da confissão, par histórico-conceitual da tortura em suas diversas dimensões, nas dinâmicas do sistema de justiça criminal brasileiro, que, desde a sua historicidade inquisitorial, de base social colonial-esravista, fez da confissão o elemento-chave para a formação de culpa e para a compreensão da faticidade jurídica, ou seja, de como se dá a construção social e institucional do crime e de suas dinâmicas de criminalização (VARGAS, 2012).

A exigência da confissão e a relativa aceitação do dispositivo por parte do campo jurídico simboliza a força do que Joana Vargas (2012, p. 250) chama de crença epistemológica de longa duração da confissão – e da tortura – como principal mecanismo de produção de verdade no funcionamento do sistema de justiça criminal.

A análise dessa exigência legal dialoga, portanto, com a crítica histórica, epistêmica, processual e ética constituída em torno da confissão. Mas, como já

da prevenção). Como já explicitamos anteriormente, buscamos partir de um ponto de vista realista em relação ao sistema de justiça e agnóstico em relação à pena, nos termos colocados por Raul Zaffaroni e Nilo Batista (2011).

afirmamos dialogando com Carolina Castelliano e Fábio Prudente, essa nova figuração da confissão apresenta nova roupagem, ao legalizar a chantagem institucional, devendo ser fortemente rechaçada pelo campo crítico.

Nos parece que defender a legitimidade da exigência de confissão para o firmamento do acordo, com a condição de que, em caso de revogação do acordo e deflagração do processo criminal, o ato da confissão não seja utilizado como meio de prova, é uma posição excessivamente idealista, que desconsidera a centralidade da confissão da formação da culpa no sistema de justiça brasileiro e a cultura institucional desse mesmo sistema de justiça, acostumado a valorizar no momento da instrução elementos de informação produzidos sem o devido contraditório e respeito à ampla defesa.

Nesse sentido, já consta nos Enunciados interpretativos na Lei Anticrime, documento organizado pelo Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal – GNCCRIM, grupo formado por membros do Ministério Público de diversos Estados, o Enunciado 27, defendendo que “Havendo descumprimento dos termos do acordo, a denúncia a ser oferecida poderá utilizar como suporte probatório a confissão formal e circunstanciada do investigado (prestada voluntariamente na celebração do acordo)”.

Diante desse contexto, parece fundamental que se abra uma luta jurídica em torno da questão, no sentido de que o campo crítico, na academia e na prática forense, defenda que o acordo deve ser oferecido sem exigência de confissão prévia, o que, na prática, representaria indevida antecipação sobre o mérito da ação penal, desrespeitando a lógica do contraditório e, conseqüentemente, desestruturando a dimensão epistêmica do processo penal, base do sistema constitucional acusatório²².

A outra questão que nos interessa diretamente nessa primeira exploração diz respeito à natureza das condições negociadas. Isso por que o dispositivo do art. 28-A, ao afirmar que o acordo deverá ser, na avaliação do Ministério Público, necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, elenca hipóteses

-
22. Essa posição, por óbvio, não invalida eventuais disputas de redução de danos em casos nos quais a confissão é realizada, como a explicitação no Instrumento de ANPP que a confissão não deverá ser mobilizada na eventual instrução processual. Nesse sentido: “Assim, caberá à defesa impugnar qualquer tentativa de leitura da confissão em sede de audiência ou em qualquer outro momento processual, podendo tal ato ser caracterizado como indevido constrangimento à pessoa acusada, já que somente a confirmação dos fatos na presença de um juiz togado, com um processo criminal em curso e uma hipótese acusatória formulada, pode ser admitida como confissão para todos os fins legais” (CASTELLIANO, PRUDENTE, 2020, p. 03).

de penas que poderiam ser aplicadas, abrindo até a possibilidade de uma sanção inominada, como previsto no inciso V.

A introdução do debate político criminal no âmbito da atuação do Ministério Público pode apresentar potencial interessante no sentido da qualificação institucional; o que o dispositivo faz, contudo, é, com amparo nas ideologias da pena, autorizar a imposição de punições sem o devido processo legal e o mínimo espaço de contraditório, após uma confissão arrancada como condição para que o acusado não seja denunciado.

O cerne da questão é que, do ponto de vista crítico aqui adotado, o acordo de não persecução só será constitucionalmente legítimo e útil, em termos de política judicial (celeridade, eficácia do sistema e diminuição do sofrimento produzido pelo processo), se, além de excluída a exigência de confissão, as condições do acordo não tenham natureza de pena. O caminho que parece mais adequado, portanto, é que o acordo de não persecução penal se aproxime das condições tipicamente envolvidas nas hipóteses de suspensão condicional do processo, com aplicação do art. 28-A, inciso V, do CPP.

Assim, se queremos que o acordo de não persecução penal seja efetivamente um instrumento de redução racional da intervenção penal, é preciso que a contrapartida não seja a abdicação de garantias processuais penais fundamentais que dão substância ao sistema acusatório de processo penal e à própria ideia de *devido processo legal*.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Esse artigo seguiu um itinerário crítico e exploratório em torno das inovações trazidas pela Lei Anticrime no art. 28 do Código de Processo Penal, apresentando pistas para a interpretação da nova dinâmica do arquivamento e do acordo de não persecução penal. As duas questões não se relacionam de forma meramente topológica, mas articulam discussões processuais e sociojurídicas relevantes, como o tema da obrigatoriedade da ação penal, da ampliação das dinâmicas negociais no processo penal brasileiro e do lugar do Ministério Público no âmbito do sistema de justiça criminal.

Se já está claro que não há qualquer razão teórica ou prática para continuar a trabalhar com a ideia de *obrigatoriedade* da ação penal, isso que não significa dizer que os membros do Ministério Público tenham plena liberdade para *dispor* (para mais ou para menos) da persecução penal ao seu bel prazer.

Algo assim só seria aceitável num sistema em que os titulares do aparato persecutório recolhessem sua legitimidade política diretamente do voto popular,

e pudessem justificar o seu mandato traçando sua própria estratégia político-criminal, elegendo as causas mais importantes para o seu eleitorado e se submetendo, de tempos em tempos, ao escrutínio popular, como ocorre, inclusive, nos Estados Unidos da América. Em sistemas como o nosso, em que o poder de persecução em juízo está nas mãos de uma estrutura burocrática estável, organizada em carreira e acessível por meio de concursos públicos, a legitimidade da atividade persecutória deriva da Lei, e nela devem ser buscadas as balizas para as decisões a serem tomadas no curso do processo, especialmente a decisão sobre movimentar ou não o aparato punitivo em face de um fato com a aparência delituosa, e com qual intensidade fazer isso.

Contudo, as inconsistências e contradições nos mecanismos de controle deixam evidente a necessidade de aprofundar os estudos e debates em derredor desta matéria, como forma de estabelecer de forma mais clara e democrática os limites da independência funcional e os mecanismos de controle sobre a atuação dos órgãos ministeriais de piso, de molde a garantir: a efetivação do princípio da fragmentariedade/subsidiariedade da intervenção penal e, ao mesmo tempo, a efetiva separação de funções exigidas pelo sistema acusatório, sem a abdicação do conjunto de garantias processuais fundamentais que gravitam em torno do devido processo legal.

De igual modo, parece urgente refletir mais sobre o papel do juiz e do próprio órgão da acusação pública no controle dos excessos. Não resta dúvida de que o Ministério Público, a partir da Constituição de 1988, deve ser entendido também como instituição de garantia dos direitos fundamentais dos acusados, mas não há qualquer razão, segundo entendemos, para que o juiz precise submeter um eventual excesso acusatório do órgão de piso ao órgão superior do MP (ainda que por provocação do investigado), pois, se a própria razão de ser da jurisdição penal é a contenção do poder punitivo, ele pode perfeitamente fazer isso diretamente, por exemplo, rejeitando a denúncia, sempre que, presentes os requisitos, o órgão de acusação se recusar a fazer a proposta de acordo ou adequando-o diretamente, eliminando ou reduzindo condições leoninamente impostas, mesmo que tenha de atuar de ofício.

O que não poderia fazer, de forma alguma, é se recusar a homologar um acordo, sob o argumento de que é demasiado frouxo no cumprimento dos requisitos ou na eleição das condições (como lamentavelmente está previsto). Nesses casos, até mesmo a solução de remeter ao órgão superior do MP seria menos lesiva ao sistema acusatório. Em resumo, aquilo que pode representar uma solução mais vantajosa para o investigado ou acusado não pode escapar à apreciação do judiciário, sob o singelo argumento de ser faculdade do Ministério Público.

Por fim, será necessário aprofundar também o debate em torno dessa convivência (nem sempre pacífica) entre os diversos mecanismos de solução alternativa aqui mencionados (transação penal, suspensão condicional e acordos de não persecução penal), com vistas a superar as superposições e encontrar, talvez, um modelo único, aproveitando as potencialidades de cada um deles.

7. REFERÊNCIAS

- ASSUMPÇÃO, Vinícius. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CARVALHO, Salo. A Estrutura Lógica e os Fundamentos Ideológicos do Sistema de Penas no Projeto de Lei Anticrime. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, v. 64, p. 161-192, 2019.
- CASTELLIANO, Carolina Soares; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*, 15 fev. 2020.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; MURATA, Ana Maria Lumi Kamimura. As regras sobre a decisão do arquivamento do inquérito policial: O que muda com a Lei 13.964/19? *BOLETIM DO IBCCRIM*, v. 331, p. 11-13, 2020.
- DUCLERC, Elmir et al. *Introdução aos Fundamentos do Direito Processual Penal*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- FREITAS, Felipe da Silva. A que será que se destina? O pacote de Moro e a escalada autoritária do Estado brasileiro. In: RIOS, Lucas P. Carapiá; NEVES, Luiz Gabriel Batista; ASSUMPÇÃO, Vinícius de Souza (Org.). *Estudos temáticos sobre o Pacote Anticrime*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 31-47.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 10. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- LAZARI, Rafael de; GAMA, Alison Andreus. O aumento da violência na execução penal pela Lei 13.964/19. *BOLETIM DO IBCCRIM*, v. 331, p. 17-20, 2020.
- MACHADO, Leonardo Marcondes. Ainda sobre o arquivamento do Inquérito Policial na lei “anticrime”. *Revista Consultor Jurídico*, Maio, 2020.
- MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, ano 3, n. 7, fevereiro/2020.
- MENDES, Soraia Rosa; SOUZA, Augusto Cesar Borges. O acordo de não persecução penal e o paradigma da prevenção no enfrentamento à corrupção e à macrocriminalidade econômica no Brasil: novas alternativas ao modelo punitivista tradicional. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, p. 1175-1208, 2020.

ROORDA, João Guilherme; MATOS, Lucas Vianna; BARRETO, Ana Luísa Leão Aquino. A economia política do pacote 'anticrime'. *BOLETIM DO IBCCrim*, v. 318, p. 30-33, 2019.

SANTORO, Antônio Eduardo Ramires. Arquivamento do Inquérito Policial: uma análise sobre a imutabilidade dos seus efeitos. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1095-1118, set.-dez. 2018.

VARGAS, Joana. Em busca da 'verdade real': Tortura e Confissão no Brasil ontem e hoje. *Sociologia & Antropologia*, v. 02, p. 237-265, 2012.

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

WARAT, Luiz, Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *Revista Sequencia*, v. 03, n. 05, p. 48-57, 1982.

ZAFFARONI, Eugênio Raul; BATISTA, Nilo et al. *Direito Penal Brasileiro: Primeiro Volume: Teoria Geral do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual; Administrativo

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- "Lei anticrime" (Lei 13.964/2019): Impactos penais, de Maria Lucia Karam, Antonio Martins e Jacson Zilio – *RBCCrim* 181/37-58;
- Apontamentos sobre a colaboração premiada na lei anticrime, de Frederico Valdez Pereira – *RBCCrim* 174/199-254; e
- O legado tecnicista no pacote anticrime, de Felipe Lazzari da Silveira e Rodrigo Oliveira de Camargo – *RBCCrim* 168/19-36.