

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

BRAZILIAN CRIMINAL SCIENCES REVIEW

Ano 30 • vol. 191 • jul.-ago/2022

DOSSIÊ ESPECIAL: "ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA
NEGOCIAL"

Editores-associados:

Prof. Dr. Elmir Duclerc Ramalho Junior

Prof. Dr. André Luiz Nicolitt

Profa. Ms. Jéssica Oníria Ferreira de Freitas

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 191 • jul.-ago/2022

Presidência

Marina Pinhão Coelho Araújo

Coordenação

André Nicolitt

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA – IBCCRIM

Editor–chefe – André Nicolitt

Editores–assistentes – Alessandra Rapassi Mascarenhas Prado, Antonio Martins, Beatriz Corrêa Camargo, Douglas Borges de Vasconcelos, Ellen Rodrigues Brandão, Elmir Duclerc, Felipe Freitas, Guilherme Ceolin, Gustavo Noronha de Ávila, Junya Barletta, Marcelo Mayora, Nestor Eduardo Araruna Santiago, Taiguara Libano Soares e Souza.

Editores–executivos:

Supervisor de Publicações: Willians Meneses

Auxiliar de publicações: Helen Christo

CONSELHO EDITORIAL

Adolfo Ceretti (Università degli Studi di Milano-Bicocca – Itália)

Afranio da Silva Jardim (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Alejandro Aponte (Pontificia Universidad Javeriana – Colômbia)

Anabela Miranda Rodrigues (Universidade de Coimbra – Portugal)

Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidade de Salamanca – Espanha)

Ana Messuti (Instituto Vasco de Criminologia – Espanha)

Antonio Magalhães Gomes Filho (USP – São Paulo/SP)

Antonio Scarance Fernandes (USP – São Paulo/SP)

Antonio Vercher Noguera (Universidade de Salamanca – Espanha)

Aury Lopes Jr. (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

Bernardo del Rosal Blasco (Universidade de Alicante – Espanha)

Carlos María Romeo-Casabona (Universidad del País Vasco – Espanha)

Cláudia Maria Cruz Santos (Universidade de Coimbra – Portugal)

Cornelius Prittwitz (Universität Johann Wolfgang Goethe de Frankfurt – Alemanha)

David Baigún (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Edmundo Hendler (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Emilio García Mendez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Ernesto Calvanese (Università degli Studi di Milano – Itália)

Esther Gimenez-Salinas I Colomer (Universidad Ramon Llull – ESADE – Espanha)

Eugenio Raúl Zaffaroni (Universidad de Buenos Aires Argentina)

Fernanda Regina Vilarés (FGV – FGVSP – São Paulo/SP)

Fernando Acosta (University of Ottawa – Canadá)

Fernando Santa Cecilia García (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Francisco Muñoz Conde (Universidad Pablo de Olavide – Espanha)

Geraldo Prado (UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas – FGVSP – São Paulo/SP)

Iasevoli Clelia (Università Degli Studi di Napoli – Itália)

Ignacio Berdugo Gómez de La Torre (Universidad de Salamanca – Espanha)

Iñaki Rivera Beiras (Universidad de Barcelona – Espanha)

Iván Navas Mondaca (Universidad San Sebastián – Chile)

Jéssus-Maria Silva Sánchez (Universidad Pompeu Fabra – Espanha)

João Pedroso (Universidade de Coimbra – Portugal)

Jorge de Figueiredo Dias (Universidade de Coimbra – Portugal)

José Cerezo Mir (Universidad de Zaragoza – Espanha)

José Francisco de Faria Costa (Universidade de Coimbra – Portugal)

Juan Felix Marteau (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Juan Pablo Montiel (Universidad de San Andrés – Argentina)

Juarez Cirino dos Santos (UFPR – Curitiba/PR)

Juarez Tavares (UERJ – Rio de Janeiro/RJ)

Kai Ambos (Georg-August-Universität Göttingen – Alemanha)

Leandro Ayres França (Pontificia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)

Luis Alberto Arroyo Zapatero (Universidad de Castilla-La Mancha – Espanha)

Luis Fernando Niño (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Luiz Regis Prado (UEM – Maringá/PR)

Maria Paz Arenas Rodríguez (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Manuel da Costa Andrade (Universidade de Coimbra – Portugal)

Maria João Antunes (Universidade de Coimbra – Portugal)

Mariângela Gama de Magalhães Gomes (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Marina Pinhão Coelho Araújo (Insper Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER – São Paulo/SP)

Mauricio Martínez Sánchez (Universidad Libre – Colômbia)

Máximo Sozzo (Universidad Nacional del Litoral – Argentina)

Miguel Reale Júnior (USP – São Paulo/SP)

Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca – Espanha)

Nilo Batista (UERJ – Rio de Janeiro/RS)

Pedro Caeiro (Universidade de Coimbra – Portugal)

Olga Spinoza (Universidad de Chile – Chile)

Pilar Gomes Pavón (Universidad Complutense de Madrid – Espanha)

Raúl Cervini (Universidad de la República del Uruguay – Uruguai)

Salo de Carvalho (Universidad Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)

Sergio Moccia (Università di Napoli Federico II – Itália)

Sérgio Salomão Shecaira (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)

Stella Maris Martínez (Universidad de Buenos Aires – Argentina)

Urs Kindhäuser (Universidad de Bonn – Alemanha)

Vicente Greco Filho (USP – São Paulo/SP)

CORPO DE PARECERISTAS (DESTE VOLUME – CHAMADA GERAL)

Alexandra Villela Boechat (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Alexandre Wunderlich (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
André Carneiro Leão (Universidade Federal de Pernambuco – UFPE – Recife/PE)
Andressa Loli Bazo (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Antonio José Franco de Souza Pêcego (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUCMG – Uberlândia/MG)
Antonio Pedro (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Bartira Macedo de Miranda (Universidade Federal de Goiás – Goiânia/GO)
Daniel Nicory do Prado (Faculdade Baiana de Direito – Salvador/BA)
Fernando Henrique Cardoso Neves (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Fernando Henrique Cardoso Neves (Universidade Federal Fluminense – UFF – Rio de Janeiro/RJ)
Flavia Sanna (Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ – Rio de Janeiro/RJ)
Gabriel Campos (Universidade de Oxford – Inglaterra)
Gabriel Divan (Universidade de Passo Fundo – Passo Fundo/RS)
Jamilla Monteiro Sarkis (Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte/MG)
João Daniel Rassi (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
José Edvaldo Pereira Sales (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Laila da Silva Almada (Universidade Estácio de Sá – UNISA – São Paulo/SP)
Leonardo Costa de Paula (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Luiz Eduardo Cani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Luiz Gabriel Batista Neves (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Marcelo Semer (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Mariana Dutra de Oliveira Garcia (Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC – Florianópolis/SC)
Mayara Nicolitt (Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ – Rio de Janeiro/RJ)
Moyses Pinto Neto (Universidade Luterana do Brasil – ULBRA – Torres/RS)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Nestor Eduardo Araruna Santiago (Universidade de Fortaleza – UNIFOR – Fortaleza/CE)
Paula Brener (Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG – Belo Horizonte/MG)
Priscilla Placha Sá (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
José Manuel de Sacadura Rocha (Universidade Presbiteriana Mackenzie – São Paulo/SP)
Saulo Matos (Universidade Federal do Pará – UFPA – Belém/PA)
Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Tomás Grings Machado (UNISINOS – Vale do Rio dos Sinos/RS)
Vinicius de Souza Assumpção (Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCRIM – São Paulo/SP)
Wagner Marteleto Filho (Universidade de Lisboa – Portugal)

AUTORES(AS) (DESTE VOLUME)

Cláudia Vieira Maciel de Sousa (Universidade Federal de Rondônia – UNIR – Rondônia/RO)
Daiane Ayumi Kassada (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Jéssica Raquel Sponchiado (Universidade de São Paulo – USP – São Paulo/SP)
Julio Cesar de Aguiar (Universidade Católica de Brasília – Brasília/DF)
Lucas Ramos Krause dos Santos Rocha (Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro – FGV RJ – Rio de Janeiro/RJ)
Luiz Eduardo Cani (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth (Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI – Ijuí/RS)
Marco Aurélio Nunes da Silveira (Universidade Federal do Paraná – UFPR – Curitiba/PR)
Marcos Eberhardt (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Mirella de Carvalho Aguiar (Universidade Católica de Brasília – UCB – Brasília/DF)
Nefi Cordeiro (Universidade Católica de Brasília – UCB – Brasília/DF)
Pollyanna Quintela Falconery (Universidade Federal da Bahia – UFBA – Salvador/BA)
Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS – Porto Alegre/RS)
Rodrigo Sánchez Rios (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Thiago Bottino do Amaral (Fundação Getúlio Vargas do Rio de Janeiro – FGV RJ – Rio de Janeiro/RJ)
Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra – Portugal)
Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa (Pontifícia Universidade Católica do Paraná – PUCPR – Curitiba/PR)
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade Estadual de Goiás – UEG – Goiânia/GO)

BASES DE DADOS INDEXADAS:



As opiniões expressas nos artigos são de responsabilidade dos autores.

Revista Brasileira de Ciências Criminais
revista@ibccrim.org.br – www.ibccrim.org.br

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 191 • jul.-ago/2022

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITTI

Publicação oficial do

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS
TRIBUNAIS™**

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 191 • jul.-ago/2022

Presidência

MARINA PINHÃO COELHO ARAÚJO

Coordenação (editor-chefe)

ANDRÉ NICOLITT

Os colaboradores desta Revista gozam da mais ampla liberdade de opinião e de crítica, cabendo-lhes a responsabilidade das ideias e conceitos emitidos em seus trabalhos.

Diagramação eletrônica: Linotec Fotocomposição e Fotolito Ltda., CNPJ 60.442.175/0001-80

Impressão e encadernação: Forma Certa Gráfica Digital Ltda., CNPJ 07.691.829/0001-27

© edição e distribuição da

THOMSON REUTERS BRASIL CONTEÚDO E TECNOLOGIA LTDA.

JULIANA MAYUMI ONO

Diretora Responsável

Av. Dr. Cardoso de Melo, 1855 – 13º andar – Vila Olímpia
CEP 04548-005, São Paulo, SP, Brasil

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial,
por qualquer meio ou processo – Lei 9.610/1998.

CENTRAL DE RELACIONAMENTO THOMSON REUTERS SELO REVISTA DOS TRIBUNAIS

(atendimento, em dias úteis, das 09h às 18h)

Tel. 0800-702-2433

e-mail de atendimento ao consumidor: sacrt@thomsonreuters.com

e-mail para submissão dos originais: aval.artigo@thomsonreuters.com

Conheça mais sobre Thomson Reuters: www.thomsonreuters.com.br

Acesse o nosso eComm

www.livrariart.com.br

Impresso no Brasil: [07-2022]

Profissional

Fechamento desta edição: [27.05.2022]





Instituto Brasileiro de Ciências Criminais

Diretoria da Gestão 2021/2022

DIRETORIA EXECUTIVA

PRESIDENTA

Marina Pinhão Coelho Araújo

1º VICE-PRESIDENTE

Alberto Zacharias Toron

2º VICE-PRESIDENTE

Fábio Tofic Simantob

1º SECRETÁRIO

Bruno Salles Pereira Ribeiro

2º SECRETÁRIO

Felipe Cardoso Moreira de Oliveira

3º SECRETÁRIA

Ester Rufino

1º TESOUREIRO

Rafael Serra Oliveira

2º TESOUREIRO

Renato Stanzola Vieira

DIRETOR NACIONAL DAS COORDENADORIAS

REGIONAIS E ESTADUAIS

1ª Diretora: Maria Carolina de Melo Amorim

2º Diretor: Leonardo Palazzi

3º Diretor: Vinícius Assumpção

CONSELHO CONSULTIVO

MEMBROS

Ela Wiecko Volkmer de Castilho

Helena Regina Lobo da Costa

Márcio Gaspar Barandier

Thiago Bottino do Amaral

Carla Silene Cardoso Lisboa Bernardo Gomes

OUIDORA

Cleunice Valentim Bastos Pitombo

COORDENADORES-CHEFES DOS DEPARTAMENTOS

ACESSIBILIDADE – BOLSAS E CONTRIBUIÇÕES

ASSOCIATIVAS

Camila Torres

AMICUS CURIAE

Alberto Zacharias Toron

BIBLIOTECA

Ludmila Bello

BOLETIM

Daniel Zaclis

CONCURSO DE MONOGRAFIAS e MONOGRAFIAS

Ana Cristina Gomes

CONVÊNIOS NACIONAIS

Luan Moyanos

CONVÊNIO INTERNACIONAIS

Eneas Romero

CURSOS

Adriano Scalzaretto e Bruna Angotti

CURSOS COIMBRA

Marcelo Almeida Ruivo

GRUPOS DE ESTUDOS AVANÇADOS

Debora Motta

INICIAÇÃO CIENTÍFICA – LABORATÓRIOS

Daiane Kassada

JUSTIÇA PENAL JUVENIL E INFÂNCIA

Mariana Chies Santiago Santos

JUSTIÇA RESTAURATIVA

Fabiana Viana

PESQUISAS

Felipe Campana

POLÍTICA DE DROGAS

Renato Martins

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

André Nicolitt

SEMINÁRIO INTERNACIONAL

Alexandre Wunderlich,

Marcela Venturini Diorio e

Vinicius Assumpção

SISTEMA PRISIONAL

Guilherme Junqueira

ESTUDOS E PROJETOS LEGISLATIVOS

Antonio Pedro Melchior

CONSELHO DE DIVERSIDADE

Presidente: Clarice Beatriz

Vice-Presidente: Débora Viviane

Altamira Simses

André Kehdi

André Minioli

Caroline Hilgert

Eleonora Nacif

Gabriel Sampaio

Isadora Brandão

Lorene Maia

Lúcia Ribeiro

Marcio Romualdo

Maria Sylvia de Oliveira

Michael Mary Nolan

Priscila França

Priscila C. Santos

EQUIPE DO IBCCRIM

NÚCLEO de ADMINISTRAÇÃO, EDUCAÇÃO e BIBLIOTECA

SUPERVISÃO

Fernanda Barreto

EQUIPE

Alexandre Soledade de Oliveira

Patrícia Jardim Grellet

Ana Paula da Silva

Hegle Borges da Silva

Anderson Fernandes Campos

Natalí de Lima Santos

NÚCLEO FINANCEIRO

SUPERVISÃO

Roberto Seracinskis

EQUIPE

Andrea Pereira dos Santos

Vanessa dos Santos Lima

NÚCLEOS DE PUBLICAÇÕES

SUPERVISÃO

Willians Meneses

EQUIPE

Helen Christo

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) | www.ibccrim.org.br
Rua Onze de Agosto, 52, 2º andar, São Paulo, SP. CEP 01018-000

REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Ano 30 • vol. 191 • jul.-ago/2022

Diretora de Conteúdo e Operações Editoriais

JULIANA MAYUMI ONO

Gerente de Conteúdo

MILISA CRISTINE ROMERA

Editorial: Aline Marchesi da Silva, Camilla Sampaio, Emanuel Silva, Karolina de Albuquerque Araújo Martino e Quenia Becker

Gerente de Conteúdo Tax: Vanessa Miranda de M. Pereira

Direitos Autorais: Viviane M. C. Carmezim

Assistente de Conteúdo Editorial: Juliana Menezes Drumond

Analista de Conteúdo Editorial Júnior: Bárbara Baraldi

Estagiários: Ana Carolina Francisco, Francisco Prado e Marco Antonio Fonseca

Produção Editorial

Gerente de Conteúdo

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES

Especialistas Editoriais: Gabriele Lais Sant'Anna dos Santos e Maria Angélica Leite

Analista de Projetos: Thyara Pina da Silva

Analistas de Operações Editoriais: Carina Baptista, Caroline Vieira, Damares Regina Felício, Danielle Castro de Moraes, Mariana Plastino Andrade, Mayara Macioni Pinto e Patrícia Melhado Navarra

Analistas de Qualidade Editorial: Ana Paula Cavalcanti, Fernanda Lessa, Gabriela Cavalcante Lino e Victória Menezes Pereira

Estagiárias: Beatriz Hammond, Bianca Satie Abduch, Caroline Dubovicki e Gabrielly N. C. Saraiva

Capa: Andréa Cristina Pinto Zanardi

Adaptação capa: Linotec

Líder de Inovações de Conteúdo para Print

CAMILLA FUREGATO DA SILVA

Equipe de Conteúdo Digital

Coordenação

MARCELLO ANTONIO MASTROROSA PEDRO

Analistas: Gabriel George Martins, Jonatan Souza, Maria Cristina Lopes Araujo e Rodrigo Araujo

Gerente de Operações e Produção Gráfica

MAURICIO ALVES MONTE

Analistas de Produção Gráfica: Aline Ferrarezi Regis e Jéssica Maria Ferreira Bueno

Assistente de Produção Gráfica: Ana Paula de Araújo Evangelista

SUMÁRIO

EDITORIAL

Dossiê "Acordo de Não Persecução Penal e Justiça Negocial"	19
--	----

DOSSIÊ ESPECIAL

Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo <i>A review of the ANPP from the perspective of human rights: the necessary participation of the victim in forming the agreement</i> CLÁUDIA VIEIRA MACIEL DE SOUSA	25
Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários <i>Inexigibility of payment of tax due as objective condition of the criminal non-prosecution agreement in tax crimes</i> LUIZ EDUARDO CANI e MARCOS EBERHARDT	49
O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021 <i>The non-prosecution agreement in the Brazilian Supreme Court caselaw of 2020 and 2021</i> VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS.....	93
Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano <i>Non-prosecution agreement in tax crimes: a study on the compensation clause</i> TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO.....	121

Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal

The illegitimacy of the figure "habitual delinquent" as a negative legal requirement for the offering of the criminal non-prosecution agreement

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO e DAIANE AYUMI KASSADA 175

Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão "reprovação e prevenção" no art. 28-A do CPP

Contribution to the interpretation of the purposes of the non-prosecution agreement – The meaning and scope of the expression "disapproval and prevention" in art. 28-A, CPP

RODRIGO SÁNCHEZ RIOS e VÍCTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA 207

O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil

The criminal non-prosecution agreement and the relegitimation of criminal law in Brazil

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY..... 235

A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito

The requirement of confession in non-prosecution agreement from the perspective of the Economic Analysis of Law

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA e THIAGO BOTTINO DO AMARAL 261

Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?

Punitive expansionism and criminal non-prosecution agreement: procedural guarantees at risk?

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH..... 285

Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-crimal

Justice without process? The non-prosecution agreement as a potential tool of criminal policy

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA..... 305

Justiça negocial e acordo de não persecução penal <i>Negotiated justice and non-prosecution agreement</i> RICARDO JACOBSEN GLOECKNER	329
--	-----

ENTREVISTA

Entrevista da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Lívia Sant'Anna Vaz <i>Interview with the Prosecutor of the Public Ministry of the State of Bahia Lívia Sant'Anna Vaz</i> POLLYANNA QUINTELA FALCONERY	377
--	-----

ÍNDICE ALFABÉTICO-REMISSIVO

AUTORES.....	391
TEMAS.....	393

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS	397
---	-----

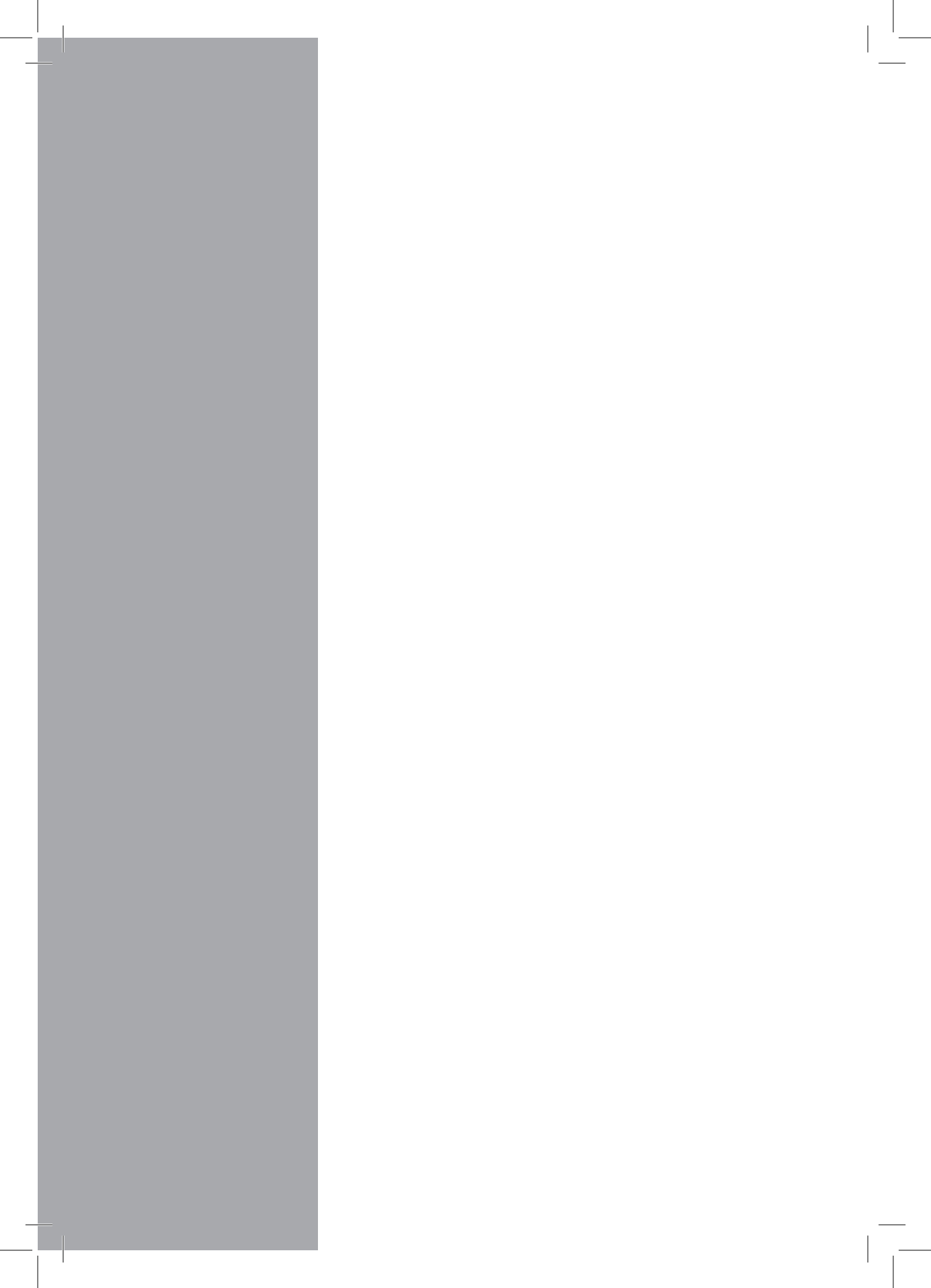
DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS.....	409
--	-----

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (<i>CHECK LIST</i>).....	415
---	-----

EDITAL IV – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022	417
---	-----



Editorial



DOSSIÊ "ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E JUSTIÇA NEGOCIAL"

A Lei 13964/19, conhecida como Lei Anticrime, introduziu no ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal. O instituto vem na esteira da ampliação dos espaços de consenso, ou de negociação, no âmbito do processo penal brasileiro e tem por objetivo dar resolução rápida a casos penais, de modo a reduzir a sobrecarga de processos na justiça criminal e os altos índices de encarceramento.

Assim entendido, o ANPP convoca o pensamento dos processualistas penais a revisitar alguns lugares comuns desenvolvidos pela cultura processual penal pátria em torno da disciplina jurídica da persecução penal pública, que já há algum tempo se debate entre uma tradição de obrigatoriedade e a mencionada ampliação dos espaços de negociação, tudo em nome de uma alegada eficiência. Mais que isso, convoca para o debate em torno do próprio sentido de “devido processo legal”, como exigência de um sistema processual de tipo acusatório¹.

A adoção de soluções consensuais para o caso penal, contudo, não é novidade no processo penal pátrio. Com idêntico propósito de desafogar a justiça penal, conferir celeridade e privilegiar soluções não punitivas, os Juizados Especiais Criminais foram criados através da Lei 9099/95 e, desde seus primórdios, suscitou críticas relacionadas à excessiva informalização e flexibilização de garantias processuais. Na já clássica obra sobre o tema, lançada inicialmente em 2003, Geraldo Prado afirmou: “A doutrina hesita em reconhecer, mas é preciso afirmar, sob pena de deixar as palavras criarem a realidade, que não há devido processo legal na transação penal brasileira”².

Desde então, os debates sobre a eventual ampliação de mecanismos negociais ou consensuais, notadamente os assemelhados ao *plea bargaining* norte-americano, não cessaram. A realidade operacional dos Juizados Especial Criminal e seus institutos despenalizadores – especialmente a transação penal – captada pelos

-
1. DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. 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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 187, p. 233-258, 2022.
 2. PRADO, Geraldo. *Transação Penal*. 2ª ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 217.

profissionais que atuam nesses espaços, mas, também, por pesquisas de natureza empírica³, reforçam a preocupação e cautela sobre a compatibilidade de tais institutos com a estrutura processual penal brasileira, fundada em matrizes inquisitórias e ainda distante de uma reestruturação global que a distancie de uma prática autoritária.

Eis o mote do artigo elaborado por GLOECKNER, que destaca o fortalecimento de uma racionalidade econômica que prioriza a eficiência processual penal, dando espaço a uma concepção gerencialista e administrativizada da justiça criminal. O autor faz um resgate histórico e teórico do instituto do *plea bargaining* para alertar sobre os riscos da assunção, no cenário pátrio, de um modelo de desjudicialização material do processo e derrocada do processo adjudicativo.

Na mesma toada crítica, WERMUTH defende que a inserção do acordo de não persecução penal na legislação brasileira pode ser considerada uma manifestação de um movimento de expansão punitiva e que o instituto pode servir como um “mecanismo de acentuação das desigualdades sociais no âmbito jurídico-penal”, ao subverter a função de garantia do processo e transformá-lo em um risco a ser evitado.

A complexidade do tema, porém, não favorece uniformidades teóricas. Diante da inexorável presença do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro, emerge a relevância da atribuição de finalidades político-criminais que instrumentalizem o instituto em prol da mitigação da violência estruturante do sistema penal local, da consagração de princípios e garantias constitucionais e da promoção de medidas restaurativas.

É essa a proposta de NUNES DA SILVEIRA, que sustenta a possibilidade de o ANPP servir para introduzir, no direito brasileiro, as *saídas fora do processo*, nos moldes das experiências latino-americanas de reformas processuais penais. Para tanto, faz-se necessário repensar a práxis punitiva e superar a visão do direito penal como única solução para os casos penais, notadamente diante do fracasso

-
3. A título de exemplo, ver DE AMORIM, Maria Stella; BURGOS, Marcelo; DE LIMA, Roberto Kant. Os Juizados Especiais no sistema judiciário criminal brasileiro: controvérsias, avaliações e projeções. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Ano, V. 10, 2002; ALMEIDA, Vera Ribeiro. Incongruência na transação penal. *Sistema Penal & Violência*, v. 3, n. 1, 2011; ALMEIDA, Vera Ribeiro. A discricionariedade da pena na justiça consensual criminal. *Sistema Penal & Violência*, v. 3, n. 2, 2011; BATITUCCI, Eduardo Cerqueira et al. A justiça informal em linha de montagem Estudo de caso da dinâmica de atuação do JECrim de Belo Horizonte. *Civitas-Revista de Ciências Sociais*, v. 10, n. 2, p. 245-269, 2010.

da pena em alcançar objetivos socialmente proveitosos. Neste contexto, o autor propõe uma interpretação adequada e uso do acordo de não persecução penal como “via condutora de um grande número de soluções alternativas possíveis, que podem ir dos acordos reparatórios à justiça restaurativa”.

Também RIOS e COSTA conferem finalidades político-criminais ao acordo de não persecução penal, com foco na concretização do princípio penal da intervenção mínima, redução de gastos públicos e, não menos importante, na racionalização da imposição de penas e do sistema penal como um todo. O caminho é compartilhado por Pollyanna FALCONERY, para quem o direito penal moderno enfrenta uma crise de legitimidade na pós-modernidade e, ao considerar as respostas possíveis para tal crise, analisa a possibilidade de utilização do ANPP como ferramenta de viabilização de políticas criminais aptas a tutelarem o bem jurídico protegido pela norma penal e a reparar o dano causado pela conduta criminal.

É preciso lembrar que a propositura do presente do dossiê foi orientada também por preocupações de ordem prática, tendo em vista as dúvidas que têm surgido na aplicação da lei, como se observa, por exemplo, na pesquisa empreendida por VASCONCELOS, sobre o ANPP na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O autor traz o resultado de um interessante levantamento do “estado da arte” da jurisprudência do STF nos anos de 2020 e 2021, a revelar que a atenção do Tribunal nesse período tem estado focada na temática da retroatividade da norma e cabimento do ANPP nos processos em curso, mas ainda nessa questão não há formação de uma posição pacificada na Corte.

Nesse contexto, também, inserem-se as contribuições de KRAUSE e AMARAL, que enfrentam a questão da constitucionalidade da exigência legal de confissão, partindo daqueles que seriam os seus princípios norteadores do ANPP. A partir de uma metodologia da problematização, os articulistas levantam argumentos favoráveis e contrários à manutenção do instituto, com reforço da ótica da Análise Econômica do Direito.

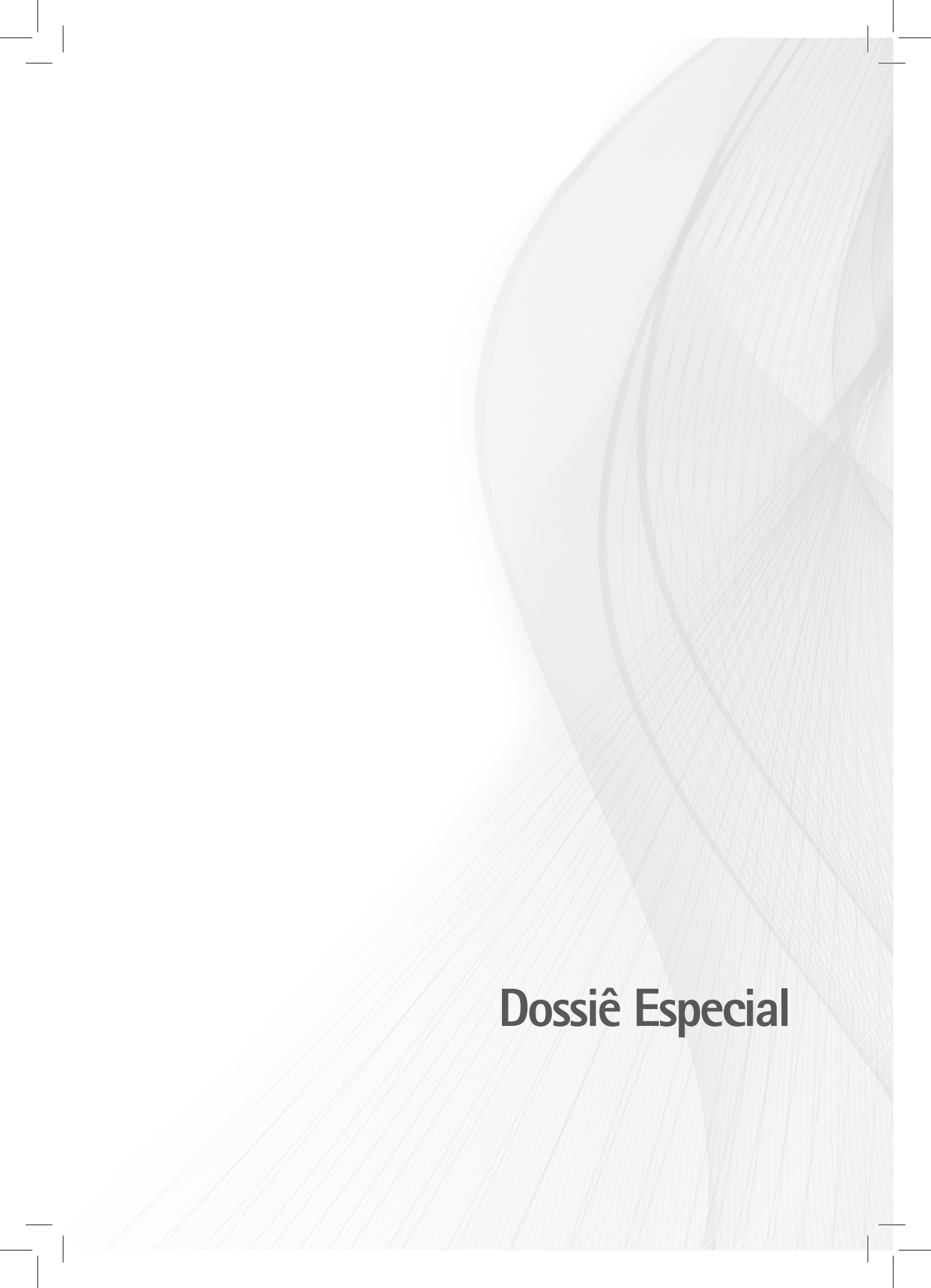
O papel da vítima no processo penal é resgatado por Cláudia Vieira Maciel de SOUSA, que propõe uma releitura do acordo de não persecução penal à luz dos direitos humanos, com expressa referência à Convenção Americana de Direitos Humanos e a Resolução 40/34 da Organização das Nações Unidas, que consagra a Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso do Poder. Com efeito, embora uma das condições que devem constar no acordo seja a reparação do dano, quando possível, o legislador se descuidou da inclusão da vítima nessa estrutura reparatória, distanciando-a, assim, de medida de restauração e de realização de justiça substancial.

Partindo de fundamentos criminológicos, Jéssica SPONCHIAPO e Daiane KASSADA desmistificam a figura do “delinquente habitual”, inserido na lei como requisito negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. As autoras provocam a análise do objeto da discussão pelos Tribunais Superiores, uma vez que não se coaduna com a proposta constitucional de um direito penal e processual penal fundados nos princípios da culpabilidade e presunção de inocência.

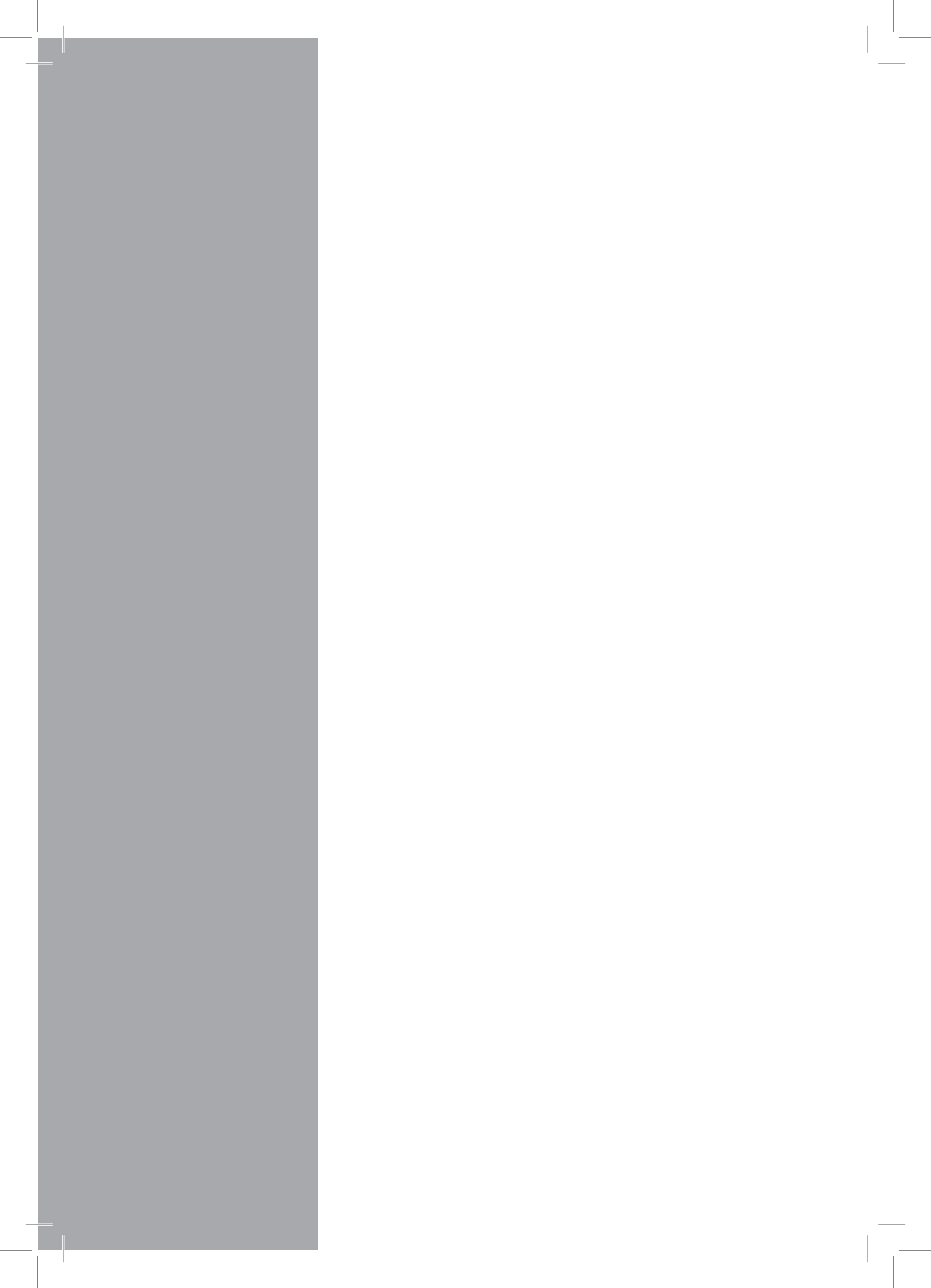
Finalmente, dois artigos apresentam temática convergente, de grande interesse teórico e prático: a reparação do dano em acordos de não persecução penal oferecidos diante de fato que, em tese, configura crime contra a ordem tributária. JANUÁRIO, de um lado, e CANI e EBERHARDT, de outro, apontam a incongruência de se exigir a reparação integral do dano como condição para oferecimento do ANPP em crimes tributários uma vez que a quitação do débito, por si só, tem por condão extinguir a punibilidade do investigado/acusado. Nestes casos, o acordo perderia completamente sua razão de ser, tornando-se mais gravoso que a solução apresentada na legislação específica que rege o tema. Por isso, a solução apresentada pelos autores visa a compatibilizar as especificidades dos crimes contra a ordem tributário com a viabilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal nesses casos, tendo em vista se tratar de instituto que confere potenciais vantagens ao sujeito da persecução penal.

Não temos dúvidas que a riqueza do material apresentado é um convite intelectual digno do leitor mais exigente, como os que despendem seu tempo nas páginas da Revista Brasileira de Ciências Criminais. Porém, para engrandecer ainda mais o trabalho, o dossiê é encerrado com entrevista concedida por Livia Sant’Anna Vaz que, para muitos, dispensa apresentações. Promotora de Justiça do Estado da Bahia, idealizadora e cofundadora do Selo Juristas Negras e nomeada, em 2020, uma das 100 pessoas de descendência africana mais influentes do mundo, na edição *Lei & Justiça (Most Influential People of African Descent – Law & Justice Edition)*, a entrevistada discorre sobre a compatibilidade do acordo de não persecução penal com a tutela penal dos crimes de racismo, com abordagem rica e interdisciplinar, que não deixa de enfrentar um dos grandes – quiçá o maior – desafio da justiça criminal brasileira desde seus tempos primordiais: a seletividade racial.

Esperamos que o conteúdo do dossiê especial possa suscitar debates e contribuir para a necessária crítica e aperfeiçoamento teórico do acordo de não persecução penal e sua efetividade enquanto instrumento de contenção dos danos promovidos pelo sistema penal, impedindo, dessa forma, que o instituto – como tantos outros – possa ser sequestrado pela resiliente estrutura inquisitória que ainda arquiteta o processo penal brasileiro.



Dossiê Especial



UMA RELEITURA DO ANPP SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS HUMANOS: A NECESSÁRIA PARTICIPAÇÃO DA VÍTIMA NA CONFORMAÇÃO DO ACORDO

*A REVIEW OF THE ANPP FROM THE PERSPECTIVE OF
HUMAN RIGHTS: THE NECESSARY PARTICIPATION OF THE
VICTIM IN FORMING THE AGREEMENT*

Acesse aqui trecho com
destaques em Visual Law



CLÁUDIA VIEIRA MACIEL DE SOUSA

Mestre em Direitos Humanos e Sistemas de Justiça pela Universidade Federal de Rondônia. Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais – PUC Minas. Pesquisadora da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – Enfam: GEPDI 6: Poder Judiciário, Direitos Fundamentais e Jurisdição Penal. Professora de Processo Penal I na Escola da Magistratura de Rondônia – Emeron. Juíza de Direito, titular da Vara Criminal e Execução de Penas da Comarca de Rolim de Moura – TJRO desde 2008.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/1203496768388665>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-0928-7872>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.135>].

cvmshls@gmail.com

Recebido em: 01.02.2022

Aprovado em: 11.04.2022

Última versão da autora: 12.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Direitos Humanos

RESUMO: Com o Acordo de Não Persecução Penal, nosso ordenamento jurídico passou a permitir que fatos criminosos tidos como de médio potencial ofensivo, e cuja apuração não esteja sujeita à arquivamento, e não envolva violência ou grave ameaça, também sejam objeto de ajuste legal entre o Ministério Público e o suposto autor do fato. Mais abrangente que a já conhecida transação penal, a nova modalidade de acordo, introduzida pela Lei 13.954/2019, traz como requisito a confissão formal e circunstancial do investigado e prevê, entre outras condições, a

ABSTRACT: With the Criminal Non-Persecution Agreement, our legal system started to allow that criminal facts considered of medium offensive potential, and whose investigation is not subject to filing and do not involve violence or serious threat, are also the object of legal adjustment between the Public Ministry and the alleged perpetrator. More comprehensive than the already known criminal transaction, the new type of agreement, introduced by Law 13.954/2019, requires the formal and circumstantial confession of the investigated and provides, among other

reparação do dano ou restituição da coisa à vítima. Contudo, não há previsão expressa da participação ativa da vítima na conformação do acordo. O presente artigo faz uma releitura do ANPP sob o enfoque dos Direitos Humanos e na perspectiva das vítimas de crimes. Sustenta que a participação ativa desta não apenas a prestigia como sujeito de direitos, mas também lhe garante efetivo acesso à justiça, sendo este compreendido como a concretude da justiça substancial. Para além dos instrumentos internacionais e jurisprudência da CIDH, destaca a Resolução 123 do Conselho Nacional de Justiça e a Agenda 2030 da ONU.

PALAVRAS-CHAVE: ANPP – Direitos humanos – Vítimas – Acesso à justiça – Justiça consensual.

conditions, for the repair of damage or restitution of the thing to the victim. However, there is no express provision for the victim's active participation in shaping the agreement. This article re-reads the ANPP from the perspective of Human Rights and from the perspective of victims of crimes. It maintains that the active participation of the latter, not only prestige him as a subject of rights, but also guarantees him effective access to justice, which is understood as the concreteness of substantial justice. In addition to the international instruments and jurisprudence of the IACHR, Resolution 123 of the National Council of Justice and the UN 2030 Agenda are highlighted.

KEYWORDS: ANPP – Human rights – Victims – Access to justice – Consensus justice.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A vítima como sujeito de direitos. 2.1. A dignidade da pessoa humana extensiva à vítima no processo penal. 2.2. A vítima à luz dos documentos e instrumentos internacionais de direitos humanos. 2.3. Recomendação 123 do CNJ – Advertência à vital internalização dos Instrumentos e Jurisprudência de Direitos Humanos. 3. A vítima no ANPP – Oportunidade de acesso à justiça pela efetiva tutela dos direitos. 3.1. Agenda 2030 e o acesso à justiça. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

A partir da Lei 13.954/2019, a legislação brasileira passou a permitir uma nova modalidade de acordo entre o Ministério Público e o autor do fato criminoso. Trata-se do instituto nomeado de Acordo de Não Persecução Penal ou ANPP. Mais abrangente que a já conhecida transação penal, ele possibilita alcançar fatos criminosos tidos como de médio potencial ofensivo.

De acordo com a redação do artigo 28-A do Código Processo Penal, o instituto pode ser entabulado para o fato criminoso em apuração, cuja pena mínima prevista seja inferior a 4 (quatro) anos e que não seja o caso de arquivamento, bem como haja a confissão formal e circunstancial do investigado e, ainda, a ação não envolva violência ou grave ameaça.

Desde a transação penal, incluída em nosso ordenamento em 1995 com a Lei dos Juizados Especiais, o acordo permitido entre MP e o suposto autor revestia-se de um caráter exclusivo de medida despenalizadora e, assim, toda a entabulação, como o exame das circunstâncias objetivas e subjetivas, levava em

consideração, primordialmente, a pessoa sobre a qual recairia a possibilidade de sofrer as agruras de um processo criminal e, ao término, a eventual imposição de uma pena, caso condenado.

Não se retira a importância do avanço representado com a Lei 9.099/95, posto que, com ela, instaurou-se em nosso ordenamento um marco para a figura do ofendido. Contudo, digno de nota que, não obstante até se reconheça que o legislador tenha incorporado a perspectiva da vítima, uma vez que previu a composição dos danos civis ao crimes de menor potencial ofensivo (art. 72), com razão Celeste L. dos Santos, ao destacar que a própria Lei compromete a boa intenção legislativa, ao prever que, frustrada a tentativa de recomposição civil, será imediatamente oferecida a transação penal de pena restritiva de direitos ou multa (Lei 9.099/95, artigo 76) (SANTOS, 2020, p. 36). Não somos contra essa possibilidade, mas, de fato, embora previsto o ressarcimento à vítima, a legislação não trouxe isso como fundamental.

De uma simples leitura do novo artigo 28-A do CPP, podemos dizer que o propósito maior do ANPP é o mesmo, ou seja, uma medida primordialmente despenalizadora. Mas, diferentemente dos institutos da transação penal e da composição dos danos civis da Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, temos agora a reparação como essencial nos casos em que há vítima certa e, obviamente, haja a possibilidade de restituir o objeto ou ainda, a reparação.

Ainda que se avenge a possibilidade de nenhuma restituição ou reparação ocorrer, visto que ainda temos essa condição como alternativa e, então, essa primeira opção poderá ser substituída por uma ou mais das alternativas sequencialmente elencadas no artigo referenciado, cremos que o Acordo de Não Persecução Penal abriu uma oportunidade ainda mais viável de se alcançar a satisfação da vítima.

Ainda assim, no entanto, precisamos avançar, pois o novo instituto precisa ser lido e aplicado sob a perspectiva de todos os sujeitos envolvidos na relação conflituosa.

Bem verdade que no ANPP, conquanto prestigia a reparação ou restituição do objeto do crime à vítima (CPP, art. 28-A, inciso I), encontramos no instituto uma questão que deve ser revista: “A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento” (CPP, artigo 28-A, § 9º). Nesse ponto, concordamos que o legislador perdeu a oportunidade de garantir à vítima, de forma expressa e incontestável, uma participação mais ativa no negócio a ser celebrado (FIGUEIREDO; DE MELO, 2021, p. 60).

Como redigido no parágrafo em questão, embora o instituto atenda ao direito da vítima à informação, direito este que já vem sendo introduzido no CPP – veja-se

a exemplo os artigos 28 e 201, § 2º – ele não garante a satisfação da vítima. Isso porque, como cediço, a repercussão do dano sofrido em razão da prática ilícita é um evento de dimensão complexa e pode transcender a simples restituição ou o valor monetário atribuído ao bem objeto da ação criminosa. E, sendo a vítima, de igual modo possuidora de dignidade, a análise e implementação do instituto devem ser feitas também sob a sua perspectiva, enquanto direito fundamental.

Não se pode perder de vista que a dignidade da vítima é respeitada e preservada não apenas quando lhe dispensam um tratamento digno, a sala de espera reservada, ou lhe concedem o direito à informação. Compreende a sua efetiva participação na resposta que o Estado oferece ao mal que lhe foi causado, pois ela também é destinatária direta da justiça (FIGUEIREDO; DE MELO, 2021, p. 56).

Já de longa data, o nosso sistema processual penal tem relegado à vítima um papel secundário no ordenamento jurídico e em especial na seara processual penal. Lembra Flaviane de Barros Monteiro que, na história, a vítima percorreu três fases bem distintas quando se trata de sua atuação perante a resolução do conflito, sendo elas nominadas por Gacía-Pablos de Molina como: fase protagonista, fase de neutralização e fase da descoberta (apud BARROS, 2008, p. 3).

Na referida divisão, hodiernamente, estamos a vivenciar a fase da “redescoberta”, também chamada de “fase de movimento dos Direitos Humanos da vítima”, sendo esta última terminologia defendida por alguns autores, como Alline Pedra Jorge (2005, p. 11), como mais apropriada, pois não se está a discutir o reativamento daquele protagonismo da remota época da vingança privada.

Outrossim, o movimento atual não tem a pretensão de prejudicar ou pôr em risco os direitos do acusado, mas sim compatibilizar a administração do conflito aos direitos da vítima, razão pela qual também concordamos com essa terminologia em detrimento da primeira.

Nessa senda, é importante avançarmos no estudo e debate sobre a posição e necessária atuação da vítima no ANPP, que é uma fase que sequer constitui processo penal, pois estamos em momento anterior ao recebimento da denúncia.

Para além, é preciso discutir quanto à possibilidade, ou o dever, de trazer a vítima para o debate dos termos do acordo, oportunidade em que ela poderá então indicar não apenas os prejuízos materiais e imateriais como apontar os meios para a restauração dos danos causados pela prática do injusto penal (SANTOS, 2020, p. 25).

Assim, imperioso respondermos à indagação: em uma releitura do instituto sob a perspectiva dos direitos humanos, portanto, sob a égide dos documentos internacionais, impõe-se a participação ativa da vítima na formulação do

acordo? Ou, ainda: deve a vítima ser previamente consultada/ouvida para que seja apurada a real extensão do dano sofrido?

Como já alertado por vários doutrinadores (SANTOS, 2020, p. 25; MAZZUTTI, 2012, p. 120; JORGE, 2005, p. 91), ninguém melhor que o ofendido para indicar o efetivo prejuízo e os meios para a restauração dos efeitos causados pela prática do injusto penal.

Temos como hipótese que a justiça pode e deve contemplar no ANPP, todos os envolvidos na relação de conflito e que tornar a vítima protagonista quando da entabulação dos termos do acordo a prestigia como sujeito de direitos, reconhecendo a dignidade que a todos deve ser atribuída.

Destacamos, ademais, que isso cumpre o postulado de conceder à vítima, de igual modo, pleno acesso à justiça, o que se alinha ao plano de ação global da Agenda 2030 (ONU, 2015). Disso decorre, inclusive, a pertinência do presente estudo, pois a Agenda 2030 estabeleceu entre 17 objetos para o desenvolvimento sustentável aquele que traz como referência a Paz, Justiça e Instituições Eficazes: no 16º objetivo está o escopo geral instituído aos países-membros quanto à promoção de sociedades pacíficas e inclusivas, proporcionando a todos o acesso à justiça e “construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas a todos os níveis”.

Para mais, tem-se ainda que se destacar a recente orientação do Conselho Nacional de Justiça, que recomendou a todos os órgãos do Poder Judiciário que observem os tratados e convenções internacionais de Direitos Humanos vigentes ao Brasil e, ainda, utilizem a “jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas” (CNJ, Recomendação 123, de 07 de janeiro de 2022).

A metodologia utilizada nesta pesquisa está adstrita à análise qualitativa efetivada a partir da revisão bibliográfica, documental e descritiva. Quanto à natureza, trata-se de uma pesquisa aplicada com objetivos exploratórios, descritivos e explicativos.

O trabalho está dividido em duas partes. Em um primeiro momento, desenvolve a asserção da vítima como sujeito de direitos e trabalha a questão da dignidade da pessoa humana como um dos seus direitos fundamentais que devem ser respeitados e assegurados tanto dentro do processo penal como nos procedimentos investigatórios que a ela forem afetos.

Ainda na primeira parte, o artigo traz ao debate documentos e instrumentos Internacionais de Direitos Humanos, fazendo especial menção à jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, para então destacar a recente

Recomendação 123 do CNJ, que orientou os órgãos do Poder Judiciário brasileiro à observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da CIDH.

Em um segundo momento, o trabalho traz-se à lume a participação ativa da vítima no ANPP como concretude do ideal de acesso à justiça para todos, que é aspirado na Agenda 2030 da ONU, em um dos objetivos para o desenvolvimento sustentável: o OODS 16.

À guisa de conclusão, alinha-se à compreensão da importância da participação da vítima na conformação do acordo e da relevância dessa participação no processo de pacificação social e efetivação da justiça.

Perfilhando entendimento já esposado em outros trabalhos, corrobora o entendimento de que a expropriação do conflito pelo Estado não pode afetar os direitos das vítimas, consistentes em receber um tratamento digno no processo, direito à informação, ser ouvida e receber ressarcimento e reparação pelos prejuízos e danos sofridos.

2. A VÍTIMA COMO SUJEITO DE DIREITOS

Como já destacado no tópico anterior, algumas alterações introduzidas no Código de Processo Penal contemplaram a vítima. Contudo, essas inovações, e aqui fazemos referência especialmente às Leis 11.690 e 11.719, ambas de 2008, não foram concebidas sob uma perspectiva adequada, posto que puseram a vítima submetida ao interesse público, ignorando-a como sujeito de direitos e, principalmente, em um Estado Democrático de Direito (BARROS, 2013, p. 324).

Em uma análise crítica a essas mudanças, Flaviane Barros destaca que, até mesmo em relação à reparação dos danos, a Lei regulamentou o direito fundamental da vítima a uma noção de pena acessória, fazendo, com isso, que a reparação se convertesse em um *plus* à pena de prisão, portanto, mais afeto ao direito penal que ao direito civil. Ainda de acordo com a professora, as mudanças deveriam compreender a vítima como sujeito de direitos e objetivar a sua real satisfação, o que só poderá ser possível com a participação ativa na resolução do conflito (BARROS, 2013, p. 311).

Necessário, assim, pensar e concretizar um direito que, ainda que de natureza cível, ocorra de forma plena no processo penal ou seara criminal – se ainda não se constituiu em processo. Dito de outra forma, não se pode limitar que o interesse de reparação da vítima esteja a depender de uma ação civil ex-delito, ou que a reparação concedida à vítima seja a concedida de forma precária de modo que se considere apenas como antecipação de um dano que será adiante liquidado.

Como também adverte Anderson Burke, no paradigma do Estado Democrático de Direito, é preciso dar à vítima o reconhecimento, a tutela e a promoção de seus direitos e garantias fundamentais que lhe são assegurados na Constituição Federal (BURKE, 2019, p. 107).

Concordamos e asseveramos que isso só será possível de alcançar se rompermos com a visão e o modelo tradicional do sistema processual até então vigente.

Ainda nas lições de Anderson Burke, no novo paradigma da justiça para o direito penal moderno, a vítima ocupa papel fundamental e a violação de seus bens jurídicos impõe seja priorizada a justa reparação, de modo que:

“O sofrimento e violação às vítimas passa a ser mais grave do que a violação à norma do soberano. O prejuízo sofrido pela vítima, ou seja, seu direito fundamental à reparação civil passa a ser considerado pelas novas formas de se pensar a justiça penal” (BURKE, 2019, p. 117).

É preciso romper com antigos paradigmas e pensar o processo penal eficiente e constitucional, que respeita a dignidade de todos os afetados pelo crime e que caminha na satisfação da plena justiça.

Em uma perspectiva contemporânea do sistema penal, o processo penal precisa ser eficiente e não pode, a pretexto de formas engessadas, perpetuar um modelo que dificulta o pleno acesso da vítima à justiça.

Os avanços alcançados pelo movimento vitimológico já evidenciaram que a vítima direta ou, ainda, aquele que de alguma forma se vê prejudicado pela ação criminosa, precisa receber da justiça criminal um tratamento digno, e é dever da Justiça garantir e facilitar-lhe o acesso. Para que isso ocorra, a vítima precisa ser efetivamente ouvida, principalmente nos momentos em que se discute o valor do efetivo prejuízo.

Com o novo Código de Processo Penal, considerando o substitutivo apresentado e, se aprovado, ao menos nesse momento de formatação do Acordo de Não Persecução Penal, a vítima participará ativamente e isso, cremos, aumentará consideravelmente as chances de sua reparação. Confira-se a proposta apresentada:

“Substitutivo ao Novo CPP: Art. 39. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos de privação de liberdade, o suposto autor do fato, assistido por advogado ou defensor público, poderá propor, ao Ministério Público, a celebração de acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

§ 1º Havendo consenso entre o suposto autor do fato e o Ministério Público quanto à viabilidade de celebração do acordo, será realizada audiência de composição de danos com a vítima, na sede do Ministério Público. Em caso de infração penal que afete interesse transindividual, como o meio ambiente, o Ministério Público proporá a composição civil.”

Sob a perspectiva do Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais devem ser lidos sob uma ótica da modernidade global, razão pela qual não podem mais ser compreendidos como um direito individual, ou mesmo como direito social. Vai além, estando vinculado à fraternidade, como forma de reconhecimento mútuo de direito o que ascende todos os indivíduos como sujeitos de direitos (BARROS, 2013, p. 316).

“Logo, a ordem política democrática, para garantir que todos possam participar do discurso, exige que todos os interlocutores, sujeitos de direitos, tenham seus direitos fundamentais garantidos e exerçam sua soberania cidadã. Nesse contexto, a relação entre o direito e a política é mediada pela Constituição no que se refere aos Estados e na ordem internacional pelos tratados, em especial, os relacionados aos direitos humanos” (BARROS, 2013, p. 317).

De fato, não se justifica mais preterir a vítima de uma participação ativa no processo ao fundamento de que o conflito foi expropriado pelo Estado, posto que ignorá-la, bem como os danos efetivamente sofridos, constitui violação da sua dignidade. E é justamente sobre a dignidade da pessoa humana que vamos tratar a seguir.

2.1. A dignidade da pessoa humana extensiva à vítima no processo penal

Nossa Constituição Federal estabelece como uma das bases dos princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88) e, como princípio constitucional, é fundamento do Estado Democrático de Direito, razão pela qual o Estado é o principal garante e tem a promoção como incumbência. Além disso, estabeleceu a prevalência dos Direitos Humanos como um dos princípios que regerão o país nas relações internacionais (artigo 4º, inciso II).

O processo penal, como instrumento da jurisdição para a efetivação da justiça penal, tem, entre outros preceitos, o de assegurar a plena efetividade das garantias e direitos individuais estabelecidos constitucionalmente ou garantidos por tratados internacionais dos quais o país é signatário.

Entre esses direitos está a Dignidade da Pessoa Humana, que, para Ingo Salet, dada a concepção multidimensional, impõe ao Estado a tarefa de preservar a

dignidade existente, como também a referida promoção, e, ainda, criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição. O professor lembra ademais a fórmula desenvolvida por Dürig, para quem a dignidade da pessoa humana se vê violada quando uma pessoa é tratada como uma coisa, “em outras palavras, sempre que a pessoa venha a ser descaracterizada e desconsiderada como sujeito de direitos” (2015, p. 65,69).

A Dignidade da Pessoa Humana no âmbito do processo penal, como asseverado por Roger de Melo Rodrigues, deve alcançar também a vítima, sob pena de se incorrer em grave injustiça, deixando-a ao desamparo e com sua dignidade exposta e vilipendiada. (RODRIGUES, 2014, p. 18). Como adverte o autor:

“A Dignificada da Pessoa Humana, em razão de sua natureza axiológica, desenvolve-se conforme perpassar das circunstâncias históricas. E hoje, após a influência do movimento vitimológico, a dignidade da vítima sobressai, exigindo cada vez mais um amparo mais efetivo e não meramente tópico.

Essa maior incidência do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sobre o processo penal compreendo não somente a tutela do acusado, mas também a novel tutela da vítima, que ainda se acha em desenvolvimento, terá por condão consolidar a humanização do processo penal, deflagrada pelo penalismos ilustrado, que precisará ter como foco um conflito humano, priorizando a solução real desse conflito, ao atentar para os problemas, anseios e interesses das pessoas reais envolvidas (acusado, vítima e coletividade), em detrimento de uma mera resposta jurídico-firmal abstrata.”

Firmes na concepção da vítima como sujeito de direitos no processo penal, sendo-lhe, portanto, atribuídos direitos e garantias para esse exercício, não podemos ignorar os seus reais interesses quando comparece na justiça criminal, que, muitas vezes, não corresponde exatamente à questão da aplicação da Lei como sanção/retribuição ao ato sofrido. Aliás, há casos em que a vítima, independentemente da gravidade do crime, não anseia a punição do autor. O desejo sempre presente das vítimas é: não se ver novamente em situação semelhante; ter ressarcido o dano; e ter aplacada a dor/o sofrimento que lhe foi impingida/o.

Não olvidemos, ademais, que em muitos casos a vítima sequer deseja estar presente no sistema de justiça criminal, pois a fase de apuração, seja preliminar ou não, em alguns casos, pode constituir uma revitimização. Falta de informação, insegurança, exposição de sua fragilidade e hipossuficiência, como a desatenção a sua especial condição de vítima, tornam-na mera participante a serviço do Estado.

Conquanto não se possa, em vários casos, conferir à vítima o poder de encetar ou não a perseguição penal, quando ela é ignorada como sujeito de direitos, sua dignidade é depreciada.

Hodiernamente, já vivenciando os avanços do movimento vitimológico, a dignidade da vítima sobressai, de modo que sua figura não pode mais compor o processo como mera colaboradora. A gestão do conflito expropriado pelo Estado impõe seja priorizado uma solução real, atenta aos problemas, anseios e interesses das pessoas reais envolvidas (RODRIGUES, 2014, p. 59).

Anote-se que todos que já foram vítimas de algum crime, seja com violência ou não, já experimentaram o sentimento amargo de íntimo vilipêndio. A surpresa por um furto em uma residência, por exemplo, expõe uma vulnerabilidade que repercute em uma intranquilidade que pode perdurar dias. De vários outros crimes, consequências mais graves decorrem. Não se olvide, portanto que todo crime impõe à vítima uma dor que interfere na sua paz, tranquilidade e que, em alguns casos, requer sejam submetidas a tratamentos medicamentosos ou terapêuticos para devolver à vítima uma qualidade de vida. Por isso, o sistema de justiça não pode relegá-la e a humanização do processo criminal, para reconhecer como dignas todas as pessoas envolvidas, é o primeiro passo.

O que todo cidadão cumpridor dos seus deveres espera é que um tratamento digno também lhe seja assegurado, assim como que a medida de justiça seja eficiente no sentido de não apenas declarar a quebra da norma, mas que esta seja eficaz, compreendendo-se, aqui, devolver-lhe, quando possível, o bem jurídico ou, nos casos de impossibilidade, o correspondente ressarcimento – ou o que for mais aproximado possível – como também a reparação pelo trauma do ilícito.

É verdade que nosso ordenamento interno, aqui nos referimos ao Código de Processo Penal, conduz-nos a uma compreensão limitada do papel da vítima no sistema de justiça criminal. Contudo, vejamos como ela é compreendida nos instrumentos internacionais de Direitos Humanos e os direitos que lhe são assegurados.

2.2. *A vítima à luz dos documentos e instrumentos internacionais de direitos humanos*

A pessoa da vítima, como qualquer outra e, seja qual for a posição que esteja ocupando no processo, merece respeito e consideração. Deve ter preservada a sua dignidade e, pela situação que se encontra, deve ser protegida contra qualquer tipo de violência, inclusive da violência institucional. Para mais, ela deve ter a oportunidade de exercer direitos sobre a relação que lhe afeta.

A Declaração Universal do Direitos Humanos, de 10 de dezembro de 1948, estabelece que todos são iguais em dignidades e direitos, assegurando-lhes igual proteção do Estado e impõe um dever de fraternidade entre todos os seres humanos (artigo 1º).

E, na perspectiva de salvaguarda e promoção dos Direitos Humanos, alcançando-se aqui os direitos humanos das vítimas, imperioso destacarmos a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), conhecida como Pacto de San José da Costa Rica. Em vigor desde 18.07.1978, ela instituiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH).

O Brasil, juntamente com outros 34 países independentes das Américas, ratificou a Carta da OEA e pertence à Organização, sendo, inclusive, membro original, pois, à época de sua constituição, esteve reunido em Bogotá para a assinatura da Carta da OEA (MAZZUTTI, 2015, p. 85).

Com competência para julgar qualquer caso em que um Estado-membro venha a violar direito ou liberdade assegurada, ela consagra, ainda, o direito de petição individual, tendo sido disciplinado no Regulamento da CIDH (artigo 23) a forma de participação das supostas vítimas (MAZZUTTI, 2015, p. 86).

Flávia Piovesan, em sua obra sobre Direitos Humanos e Direitos Constitucional Internacional, destaca 98 casos em que o Brasil foi acionado na Corte entre os anos de 1970 e 2008 (PIOVESAN, 2010, p. 318). Entre eles está o caso Favela Nova Brasília vs. Brasil, cujo primeiro peticionamento ocorreu em 1995 e a sentença foi exarada aos 16 de fevereiro de 2017.

No julgado retrocitado, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (parágrafo 238) consignou-se que no processo penal brasileiro as vítimas e seus familiares não possuem um verdadeiro acesso à justiça. Consoante a decisão, a vítima é tratada como mera testemunha e o papel permitido às vítimas diretas ou os familiares das pessoas vitimadas é insignificante, o que acaba contribuir para a violação dos seus direitos no processo.

Infelizmente, o Brasil tem muito a avançar. Não obstante as expectativas que surgem em relação a alguns progressos legislativos, normativos internacionais e as orientações das Cortes de Direitos Humanos, a realidade por aqui ainda deixa muito a desejar.

Como destacado no trabalho de Daniel Lozoya C. Lopes, a despeito dos avanços teóricos alcançados, premente a necessidade de que ocorram ainda muitas mudanças e implementações, pois é fundamental garantir às vítimas o pleno acesso à Justiça, com a participação em todas as fases do processo. Nesse desiderato, apontam os autores que o direito internacional dos direitos humanos

“é manancial seguro para esse desenvolvimento qualitativo e emancipatório” (LOPES; et al., 2018, p. 19).

Entre os documentos das Organização das Nações Unidas, vale destacar a Resolução 40/34, adotada por unanimidade pela Assembleia-Geral em 29 de novembro de 1985. Trata-se da Declaração dos Princípios Básicos de Justiça relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso do Poder.

Nessa Declaração, além de ser aclarado quais pessoas devem ser compreendidas como vítimas da criminalidade e vítimas de abuso de poder, traz ainda os tipos de danos que podem ser sofridos e destaca o direito ao acesso à justiça e tratamento justo, o direito à reparação, indenização e assistência.

Vanessa De Biassio Mazzutti chama atenção para o artigo 6º da Declaração, o qual apresenta propostas para a melhoria do Judiciário para a adequada satisfação das vítimas, destacando:

“informação quanto à possibilidade de recursos e acompanhamento dos processos; prestação de assistência ao longo do processo; tomada de medidas para minimizar as dificuldades encontradas pelas vítimas, protegendo sua vida privada e segurança, assim como de sua família e, finalmente, evitando demoras desnecessárias na resolução das causas que concedam indenização” (2015, p. 82).

A professora Mazzutti ainda destaca que, seguidamente à Declaração dos Princípios retro citados, em maio de 1996, a comissão de prevenção do delito e justiça penal das Nações Unidas (CCPCJ) adotou a Resolução do Conselho Econômico e Social quanto ao desenvolvimento de um manual sobre o uso e aplicação da declaração. Advieram assim o “Manual sobre justiça para as vítimas” e o “Guia para planejamento de políticas” (MAZZUTTI, 2012, p. 82).

Seguindo em ordem cronológica os avanços na esfera internacional, fazemos agora destaque ao Estatuto de Roma (1998) que, além de importante instrumento de efetivação da Declaração e Princípios estabelecidos na Resolução 40/34, alçou a vítima de testemunha à sujeito do processo, constituindo, assim, um grande avanço na luta pelo reconhecimento da vítima no processo penal.

O Estatuto de Roma, vale lembrar, criou o Tribunal Penal Internacional, que, consoante o artigo 1º, é um tribunal permanente, “com jurisdição sobre as pessoas responsáveis pelos crimes de maior gravidade e alcance internacional e é complementar às jurisdições penais nacionais”. O Estatuto foi promulgado no Brasil através do Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002.

Outro documento importante é a Resolução 60/147, adotada pela Assembleia-Geral em 16 de dezembro de 2005 e que constitui os Princípios e Diretrizes

Básicos sobre o Direito a Recurso e Reparação para Vítimas de Violações Graves do Direito Internacional dos Direitos Humanos e Violações Graves do Direito Internacional Humanitário, também conhecidos como “Princípios de Van Boven/Bassiouni”.

Com o objetivo de auxiliar as vítimas, bem como seus representantes no acesso à Justiça e reparação, a Resolução, que traz uma definição abrangente de vítima, elenca 27 princípios e constitui orientação aos Estados para o respeito e a implementação do Direito Internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional Humanitário e ainda os concita à adoção políticas públicas de reparação.

Conquanto se reconheça que a Resolução não possui caráter vinculativo, vale destacar que ela foi recomendada pela Assembleia-Geral e, por ter sido adotada pelos Estados-Membros da ONU, delinea um dever que constitui a todos.

Nessa Resolução são trazidas cinco modalidades, complementares entre si, de remédios jurídicos correspondentes ao dever reparatório: restituição (princípio 19); compensação (princípio 20); reabilitação (princípio 21); satisfação (princípio 22); e garantias de não repetição (princípio 23). Daniel Lozoya C. Lopes (LOPES, et al., 2018, p. 23), além de citar essas modalidades, traz ainda vários julgados da Corte IDH nos quais houve condenações em que essas modalidades foram aplicadas, inclusive casos envolvendo o Brasil, como a exemplo do Caso Ximenes Lopes; Caso Escher e outros; Caso Gomes Lund e outros.

Por fim, fazemos referência ainda a outras resoluções da ONU que abordaram a problemática alusiva os direitos das vítimas em diversas categorias: Declaração da Eliminação da Violência contra Mulher (1993); Princípios Básicos para Aplicação de Programas de Justiça Restaurativa em Matéria Penal (2002); entre outras.

Novamente lembrando de Flávia Piovesan, que, com razão, destaca que os documentos internacionais de direitos humanos têm o potencial de contribuir significativamente na promoção dos direitos humanos no Brasil. Contudo, conforme adverte a professora:

“[...] o sucesso da aplicação deste instrumental internacional de direitos humanos requer a ampla sensibilização dos agentes operadores do direito, no que se atém a relevância a utilidade de advogar esses tratados perante as instâncias nacionais e internacionais, o que pode viabilizar avanços concretos na defesa dos exercícios dos direitos da Cidadania” (PIOVESAN, 2018, p. 110.).

E é justamente comungando do entendimento da professora que vamos, discorrer sobre, no tópico a seguir, a recentíssima Recomendação do Conselho Nacional de Justiça.

2.3. *Recomendação 123 do CNJ – Advertência à vital internalização dos Instrumentos e Jurisprudência de Direitos Humanos*

Esteada na Declaração Universal dos Direitos Humanos e fazendo referência à Constituição Federal que, entre outros dogmas, preconiza como um dos princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, bem como a prevalência dos direitos humanos nas relacionais internacionais (artigo 1, inciso III, c/c arts. 3º e 4º, inciso II, da CRFB), o Conselho Nacional de Justiça, através da Recomendação 123, de 07 de janeiro de 2022, propôs a todos os órgãos do Poder Judiciário a observância dos Tratados e Convenções internacionais de Direitos Humanos e, ainda, a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, “bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas” (artigo 1º, inciso I).

A Recomendação embasou-se, ainda, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), promulgada no País através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, que dispõe a obrigatoriedade dos Estados partes em respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir o livre e pleno exercício de toda pessoa sujeita à jurisdição, sem qualquer tipo de discriminação, bem como o compromisso de cumprir as decisões da Corte em que o País for parte.

Para além de recomendar a observância dos tratados, de igual modo, orientou quanto à priorização do julgamento dos processos que, conquanto versem sobre condenações do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ainda estejam em tramitação, pendentes de cumprimento integral da reparação material e imaterial das vítimas de violações a direitos humanos determinadas (artigo 1º, inciso II).

O festejado ato do Conselho Nacional de Justiça serve como um alerta a todos os juízes. Como já havia sido destacado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Almonacid Arellano e outros vs. Chile*, sentença de 26 de setembro de 2006, e parcialmente colacionado pela Professora Flávia Piovesan, em sua obra *Temas de direitos humanos*:

“Quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a zelar para que os efeitos dos dispositivos da Convenção não se vejam mitigados pela aplicação de leis contrárias a seu objeto, e que desde o início carecem de efeitos jurídicos. [...] o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de ‘controle de convencionalidade das leis’ entre as normas jurídicas internas que aplicam nos casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter

conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana” (2018, p. 97).

No mesmo livro, Piovesan faz menção ainda à escassez de julgados do Supremo Tribunal Federal nos quais se implementa a jurisprudência da Corte Interamericana (nota 28, p. 1086). Conforme pesquisa da professora, até março de 2010 havia somente dois casos.

Contudo, apesar da inópia referência, em um julgado de 12 de março de 2008, da lavra do Ministro Celso de Mello (HC 87.585-8), já se reconhecia a importância dos tratados e convenções internacionais:

“O Poder Judiciário constitui o instrumento concretizador das liberdades constitucionais e dos direitos fundamentais assegurados pelos tratados e convenções internacionais subscritos pelo Brasil. Essa alta missão, que confiada aos juízes e Tribunais, qualifica-se como uma das mais expressivas funções do Poder Judiciário. [...] É dever dos órgãos do Poder Público – e notadamente dos juízes e Tribunais – respeitar e promover a efetivação dos direitos humanos garantidos pelas Constituições dos Estados nacionais e assegurados pelas declarações internacionais, em ordem a permitir a prática de um constitucionalismo democrático aberto ao processo de crescente internacionalização dos direitos básicos da pessoa humana” (apud PIOVESAN, 2018, p. 95).

Dessarte, além dos Tratados e Convenções Internacionais, a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos constitui fonte importante que não apenas evidencia as deficiências sistêmicas que afetam dignidade e direitos fundamentais e humanos, tais revelam providências que podem e devem ser entendidas a casos cujos direitos de igual modo mostrarem-se violados.

Entre os casos já julgados pela CIDH que envolvem o Brasil, inicialmente mencionamos o caso Escher, julgado em 06 de julho de 2009. Os fatos envolveram a interceptação e o monitoramento ilegal de linhas telefônicas de trabalhadores rurais e a divulgação indevida das conversas telefônicas, bem como a denegação da justiça e da reparação adequada às vítimas. A Corte Interamericana reconheceu a violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais), 11 (vida privada, honra e reputação), 16 (Liberdade de Associação) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana (MOURA, 2018, p. 174).

Outro caso que vale registrar é o caso Garibaldi, que foi julgado em 23 de setembro de 2009. Neste, a Corte Interamericana reconheceu a responsabilidade do Estado brasileiro por violação dos artigos 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção

Judicial) da Convenção Americana e condenou o Brasil a, entre outras medidas, o pagamento a título de dano moral e material às vítimas, que no caso eram os parentes da pessoa assassinada (MOURA, 2018, p. 173).

Como destacado por Rafael Osvaldo Machado Moura, nesses julgados, não obstante as medidas impostas alcançam apenas o caso concreto, algumas delas podem ser tidas como referência e podem ser invocadas, pelo princípio da igualdade, em casos semelhantes e, ademais, podem ensejar influências inclusive sobre políticas públicas no Brasil (2018, p. 176).

Finalizamos este tópico pontuando que o que se espera é que essas condenações da Corte Interamericana, que têm evidenciado as falhas do sistema brasileiro e o censurável tratamento dispensado à vítima no processo penal, expondo o País a vexame internacional, sirvam para além da reflexão, mas também impulsionem mudanças que resultem em ampliação de acesso à justiça e sua efetividade.

As reiteradas condenações, a pouca utilização de tratados, convenções e jurisprudências da CIDH denotam o inusual controle de convencionalidade, bem como a incompreensão da hierarquização dos direitos humanos.

Como estamos em um caminhar, e dele só podemos conceber avanços, precisamos realizar as releituras que são necessárias para a justa resignificação dos papéis existentes no processo penal, bem como dos institutos que, por mais inovadores que aparentam, não atendem plenamente aos direitos humanos. O ANPP precisa passar por essa releitura para que constitua instrumento e oportunidade de acesso à Justiça, também para a vítima.

3. A VÍTIMA NO ANPP – OPORTUNIDADE DE ACESSO À JUSTIÇA PELA EFETIVA TUTELA DOS DIREITOS

O ANPP, como já registrado, traz em si uma valiosa oportunidade de concretizar não apenas a participação efetiva da vítima no pacto que representa a resposta estatal ao ato ilegal praticado, como também possibilitará a reparação da vítima, e isso nos moldes mais próxima do justo valor.

Para Figueiredo e Melo, a presença da vítima na conformação do acordo “é o primeiro passo para a efetivação da justiça de fato restaurativa” (2021, p. 56). Os autores lembram que, na compreensão de justiça restaurativa, feita tanto pela ONU como para o Conselho Nacional de Justiça, trata-se de uma oportunidade de “construção do relacionamento, reconciliação e o desenvolvimento de acordos concernentes a um resultado almejado entre vítima e ofensor” (ob. cit.).

Assim, também por essa razão, qual seja, a oportunidade de trabalhar e reequilibrar as relações sociais e ainda oportunizar a satisfação de todos os envolvidos, não justifica, como fez a Lei 13.964/2019, que introduziu o ANPP no Código Processual Penal, conceder à vítima apenas o direito de ser intimada da homologação do acordo.

Ou seja, como está no CPP, a vítima não participa no momento da formulação dos termos do acordo, tampouco é ouvida pelo juiz na ocasião da homologação. E, quando é cientificada, pode ser surpreendida com um acordo que prevê reparação que não cobre totalmente os prejuízos sofridos, ou pode, ainda, ficar desassistida em outras questões que poderiam ser discutidas e atendidas. Isso é possível, pois não se ignora que podem estar insuficientes elementos no inquérito policial e, mesmo assim, o representante do Ministério Público não adotar medidas para consultar previamente a vítima.

Ainda que o Código de Processo Penal não preveja a participação ativa da vítima nesse momento, vale destacar trecho da sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no Caso Nova Brasília, em que determinado trecho é destacado:

“238. A respeito do direito dos familiares de participar de todas as etapas dos respectivos processos, a Corte lembra que isso significa a possibilidade de apresentar sugestões, receber informações, anexar provas, formular alegações e, em síntese, fazer valer seus direitos. Essa participação deverá ter por finalidade o acesso à justiça, o conhecimento da verdade dos fatos e a eventual concessão de uma justa reparação. A esse respeito, o perito Weichert declarou que a vítima no processo penal brasileiro tem uma posição secundária e é tratada como mera testemunha, carecendo de acesso à investigação. A falta de disposição legal no ordenamento jurídico brasileiro impede a possibilidade de que as vítimas ou seus familiares participem ativamente da fase de investigação, limitando-as à fase judicial, o que violou o direito dos familiares das pessoas mortas em 18 de outubro de 1994 de participar dessa investigação” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, *on-line*).

Atentas a essa questão, algumas Corregedorias dos Ministérios Públicos, embora a ausência da Lei, expediram recomendações para que seus membros, antes de firmarem os acordos de não persecução, ouçam as vítimas sobre o quantum indenizatório, cujo contato pode ser feito por qualquer meio de comunicação, seja telefone, mensagem, *e-mail*, seja pessoalmente (FIGUEIREDO; DE MELO, 2021, p. 65).

Em contato com a pesquisadora Isabelle R. Valença Figueiredo, que é coautora de trabalho referenciado no parágrafo anterior, obteve-se a notícia de que o

Ministério Público dos Estados de São Paulo, Pernambuco, Minas Gerais, Santa Catarina e Tocantins informaram a edição de recomendação nesse sentido.

No Estado de Rondônia, conforme pesquisa realizada no *Diário de Justiça* eletrônico, constatou-se a Recomendação Conjunta 01/2020-PGJ/CGMP, de 27.01.2020 a orientação no seguinte sentido:

“Artigo 3º: Para celebrar o acordo de não persecução penal, o membro do Ministério Público deverá registrar nos autos de investigação a manifestação expressa acerca da possibilidade de realização de acordo, notificando o investigado para que compareça à Promotoria de Justiça, acompanhado de seu advogado/defensor, em dia e hora designados com antecedência mínima de 48 horas.

§ 1º Caso seja necessário e possível ouvir a vítima ou seus representantes para obter elementos que permitam apurar a extensão e reparação do dano ou identificar a coisa a ser restituída, observar-se-á o caput deste artigo, no que couber” (DiarioMPRO-28-01-2020-NR017).

A providência adotada pelas Corregedorias com a Recomendação é louvável, contudo, segue como uma faculdade e dependerá da sensibilidade de cada membro que pode ou não ver a necessidade, pois a perda material pode estar satisfatoriamente delineada nos autos de investigação, contudo, como cediço, há casos que os danos podem ir além dos danos patrimoniais.

Dessarte, espera-se que as mudanças legislativas ocorram de modo a reparar a omissão legislativa, pois, com isso, estar-se-á garantindo um verdadeiro acesso à justiça. E por falar em acesso à justiça, a seguir vamos tratar especificamente desse objetivo, que constitui um dos 17 estabelecidos como meta na Agenda 2030 da ONU.

Como veremos a seguir, no contexto do “ODS 16” (Objetivos de Desenvolvimento Sustentável), tem-se como escopo a busca pela pacificação social e garantia para todos do acesso à justiça, sendo que este último deve ser compreendido da forma mais ampla possível, ou seja, um acesso à ordem jurídica justa compreendida como aquela apta a conduzir à solução do conflito e à pacificação social (VIEIRA; PICCININI, 2021, p. 90).

3.1. Agenda 2030 e o acesso à justiça

Com o objetivo de elaborar um plano de ação para erradicar a pobreza, proteger o planeta e garantir a paz e a prosperidade a todos os seres humanos, diversos líderes mundiais se reuniram na sede da ONU, no ano de 2015, e elaboraram um plano que resultou na Agenda 2030.

Composta de 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (ODS), a Agenda traz uma lista de metas que, como o nome sugere, devem ser cumpridas até o ano de 2030. Entre esses 17 objetivos está o ODS 16, o qual contempla a “Paz, Justiça e Instituições Eficazes” (ONU, AGENDA 2030).

Sobre as questões a serem enfrentadas para o sucesso das metas estabelecidas na agenda, Isabelle A. Vieira e Pedro Ricardo Lucietto Piccinini destacam que o acesso à justiça e a pacificação social, que compõem o paradigma da sustentabilidade, tem como desafio a concretização da efetiva tutela dos jurisdicionados (ob. cit.).

De fato, constitui um grande desafio. Contudo, a questão cinge-se em um debate bem mais profícuo, pois o acesso à justiça, temática muito bem trabalhada por Rebecca Igreja e Talita Rampin, envolve a própria concepção do que é justiça, a pluralidade de sentidos que dela denota e as variantes que a permeiam, como também o que constitui o termo “acesso à justiça” (2021, p. 195).

Como destacam as pesquisadoras, o acesso à justiça “costuma ser compreendido apenas como acesso ao poder judicial, delimitando sua potencialidade em responder os desafios atuais de nossa sociedade” (2021, p. 194). Contudo, adverte, um estudo mais acurado não apenas incrementa o juízo quanto a sua efetividade, que ganha reformulações que implicam a compreensão do que é ter acesso à justiça e a concretude, como direciona à reformulação do próprio espaço jurídico em que a justiça se realiza. Assim, pensar o acesso à justiça a todos vai além da ideia de ingresso ao poder judiciário, pois resumir a isso acaba por ignorar a dimensão social que a envolve (idem, p. 196).

Por oportuno, também fazemos referência à Deborah Rhode, que chama atenção e nos convida a refletir sobre a seguinte questão: quando trazemos à baila o tema acesso à justiça, o que, afinal, se pretende oferecer? Seria a justiça no sentido processual, ou seja, a oportunidade de apresentação de suas pretensões ao Estado-Juiz, ou a obtenção da justiça em sentido substantivo, compreendendo-se esta como a resolução justa de disputas legais e problemas sociais? (RODHE, 2013 apud IGREJA; RAMPIN, 2021).

Cremos que a primeira opção, como um objetivo independente, não pode ser a idealizada, pois até mesmo o massivo ajuizamento de ações no Poder Judiciário, além de refletir nos índices de celeridade, induz-nos a questionar sobre o que tem sido efetivamente devolvido como prestação jurisdicional.

De igual modo, operacionalizar a justiça, ignorando o alcance e todos os sujeitos envolvidos no fato, objeto de acordo ou sentença, constitui desprezo à compreensão do outro como sujeito de direitos e da sua dignidade humana.

Nessa perspectiva, temos que o ANPP, como instituto que opera no sistema de justiça, impõe a participação ativa da vítima, ambicionando-se, com isso, mais que a reparação de danos, seja material, seja imaterial, mas a própria satisfação da vítima, circunstância esta que lhe é devida pelo Estado e que, para além disso, favorece o ideal de pacificação social.

Em uma sociedade complexa como a atual e tão volátil como a que vivemos, marcada por um acentuado aumento das minorias e das vulnerabilidades, o acesso à justiça para todos, se pensado nos moldes de prestação convencional, mostra-se praticamente impossível e insuficiente para a rotulação: justiça.

À vista de tudo isso, a ilação que se faz exame conjunto de “acesso à justiça” e a construção do ANPP é a inclusão da vítima como regra, oportunizando-se assim a formatação da justiça ao caso concreto.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O entendimento de que a vítima pode e deve contribuir com a fase de entabulação do acordo, especificando os prejuízos sofridos, sejam eles materiais, sejam imateriais e, trazendo se o caso, os comprovantes de gastos suportados em razão do fato, bem como o fato de ser-lhe dada voz e oportunidade de se fazer presente, falar e ser ouvida, alinha-se à compreensão de efetivo de acesso à justiça, compreendendo-se este como a oportunidade de justiça substancial.

Disso decorre que ela pode obter não apenas o ressarcimento do valor do objeto que pode ser sido perdido ou parcialmente danificado, fato este que diminui o valor do bem, como pode também pode ser reparada de gastos com uma recuperação de um imóvel, o que é comum em casos de furto por exemplo, ou ainda um tratamento psicológico.

Ouvindo a vítima, oportuniza-se a igualdade sistêmica entre os envolvidos no conflito, com um equilíbrio na racionalização dos direitos, favorecendo, assim, a pacificação social e construção de uma sociedade solidária. E sua participação, vale registrar e repisar, não põe em risco os direitos do acusado que, de igual modo, devem ser resguardados e respeitados.

O acesso à justiça, na perspectiva da vítima, deve ser compreendido como o reconhecimento e efetivação também dos seus direitos. E, na esteira desse entendimento, é dar-lhe a oportunidade de ser ouvida e, em se tratando do Acordo de Não Persecução Penal, é oportunizar sua efetiva participação na entabulação dos termos que, se cumpridos, obstarão o início do processo criminal. Portanto, deve ser dada a ela a oportunidade de ir além do fornecer elementos a clarificar os danos materiais e imateriais sofridos.

Anote-se que a participação ativa da vítima nessa fase não processual oportuniza também apurar a necessidade de atendimento multidisciplinar, como serviços psicossociais, assistência à saúde, ou quaisquer outros que podem ser até mesmo atendidos pelo próprio Estado, salvaguardando-se, assim, a previsão constante no artigo 201, § 5º do CPP, pois, via de regra, ou seja, em se cumprindo os termos do acordo, o que impedirá o oferecimento da denúncia, não haverá mais o exame pelo juiz quanto à necessidade de encaminhamento da vítima para os atendimentos especializados.

Ademais, ainda que tais não sejam passados para custeio do investigado, a participação oportunizará que o próprio representante do Ministério Público efetive a requisição do serviço diretamente ao órgão, caso a vítima tenha sido de alguma forma preterida, ou sequer tenha tido ciência do direito que lhe assiste. Doutro norte, a depender do caso e das possibilidades (a exemplo: oferta na rede pública; possibilidade financeira do investigado) poderá pôr nos termos do acordo, ficando o custeio à cargo deste.

Por tudo isso, conclui-se que, em uma releitura do ANPP sob o enfoque dos Direitos Humanos, à vítima pode e deve ser assegurada a participação ativa. Para tanto, deve ser previamente consultada sobre seu interesse em fazer-se presente e ser ouvida nas suas necessidades e danos.

5. REFERÊNCIAS

- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. A Vítima de crimes e seus direitos fundamentais: seu reconhecimento como sujeito de direitos e sujeito do processo. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 13, p. 309-334, jan.-jun. 2013.
- FIGUEIREDO, Isabelle Rocha Valença; DE MELO, José Wilson Rodrigues de Melo. Consenso no processo penal: a necessária participação da vítima no acordo de não persecução. *Revista Esmat*, Palmas, 2021. Disponível em: [http://esmat.tjto.jus.br/publicacoes/index.php/revista_esmat/issue/view/21]. Acesso em: 12.12.2021.
- FIGUEIREDO, Isabelle R. Valença. *Informação sobre consulta/pesquisa realizada*. Destinatário: Cláudia V. M. de Sousa. [S. l.] 15.12.2021. mensagem eletrônica.
- IGREJA, Rebecca Lemos; RAMPINI, Talita Dias. Acesso à Justiça: um debate inacabado. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 191-220, jul.-dez. 2021.
- JORGE, Alline Pedra. *Em busca da satisfação dos interesses da vítima penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

- LOPES, Daniel Lozoya Constant; AMADO, Fábio; GONZÁLEZ, Pedro; RÉBORA, Fábio. Os direitos das vítimas ao acesso à justiça, às garantias processuais e à reparação integral à luz do direito internacional dos direitos humanos e da jurisprudência interamericana. *Cadernos Estratégicos: análise estratégica dos julgados da Corte Interamericana dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro (Estado): Defensoria Pública Geral do Estado do Rio de Janeiro, 2018. 330p. Disponível em: [<https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/73973>]. Acesso em: 26.01.2022.
- MASIP, Mercedes Serrano. Medidas de protección de las victimas. In: HOYIOS SANCHO, Montserrat de (Coord.). *La víctima del delito y las últimas reformas procesales penales*. Navarra: Thomas Reuters Aranzadi, 2017.
- MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. *Vitimologia e direitos humanos*. O processo penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.
- MOURA, Rafael Osvaldo Machado. Julgados da corte interamericana sobre casos brasileiros e políticas públicas: reflexões acerca de possíveis influências. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 15, n. 3, p. 164-177, 2018. Disponível em: [www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/5683/pdf]. Acesso em: 27.01.2022.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *AGENDA 2030. Objetivos de Desenvolvimento Sustentável*. ONU: 2015. Disponível em: [<https://brasil.un.org/pt-br/91863-agenda-2030-para-o-desenvolvimento-sustentavel>]. Acesso em: 21.12.2021.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. Prefácio de Fábio Konder Comparato. 11. ed. rev., amp. e atual. Livro digital (E-pub) São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
- RODRIGUES, Roger de Melo. *A tutela da vítima no processo penal brasileiro*. Curitiba: Juruá, 2014.
- SANTOS, Celeste Leite dos. *Injusto penal e os direitos das vítimas de crimes*. Curitiba: Juruá, 2020.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. rev. e amp. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, 2015.
- VIEIRA, Isabelle Almeida; PICCININI, Pedro Ricardo Lucietto. Os negócios jurídicos processuais como forma de viabilizar o acesso à justiça: um olhar sobre o objetivo 16 da Agenda 2030 da ONU. *Revista da ESDM*, Porto Alegre, v. 7, n. 14, 2021. Disponível em: [<https://doi.org/10.29282/esdm.v7i14.160>].

Legislação

- BRASIL. Decreto 4.388, de 25 de setembro de 2002. Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm]. Acesso em: 20.10.2021.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 20.10.2021.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Recomendação 123 de 7 de janeiro de 2022. Recomenda aos órgãos do Poder Judiciário brasileiro a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos e o uso da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Disponível em: [https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/4305]. Acesso em: 20.01.2022.

CORTE IDH. Caso Favela Nova Brasília vs. Brasil. Exceções preliminares, mérito, reparações e custas. Sentença de 16 de fevereiro de 2017. Disponível em: [www.corteidh.or.cr/docs/casos/_rticulos/seriec_333_esp.pdf]. Acesso em: 10.12.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Direitos Humanos

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa, de Leonardo Dantas Milhomem e Antonio Henrique Graciano Suxberger – *RePro* 318/51-74; e
- Resolução consensual de conflitos criminais com aportes da justiça restaurativa, de Daniel Feitosa de Menezes e Mônica Carvalho Vasconcelos – *RBCCrim* 161/163-186.

INEXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO COMO CONDIÇÃO OBJETIVA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

INEXIGIBILITY OF PAYMENT OF TAX DUE AS OBJECTIVE CONDITION OF THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT IN TAX CRIMES

LUIZ EDUARDO CANI

Doutorando em Ciências Criminais (PUCRS), bolsista da CAPES, Mestre em Desenvolvimento Regional (UnC), Especialista em Direito Penal Econômico (UC), Especialista em Direito Penal e Criminologia (ICPC) e Graduado em Direito (FURB). Professor de Direito Penal (UnAvan).

Professor convidado de Aspectos fundamentais da investigação criminal na Especialização em Direito Processual Penal Contemporâneo Aplicado (IBRASPP/UCS). Advogado criminalista.

Lattes iD: [<http://lattes.cnpq.br/8283452898258709>].

ORCID iD: [<http://orcid.org/0000-0003-4016-5945>].

luiz@cani.adv.br

MARCOS EBERHARDT

Doutorando e mestre em Ciências Criminais pelo PPG/PUCRS. Especialista em Ciências Penais pelo PPG/PUCRS. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela PUCRS. Professor da Escola de Direito, da Especialização em Direito Penal Empresarial, da Especialização em Ciências Penais e da Especialização em Direito Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (UOL Ed.Tech).

Coordenador da Especialização em Ciências Penais e da Especialização em Direito Penal e Criminologia da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (UOL Ed.Tech). Professor convidado da Especialização em Direito Penal e Processo Penal da UNISINOS e da Especialização em Advocacia Criminal da UPF. Conselheiro Seccional da OABRS. Ocupou a vice-diretoria da Escola Superior de

Advocacia – ESA/OABRS. Advogado criminal desde 2003 em Porto Alegre.

Lattes iD: [<http://lattes.cnpq.br/7184558679849104>].

ORCID iD: [<https://orcid.org/0000-0001-9454-011X>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.101>].

marcos@marcoseberhardt.com.br

Recebido em: 15.12.2021

Aprovado em: 07.04.2022

Última versão dos autores: 22.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Tributário

RESUMO: Neste artigo, analisa-se a situação *sui generis* do acordo de não persecução penal nos crimes tributários decorrente da condição geral de reparação integral do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo, concomitantemente à existência de previsão legal de extinção da punibilidade em caso de pagamento integral do tributo devido. Para dar cabo dessa tarefa, inicia-se situando a introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, passa-se à análise do acordo de não persecução penal, chega-se à discussão acerca dos efeitos do pagamento e do parcelamento tributários para, ao final, tensionar a condição geral objetiva e a causa extintiva da punibilidade. O objetivo geral é iluminar a situação quase antinômica e propor uma solução que não extrapole o papel da doutrina nem demande alterações legislativas. Utiliza-se o método de abordagem indutivo, com consulta a fontes bibliográficas e documentais. Este trabalho justifica-se pela tutela das liberdades fundamentais diante da má técnica legislativa que culminou nessa situação complexa, bem como pela possibilidade de apontar uma solução constitucionalmente fundada.

PALAVRAS-CHAVE: Persecução penal – Crime tributário – Pagamento do tributo – Parcelamento do tributo – Acordo de não persecução penal.

ABSTRACT: This article analyzes the *sui generis* situation of the non-prosecution agreement in tax crimes, derived from the general requirement of full reparation of the damage unless it is impossible to do so, concomitantly to the existence of a legal provision for extinction of punishment in the event of full payment of the tax due. In order to complete this task, firstly the introduction of the non-prosecution agreement in Brazilian Legal system is contextualized. Then, the analysis of the non-prosecution agreement starts, heading toward the discussion about the effects of tax payments and installments, so that, at the end, the general objective condition and the extinction of criminal liability are strained. The general objective is to illuminate this almost antinomical situation and to propose a solution that does extrapolate the role of doctrine, or demand legislative changes. The inductive approach method is used, with reference to bibliographic and documentary sources. This work is justified by the guardianship of fundamental freedoms before the bad legislative technique that culminated in this complex situation, as well as by the possibility of pointing out a constitutionally founded solution.

KEYWORDS: Criminal prosecution – Tax crime – Tax payment – Tax installment – Non-prosecution agreement.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A americanização à brasileira do processo penal: em busca de uma justiça negocial inquisitória. 3. Acordo de não persecução penal: estrutura normativa. 4. Efeitos do pagamento e do parcelamento do tributo nos crimes tributários. 5. Reparação do dano e pagamento do tributo devido: a encruzilhada legal do acordo de não persecução penal nos crimes tributários. 6. Considerações finais. 7. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

A introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico tem sido conturbada desde o início, começando pela propositura em sede de Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, posteriormente alterada, passando pelo projeto de lei “anticrime” até culminar na efetiva aprovação da lei

“anticrime”. Entre as diversas polêmicas ocasionadas, a efetiva implementação do instituto, via devido processo legislativo, não foi suficientemente debatida na comunidade jurídica nacional. Uma miríade de controvérsias, dúvidas, antinomias e situações peculiares tem produzido dificuldades de todas as ordens na aplicação do acordo.

No tocante ao Direito Penal Econômico, uma das principais situações decorre da introdução de uma condição objetiva geral coincidente com uma causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários: a reparação integral do dano. Tal coincidência que, num primeiro momento, pode parecer antinômica, denota a má técnica legislativa empregada¹, por um lado, por se tratar de mais uma reforma parcial no arremedo de Código de Processo Penal que ainda se tem no Brasil e, por outro, por ignorar a pré-existência de causas especiais de extinção da punibilidade que podem coincidir com a condição geral.

Nesse sentido, questiona-se: de que modo é possível integrar os institutos do acordo de não persecução penal e a extinção da punibilidade pelo pagamento nos crimes tributários? O objetivo geral é iluminar a situação quase antinômica e propor uma solução que não extrapole o papel da doutrina nem demande alterações legislativas. Os objetivos específicos são: (a) situar a introdução do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro de modo a demonstrar a entropia inquisitória; (b) analisar a estrutura do acordo de não persecução penal; (c) discutir os efeitos, para os crimes tributários, do pagamento e do parcelamento do tributo; e (d) tensionar o acordo de não persecução penal em face da condição objetiva (reparação do dano) e da causa extintiva da punibilidade nos crimes tributários (pagamento do tributo).

Este trabalho justifica-se pela tutela das liberdades fundamentais diante da má técnica legislativa que culminou nessa situação complexa, isto é, pelo reforço dos direitos dos arguidos a celebrar acordos de não persecução penal por crimes tributários sem que seja necessária a “reparação do dano” (*rectius*: o pagamento

1. Parcela considerável dos equívocos do projeto de lei foram aprovados e sancionados, de modo que a ácida crítica permanece válida: “nos surpreendemos negativamente com a baixa qualidade técnica do projeto. Não é algo no nível que se pode esperar de um ex-professor Doutor de Direito Processual Penal, da Universidade Federal do Paraná, que ainda teve a experiência de ser juiz federal criminal por vários anos. De fato, ficamos perplexos com alguns equívocos basilares quanto a conceitos do direito processual penal, constantes no projeto, e, por isso, desde já, pedimos vênua ao leitor para adotarmos um certo tom didático e mesmo de primeiras linhas da disciplina processual” (AMORIM, 2019, p. 44).

integral do débito tributário) não apenas diante da impossibilidade de fazê-lo como também quando seja possível, bem como pela possibilidade de apontar uma solução constitucionalmente fundada para esse impasse.

O método de abordagem empregado foi o indutivo, na medida em que se partiu da análise das especificidades do tema para inferir uma conclusão. Portanto, do específico para o geral. O método de procedimento foi o monográfico. A técnica de pesquisa foi a bibliográfica, com consulta a fontes secundárias, de ordem bibliográfica (livros e artigos), bem como documentais (constituições e leis).

2. A AMERICANIZAÇÃO À BRASILEIRA DO PROCESSO PENAL: EM BUSCA DE UMA JUSTIÇA NEGOCIAL INQUISITÓRIA

O direito europeu continental serviu de inspiração aos juristas brasileiros por séculos. Notadamente em matéria processual penal, buscou-se inspiração entre os italianos e os portugueses. Aproximadamente na década de 1990, iniciou-se uma mudança nessa influência, passando-se a olhar para os países de *common law*, sobretudo para os Estados Unidos da América, talvez em razão do intercâmbio de juristas brasileiros para aquelas terras. Nesse sentido, novas concepções e novos institutos ganharam força no Brasil.

Entre outras iniciativas, tem-se a importação de saídas alternativas ao processo penal, introduzidas primeiramente na Lei 9.099/95, como o instituto da transação penal que possui alguns traços semelhantes ao instituto estadunidense chamado de *plea bargain*, além da composição civil do dano e da suspensão condicional do processo. Trata-se de mecanismos de justiça negocial² que pavimentaram o caminho do fenômeno chamado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho de “americanização à brasileira”, o qual consiste na importação de institutos “sem o devido controle por quem de direito, seja lá por qual motivo for”³.

É lugar comum, hoje, que o processo penal brasileiro precisa de reformas. Mas é preciso ter em mente que o ideal de reforma pode empurrar no sentido de um reformismo. Isso se dá diante da ausência de conteúdo claro das reformas, ocasião em que por trás do ato de reformar está a mera procedimentalidade/formalidade da reforma a pretexto da modernização. Eis um argumento tradicional justificador de reformas vazias: precisa-se reformar porque a lei é muito antiga. Há aí mera leitura desde uma temporalidade linear, descolada de outros elementos,

2. Cf. VASCONCELLOS, 2018.

3. COUTINHO, 2019, p. 4.

principalmente culturais. Um argumento que, por exemplo, serve para justificar que se ponha fim aos mais relevantes institutos, como a coisa julgada⁴.

Dito isso, as reformas processuais pressupõem conteúdos para que se saiba o que reformar. Tais conteúdos delimitam as posições que se pode ter acerca das reformas, as quais, *grosso modo*, podem-se resumir conforme uma teleologia, isto é, em torno dos objetivos pretendidos: mudança *no* sistema ou mudança *do* sistema. Os adeptos de mudanças no sistema propõem, com frequência: alterações nos/dos ritos processuais e/ou introdução/substituição/supressão de institutos. Os adeptos de mudanças do sistema vêm, há muito, buscando a construção de um processo penal constitucionalmente demarcado, o qual chamam de refundação do processo penal⁵.

Um marco na discussão acerca das reformas processuais penais é o seminário para a reforma do Código de Processo Penal italiano de 1930, organizado por Francesco Carnelutti em Veneza, nos dias 15 a 17 de setembro de 1961, na sede da Fondazione San Giorgio Maggiore. O ponto central do seminário foi justo o que precisava ser reformado, pois a necessidade de reforma era advogada por todos os participantes. Em suma: reforma global, parcial, setorial ou pontual? Prevaleceu a opinião acerca da necessidade de reformar o sistema, de modo que a Itália substituisse o sistema inquisitório do Código de Processo Penal fascista pelo sistema acusatório de inspiração inglesa⁶.

4. Tema cuja reforma já é objeto de diversas propostas, sobretudo por conta da antecipação do cumprimento da pena em nome do combate à impunidade. Cf. DAVID; CANI, 2019.
5. “Refundar o marco normativo cultural exige o emprego e o domínio de instrumentos e conceitos que, se não são certamente desconhecidos na literatura nacional e no processo legislativo das reformas pontais que marcaram o cenário brasileiro desde 1988, têm sido marcadamente subutilizados ou, quando empregados, não raras vezes o foram de maneira distorcida acarretando o oposto do quanto deles se buscava” (CHOUKR, 2017a).
6. Conforme se pode notar com a conclusão da terceira manhã e do evento, nas palavras de Francesco Carnelutti “I risultati, a mio avviso, [...] sono due: uno è quello di avere constatato che, unanimemente, si è riconosciuto che la riforma del processo penale è necessaria. È già stato molto, creare una opinione comune dei magistrati, degli avvocati e degli studiosi del diritto intorno a questo punto. [...] Ma ce n'è un secondo, ed è quello che, mentre tutti siamo stati concordi nel ritenere che la riforma sia necessaria, ci sono stati pure dei dissensi. E anche questo è un risultato acquisito, perché i diversi pareri che sono stati manifestati, di qua e di là, da destra e da sinistra, mostrano che la riforma se è necessaria, è anche assai difficile. E noi dobbiamo avere la coscienza insieme della sua necessità e della sua difficoltà” (LUCA, 1962, p. 294-295).

Mas, ao contrário da Itália, no Brasil a reforma *do* sistema não é majoritariamente considerada necessária. Vê-se um conjunto de reformas pontuais, reformas *no* sistema, que operam conforme a lógica da personagem Tancredi, de Giuseppe Tomasi de Lampedusa, no romance *Il gattopardo*: “– Se nós não estivermos lá, eles fazem uma república. Se queremos que tudo fique como está, é preciso que tudo mude. Expliquei-me bem?”⁷. Daí as duas finalidades das reformas pontuais, apontadas por Jacinto Coutinho: (a) mudar tudo para conservar as coisas como sempre foram; e (b) conduzir as reformas por meio do discurso fácil da celeridade em detrimento dos direitos e garantias fundamentais⁸.

Dito de outro modo, apesar da necessidade de uma reforma global⁹, ao estilo do que ocorreu em quase toda a América Latina, com exceção do Brasil e de Cuba¹⁰ – e que representam, de modo geral, uma passagem dos ordenamentos jurídicos em direção à democracia¹¹ –, a substituição do sistema inquisitório pelo sistema acusatório ainda demanda esforço político, altos investimentos econômicos, organização dos juristas e aceitação social, sobretudo porque tem-se visto, desde a década de 1990, uma predominância das reformas pontuais encabeçadas pela Escola Processual de São Paulo¹². Isso para não falar na insuficiência da reforma, a demandar ainda uma mudança cultural¹³ que impeça uma tomada de assalto do processo penal pelas ideias autoritárias¹⁴ e consequente neutralização por não aplicação das normas.

Não raro, o que ocorre no Brasil é precisamente o desuso de disposições legais ou até de diplomas legislativos inteiros. A mentalidade continua a ser a mesma.

7. LAMPEDUSA, 1979, p. 40.

8. COUTINHO, 2008, p. 11.

9. Sobre: GONZÁLEZ POSTIGO, 2017; GONZÁLEZ POSTIGO, 2018a; GONZÁLEZ POSTIGO, 2019; GONZÁLEZ POSTIGO, 2020.

10. Cf. GONZÁLEZ POSTIGO, 2018b, p. 503-505.

11. Cf. GONZÁLEZ POSTIGO, 2017, p. 17.

12. “Do ponto de vista do comprometimento de setores da intelectualidade processual penal com a formação dos projetos de lei pode-se observar a forte presença da denominada Escola Processual de São Paulo, influenciadora direta das reformas pontuais desde 1991. Neste sentido, o engajamento intelectual é, em certa medida, compreendido como instrumento para alcance de determinado grau de governabilidade do sistema penal com a edificação normativa de políticas criminais” (CHOUKR, 2017b, p. 27).

13. “[...] pode-se ter um novo CPP, constitucionalmente fundado e democraticamente construído, mas ele será somente linguagem se a mentalidade não mudar” (COUTINHO, 2009).

14. Cf. GLOECKNER, 2018.

Daí decorre o grande problema das reformas processuais penais que se tem visto nas últimas décadas. Por um lado, pretende-se criar algo a partir das categorias velhas, por outro, pensa-se a partir das categorias velhas até mesmo o que, de fato, é novo. A mais recente reforma foi operada por meio da lei “anticrime” a qual possui vários institutos transplantados de (ou mesmo inspirados em) outra tradição jurídica¹⁵, como ocorreu com o acordo de não persecução penal.

Inúmeras críticas podem ser formuladas ao conturbado processo legislativo que culminou na aprovação dessa lei, iniciando pela tentativa de contornar o diálogo acadêmico, passando pela *contradictio in adjectu* do nome da lei (sendo o crime um fenômeno jurídico, uma lei anticrime só pode ser aquela que extingue tipos penais – *abolitio criminis* –, não uma que expande o direito penal, como foi o caso), para chegar à introdução de um instituto típico do sistema acusatório, inspirado no *plea bargain*, em um processo penal eminentemente inquisitório e pensado a partir das categorias inquisitórias (americanização à brasileira), mantendo a necessidade de, passados mais de 30 anos, continuar tentando adequar o processo penal à Constituição¹⁶.

Impende observar que não se desconsidera aqui a criação do instituto do juiz das garantias nem a introdução de referência expressa à adoção do sistema acusatório no país¹⁷, contudo, tanto as disposições legais acerca do juiz das garan-

15. “A metáfora do ‘transplante legal’ (*legal transplant*) tem sido o principal dispositivo usado por pesquisadores e praticantes do direito comparado para analisar a importação de práticas jurídicas estrangeiras. A metáfora, contudo, possui deficiências. O seu principal problema é que transmite a noção de que ideias e instituições podem ser simplesmente ‘recortadas e coladas’ entre os sistemas jurídicos. Dessa maneira, a metáfora falha na explicação da transformação que ideias e instituições jurídicas podem sofrer quando transferidas entre sistemas jurídicos. Neste artigo, eu proponho o uso da metáfora da ‘tradução legal’ (*legal translation*) como um dispositivo heurístico alternativo para ser empregado na análise da transferência de ideias e institutos entre sistemas jurídicos. Os sistemas adversarial e inquisitorial, compreendidos como duas diferentes culturas processuais, podem ser entendidos como dois diversos sistemas de produção de significado” (LANGER, 2017, p. 27).

16. “A questão é tentar quase o impossível: compatibilizar a Constituição da República, que impõe um Sistema Acusatório, com o Direito Processual Penal brasileiro atual e sua maior referência legislativa, o CPP de 41, cópia malfeita do *Codice Rocco* de 30, da Itália, marcado pelo princípio inquisitivo nas duas fases da *persecutio criminis*, logo, um processo penal regido pelo Sistema Inquisitório” (COUTINHO, 2007, p. 12).

17. “Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação” (BRASIL, 1941).

tias, inclusive a nova redação do art. 3º-A com a opção pelo sistema acusatório, são frutos da mesma lei “anticrime”, quanto estão com a eficácia integralmente suspensa por conta da concessão de medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.300¹⁸.

Quer dizer, ainda que o acordo de não persecução penal seja instituto típico do sistema acusatório e que o Congresso Nacional, por meio de lei “anticrime”, tenha pretendido uma virada do sistema inquisitório para o sistema acusatório, não se tem mais que um arremedo produzido por uma reforma prenhe de contradições, inconsistências e vaguezas cuja constitucionalidade é objeto de impugnação pelas associações de magistrados¹⁹. Não por acaso, tornou-se comum afirmar que os códigos, após várias reformas pontuais, setoriais e parciais, tornam-se colchas de retalhos. Não há homogeneidade nem sistematicidade, muito menos consensos mínimos indispensáveis à aplicabilidade e a efetividade.

Tanto porque diversos dispositivos legais ainda conservam os traços inquisitórios (v.g., a possibilidade de condenação mesmo em face do pedido de absolvição do Ministério Público²⁰ e a problemática iniciativa probatória do juiz²¹) quanto porque remanescem muitas divergências acerca do que se entende por sistema processual²², o acordo de não persecução penal encontra-se deslocado do contexto para o qual foi pensado, isto é, o projeto do Código de Processo Penal em tramitação, o PL 8.045/2010²³, com a redação original do anteprojeto, por

18. BRASIL, 2020a.

19. ASSOCIAÇÃO DOS MAGISTRADOS BRASILEIROS, 2019.

20. “Art. 385. Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada” (BRASIL, 1941).

21. “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: I – ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida; II – determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante” (BRASIL, 1941).

22. “No Brasil, é possível encontrar 04 linhas teóricas que se propõem a definir o sistema acusatório. Nesse sentido, há quem o defina: a) simplesmente identificando a separação entre quem acusa e quem julga; b) a partir da existência de diversas garantias processuais, entre elas, a imparcialidade do juiz, contraditório, ampla defesa, oralidade e publicidade; c) em razão da inércia absoluta do juiz na fase probatória; e d) a partir da imprescindibilidade de um acusador distinto do juiz, e do fato de o processo somente ter seu início com o ajuizamento da ação” (ANDRADE; BRANDALISE, 2017, p. 248).

23. BRASIL, 2010.

meio do qual se pretendeu uma adesão integral ao sistema acusatório e uma compatibilização integral à Constituição.

No mesmo sentido, a justiça negociada também representa um espaço processual cuja atividade é exercida sob o risco constante de influência da mentalidade inquisitiva. A ampliação dos espaços de resolução de conflitos no processo penal atende a uma lógica utilitarista²⁴, e não propriamente ao benefício a ser assegurado ao acusado.

Outrossim, a efetividade das medidas de justiça negocial é corolário da aderência ao sistema acusatório, aqui entendido, a partir da arquitetura kantiana²⁵, como “conjunto de temas, colocados em relação, por um princípio unificador [dispositivo ou inquisitivo], que formam um todo pretensamente orgânico, destinado a uma determinada finalidade”²⁶, de modo a seguir a concepção sistêmica predominante entre os juristas²⁷.

Isso porque, distante da estrutura processual para a qual o acordo de não persecução penal foi projetado, tem-se um desvirtuamento das finalidades: de um instituto de desencarceramento e de mitigação da resposta penal privativa de liberdade a partir de um acordo entre as partes para um instrumento à disposição do juiz para a consecução da privação de liberdade com supressão de direitos e de garantias fundamentais²⁸. É, portanto, “um processo de deturpação dos conteúdos ‘diversos’ [...]. Trata-se da manipulação do discurso e alteração

24. “[...] o motivo principal para a adoção de estratégias negociais no âmbito do modelo adversarial está atrelado a uma lógica de diminuição dos casos que serão submetidos às fases probatórias e de exercício do contraditório e da ampla defesa” (RIOS, 2018, p. 212).

25. “[...] unidade de conhecimentos diversos sob uma ideia [...] o conceito racional da forma de um todo, na medida em que nele se determinam *a priori*, tanto o âmbito do diverso, como o lugar respectivo das partes” (KANT, 2001, p. 669).

26. COUTINHO, 1998, p. 165.

27. “Sobre o conceito geral de sistema [...] é ainda determinante a definição clássica de KANT, que caracterizou o sistema como ‘a unidade, sob uma ideia, de conhecimentos variados’ ou, também, como ‘um conjunto de conhecimentos ordenado segundo princípios’” (CANARIS, 2002, p. 9-10).

28. “[...] em uma estrutura inquisitória, na qual o julgador ocupa o lugar central no aparato, vez que concentra amplos poderes (é o senhor do processo), e às partes resta uma atuação secundária, o instituto aparece, dentre outras coisas, como um mecanismo de desafogamento das varas criminais, visto que fornece uma resposta mais rápida para o caso, acelerando a punição. Em outras palavras, em um sistema inquisitório caberia primordialmente ao juiz decidir sobre o mérito do acordo (em determinado caso, para

dos signos e funcionamento do instituto como forma de perpetuar os propósitos inquisitivos”²⁹.

Além do desvio de finalidade e da confusão entre as funções de acusar e julgar, inerentes ao sistema inquisitório, há todos os problemas decorrentes da introdução do instituto em um sistema de *civil law*, descolado do correlato sistema de precedentes³⁰. Nada obstante o encarceramento em massa no berço da criação do instituto e a quantidade de erros judiciais decorrentes dos *guilty pleas* em casos de não crimes³¹, o fato é que as saídas alternativas também implicam uma resposta penal de menor intensidade e de menor duração, em outros termos, há uma teleologia: punir sem encarcerar³².

Não se ignora, no entanto, a dificuldade inerente à efetivação de uma reforma completa do processo penal brasileiro. Gloeckner recorda, nessa linha, que “[...] foi mais fácil ao Brasil alterar suas constituições do que efetivamente aprovar um

determinado cidadão), escolhendo quem punir e como punir, independentemente da vontade das partes” (POLI; VILLA, 2020, p. 177).

29. Cf. RIOS, 2018, p. 214.

30. COUTINHO, 2019, p. 3.

31. *No-crime* foi a expressão cunhada por Jessica S. Henry, para designar as condenações em casos nos quais os condenados não praticaram crime algum. Dentre os principais motivos que levam pessoas a aceitar um acordo estão as dificuldades cotidianas para desafiar a acusação, isto é, para levar o caso a julgamento e litigar: “My innocent clients, who were poor and almost black or brown, invariably took the arraignment plea offer. They didn’t want the very real hassle and inconvenience of having to deal with the criminal court logistics – endless security lines, bag searches, and courtroom days – even to fight a case that should never have been brought. They could not afford to miss more work. They had no one to watch their children or help their elderly relatives. It was a rare case when my client was willing to litigate a trespass charge to the bitter end. For the few who agreed to return, I filed motions to dismiss their cases. We often, though not always, prevailed. In other cases, my clients started out willing to challenge the charges but eventually decided to plead because the fight was too burdensome” (HENRY, 2020, p. 153-154).

32. “Na prática, o *plea bargaining* visa lutar contra o acúmulo de trabalho (e isso, pelo menos, desde o Século XIX, nos E.U.A.), mas sem deixar de lado os direitos e garantias individuais, dos quais eles não abriram mão, ainda que muita gente reclame e afirme que é justo isso que estão fazendo. [...] Ter *plea bargaining* é inevitável se o processo penal brasileiro vier a ser acusatório. Mas para isso é preciso, antes, importar o sistema todo, com ônus e bônus. Do jeito que se está tentando impor, os ônus ficarão para os cidadãos investigados/acusados; e os bônus – tudo indica – ficarão para o Estado e seus órgãos” (COUTINHO, 2019, p. 3-4).

código de processo penal novo”³³. A mentalidade inquisitória é fruto de séculos (mais precisamente, de mais de 500 anos³⁴) de uma cultura judiciária avessa a mudanças³⁵. Noutro sentido, a América Latina apresenta tendência rumo ao processo penal adversarial efetivo, o que seria possível a partir de uma reforma completa, já que as reformas parciais, como mostra a experiência brasileira, são “[...] rapidamente absorvidas e distorcidas pela lógica tradicional, porque não alteram a estrutura de incentivos que atravessam os atores do sistema”³⁶. O mesmo tende a acontecer com o acordo de não persecução penal.

Se o instituto é alheio ao sistema e, pelo menos aparentemente, não há pretensão de efetivar a mudança sistêmica completa, trata-se, no acordo de não persecução penal, de mera medida de aceleração e de economia processual ou, como o nome do projeto de lei enunciava: um dos já conhecidos pacotes, tão comuns nas reformas processuais penais latino-americanas que caracterizam um giro entrópico rumo a um modelo negocial de feito inquisitório³⁷.

Medidas de economia processual visam acelerar o processo, algumas vezes a fim de tentar equilibrar o tempo de duração do processo e a efetividade da tutela de direitos e garantias fundamentais, outras vezes meramente sob o manto do combate à impunidade. De certo modo, a celeridade processual interessa a todos, razão pela qual concentra divergências no *como*, mas não no *se* deve existir. O equilíbrio entre tutela dos direitos e aceleração processual é complexo³⁸, por isso, deve ser buscado com parcimônia – não necessariamente com medidas de economia processual que impliquem a supressão de atos processuais³⁹.

33. GLOECKNER, 2018, p. 481.

34. COUTINHO, 2017, p. 65.

35. MELCHIOR, 2017, p. 49.

36. MELCHIOR, 2017, p. 50.

37. “[...] não se tomará tal modelo [acusatório] em sua totalidade, [...] mas sim se tomarão emprestadas algumas medidas isoladas, muitas vezes denominadas “pacotes”, “salva vidas”, ou “rodas de auxílio” de outros sistemas que reconhecem uma origem totalmente diversa (o já mencionado modelo francês). Formar-se-á então um híbrido do sistema continental europeu ao nele serem injetados aportes anglo-saxões; assim se desvirtuando tanto de um quanto de outro, retornando, na maioria das vezes, às velhas práticas inquisitivas que se pretendia erradicar há pelo menos 100 anos” (ANITÚA, 2017, p. 358).

38. “[...] simplificar é complexo. Celeridade não pode ser sinônimo de não fazer justiça” (RODRIGUES, 1998, p. 242).

39. Daí toda a ênfase que tem sido dada à oralidade nas reformas processuais penais latino-americanas. Por todos: BINDER, 2014.

Não se pode desconsiderar que as medidas de economia processual costumam ser introduzidas em detrimento dos direitos e das garantias fundamentais. Isso porque, diante do aumento do fluxo de trabalho, a manutenção da tutela dos direitos e das garantias fundamentais produz um incremento na duração da tramitação processual. Assim foi que, por um lado, a inquisição canônica introduziu a tortura para flexibilizar a exigência de duas testemunhas oculares para a condenação⁴⁰ e, por outro lado, o *plea bargain* foi introduzido no processo penal estadunidense para reduzir o contingente de julgamentos pendentes pelo tribunal do júri, o qual recebeu competência constitucional para os julgamentos criminais em 1791⁴¹. Como se pode ver, institutos cuja principal diferença é o grau de coerção⁴² imposto nasceram em sistemas processuais antagônicos.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ESTRUTURA NORMATIVA

O acordo de não persecução penal é problemático desde a propositura. Encontram-se vícios de formalidade, de conteúdo e até no nome. Quase tudo indica que o instituto não poderia ter sido introduzido no País, não daquele modo, não daquele jeito, não com aquela redação, não por aqueles motivos. Contrariando as cautelas mínimas, desconsiderando o diálogo interinstitucional e a necessidade de estudos mais aprofundados, seguiu-se rumo ao transplante legal, rumo à americanização à brasileira que resultou em mais uma medida de justiça negocial inquisitória.

Ao designar uma “não persecução penal”, o instituto provoca confusão, decorrente de péssima técnica jurídico-legislativa, a qual despreza o fato de ser a investigação preliminar a primeira etapa da persecução penal, ou seja, o acordo ocorre em sede de persecução penal, de modo que não se presta a não deflagração,

40. LANGBEIN, 1978, p. 4-5.

41. LANGBEIN, 1978, p. 8-9.

42. “Defenders of plea bargaining sometimes try to minimize the force of this point with a *reductio-ad-absurdum* argument: granted that plea bargaining is coercive, so is virtually every exercise of criminal jurisdiction, since few criminal defendants are genuine volunteers. [...] Coercion authorized by law is different from coercion meant to overcome the guarantees of law. Coercing people to stand trials is different from coercing them to waive trial and to bring upon themselves sanctions that should only be imposed after impartial adjudication. [...] Like torture, the sentencing differential in plea bargaining elicits confessions of guilt that would not be freely tendered. It is, therefore, coercive in the same sens as torture, although not in the same degree” (LANGBEIN, 1978, p. 13).

mas ao estabelecimento de uma modalidade alternativa ou diferida⁴³. Na prática, “[...] o cidadão, sem processo e, portanto, sem prova, é condenado e terá estabelecida, por acordo de não ser processado (eis o paradoxo!), uma pena, vale dizer, uma condenação”⁴⁴. A introdução no ordenamento jurídico brasileiro foi bastante conturbada. Iniciou-se com a polêmica Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (órgão de controle financeiro e administrativo da instituição, com assento no art. 130-A da Constituição⁴⁵, sem atribuição para legislar sobre matéria processual penal), por meio da qual o instituto foi criado, no art. 18, dispensando a homologação judicial dos acordos⁴⁶. Em seguida, essa Resolução foi alterada por meio da Resolução 183/2018 para, no art. 18, § 4º, submeter o acordo à apreciação judicial⁴⁷. Tais resoluções, contudo, estavam eivadas de inconstitucionalidade⁴⁸ formal, por usurpar competência legislativa privativa da União⁴⁹, e, para alguns, também material, por subtrair do Judiciário a apreciação da legalidade e dos limites do acordo⁵⁰.

43. “[...] o acordo não se pode denominar como de ‘não persecução penal’, pois já iniciada [a persecução]. Inclusive, caso efetivado o acordo, a persecução penal será ultimada com êxito, aplicando-se uma sanção penal” (AMORIM, 2019, p. 44).

44. BERTI, 2019, p. 201.

45. BRASIL, 1988.

46. O Judiciário recebia os autos apenas após o cumprimento integral, razão pela qual era requerido o arquivamento do procedimento investigatório, ou em caso de descumprimento das condições, hipótese em que o investigado era denunciado: “Art. 18, § 6º. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não comprovando o investigado o seu cumprimento, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. Art. 18, § 8º. Cumprido integralmente o acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, sendo que esse pronunciamento, desde que esteja em conformidade com as leis e com esta Resolução, vinculará toda a Instituição” (BRASIL, 2017a).

47. “Art. 18, § 4º. Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo e os autos serão submetidos à apreciação judicial” (BRASIL, 2018).

48. Confundindo necessidade de reduzir o contingente de casos pendentes de julgamento com constitucionalidade da medida: “o nosso caótico sistema penal justifica o surgimento desse acordo, cuja possibilidade de celebração estaria insita nas funções institucionais do Ministério Público, não constituindo propriamente uma inovação da lei processual penal, de competência legislativa privativa da União (CR/1988), com o necessário concurso do Congresso Nacional (CR/1988, art. 48, *caput*)” (GARCIA, 2018, p. 42).

49. “O artigo 22, I, da CF/1988, que prevê a competência privativa da União para legislar sobre direito processual, não permite que o CNMP, por ato administrativo, crie um novo

Diante das inúmeras críticas, o instituto foi inserido no projeto de lei “anti-crime”, fruto de um pacote de medidas supostamente destinadas ao combate à corrupção, ao crime organizado e à criminalidade violenta, de forma “afobada e populista”⁵¹. Desse modo, sendo aprovado o pacote, apostou-se na possibilidade de solucionar tanto a inconstitucionalidade formal quanto a inconstitucionalidade material, mas outras críticas surgiram, entre as quais a incompatibilidade sistêmica⁵², a ausência de diálogo com a academia⁵³ e a ampliação inconstitucional da transação penal para além dos crimes de menor potencial ofensivo⁵⁴.

O pacote anticrime previa também a possibilidade de um acordo penal posterior à acusação (denúncia ou queixa-crime) e anterior à instrução processual, para qualquer crime, em troca da redução da pena até a metade, da alteração do regime de cumprimento de penas ou da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, cuja homologação teria eficácia de sentença

instrumento de solução antecipada de casos criminais. Uma resolução, por ser um ato normativo secundário, não pode promover alterações na esfera da legislação processual penal, desprezando a competência constitucional do Congresso Nacional” (ANDRADE, 2018, p. 57).

50. No sentido de que a inconstitucionalidade material decorre de afronta ao princípio da obrigatoriedade (o qual não tem assento constitucional expresso): “O conteúdo do artigo 18 da resolução afronta a regra constitucional do artigo 129, I, da CF/1988, que, ao lado do artigo 24 do CPP, é a base do denominado princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada? [...] não se pode esquecer que o artigo 5º, LIX, da CF/1988 e o artigo 29 do CPP admitem o ajuizamento da ação privada subsidiária da pública, se esta não for intentada no prazo legal. Esses preceitos, somados ao já mencionado artigo 129, I, da CF/1988, indicam que tal princípio [da obrigatoriedade] não é um mito, sendo inegável que o sistema brasileiro é adepto do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, devendo a lei processual disciplinar as hipóteses em que fica mitigado ou flexibilizado” (ANDRADE, 2018, p. 53-54).

51. BERTI, 2019, p. 201.

52. COUTINHO, 2019.

53. “O Pacote do Ministério da Justiça – e assim deve ser pensado, ainda que convenientemente tenha sido desmembrado – inicia por uma arrogância sem igual: os diversos “novos” artigos foram apresentados ao público sem qualquer diálogo prévio com a academia e com a sociedade civil, sem justificativa ou mínima fundamentação” (COMISSÃO Editorial, 2019, p. 1).

54. “O que se tem no projeto, na realidade, é uma ampliação do uso do instituto da transação penal, que é semelhante ao acordo penal anterior à denúncia em praticamente tudo, sendo certo que a Constituição Federal não permitiu tal modalidade de julgamento sumário para além da competência dos Juizados Especiais Criminais, conforme podemos perceber no art. 98, inc. I, da CF” (AMORIM, 2019, p. 49).

penal condenatória⁵⁵. Entretanto, essa modalidade de acordo prevista na redação original foi alterada durante o processo legislativo.

Do processo legislativo resultou a Lei 13.963/2019, chamada lei “anticrime”. O acordo de não persecução penal foi inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal, especificamente no título III (Da ação penal) do livro I (Do processo em geral)⁵⁶. A topografia do dispositivo agrava o equívoco da nomenclatura. Não apenas não se trata de não persecução, como também o acordo ocorre antes do desencadeamento da ação penal, de modo a impedi-lo.

Com a redação atual, o acordo de não persecução penal tem forma escrita, devendo ser celebrado entre o Ministério Público (sujeito ativo) e o investigado (sujeito passivo) sempre representado por defensor (art. 28-A, § 3º). Os requisitos do acordo são os crimes sem violência e sem ameaça com pena mínima inferior a quatro anos (de modo a abranger também o concurso de crimes ocorridos no mesmo ato, desde que não exceda o *quantum* de pena⁵⁷), bem como a confissão formal e circunstancial⁵⁸ (art. 28-A, *caput*). As condições do acordo⁵⁹ estão previstas nos incisos do *caput* do art. 28-A: I – reparação do dano ou restituição

55. “Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas. [...] § 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo. [...] § 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória” (BRASIL, 2019a).

56. BRASIL, 1941.

57. “[...] não abrange esta situação que não se enquadra na regra que exclui a aplicação do ANPP (art. 28-A, § 2º, inciso III, do CPP) que os fatos ocorreram no mesmo momento, no mesmo local, no mesmo horário, praticados pelo mesmo agente, mas que a apuração foi desmembrada em decorrência da competência absoluta da Justiça Federal e da Justiça Estadual” (BRASIL, 2021).

58. “[...] a confissão contida no acordo é requisito para se evitar uma denúncia, e não um início de prova em desfavor do acordante a embasar uma ação penal pública, configurando violação ao princípio geral do direito *venire contra factum proprium* (veração do comportamento contraditório) qualquer uso inquisitorial ou acusatório de uma confissão obtida para fins estritamente consensuais” (SANTOS, 2019, p. 239).

59. A redação do *caput* do art. 28-A menciona “condições ajustadas cumulativa e alternativamente”. Mais uma vez, a péssima técnica legislativa culminou na criação de termos contraditórios: ou são cumulativas ou são alternativas. Não é possível que sejam as duas. Logo, no lugar de “e” é necessário ler “ou”. Em cada caso, as condições devem ser

do objeto do crime, exceto quando impossível fazê-lo; II – renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produtos ou proveitos do crime; III – prestação de serviço à comunidade ou a entidade pública pelo período correspondente a 1/3 a 2/3 da pena mínima da infração; IV – pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse sociais que proteja bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados pelo delito; V – cumprimento de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Além do objeto e das condições, há proibições expressas de aplicação do acordo contidas nos incisos do art. 28-A, § 2º: I – se for cabível transação penal; II – se o investigado for reincidente⁶⁰ ou houver elementos probatórios de conduta criminal habitual, reiterado ou profissional não insignificantes; III – se o agente foi beneficiado com acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo até cinco anos antes do cometimento do novo crime; IV – em crimes praticados em contexto de violência doméstica ou familiar ou praticados contra a mulher por discriminação de gênero.

Após formulado o acordo, os autos do procedimento investigatório (inquérito policial, procedimento investigatório criminal ou outro) serão remetidos ao juiz para apreciação. Preenchidos todos os requisitos, o acordo será homologado em audiência designada especificamente para tanto, na qual o investigado, na presença de defensor, é ouvido acerca da voluntariedade e da legalidade do acordo (art. 28-A, § 4º). A vítima será comunicada da homologação do acordo, bem como de eventual descumprimento (art. 28-A, § 9º).

Contudo, o juiz pode recusar a homologação do acordo em duas hipóteses (art. 28-A, § 7º).

A primeira, se considerar inadequadas, insuficientes⁶¹ ou abusivas as condições pactuadas, hipótese na qual os autos são devolvidos ao Ministério Público

propostas em conformidade com o juízo de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

60. Nesse aspecto, não houve alteração da redação do projeto de lei, de modo que permanece válida a crítica à vedação do acordo em casos de reincidência culposa: “soa pertinente excluir da vedação ao acordo a hipótese do reincidente em crime culposos, que, ao contrário do reincidente em crime doloso, pode receber determinados benefícios na esfera penal comum – ex.: penas alternativas e regime aberto –, inexistindo motivo aparente, portanto, para vedar, no presente dispositivo, o benefício do acordo de não persecução penal” (SANTOS, 2019, p. 248).
61. Eis a principal abertura para uma leitura inquisitória do ANPP: “A possibilidade de o magistrado avaliar a proposta como ‘branda’, negando a validade do acordo, é uma boa

para reformular o acordo, sendo indispensável manifestação de vontade do investigado acerca das novas condições (art. 28-A, § 5º). Tal juízo de inadequação, insuficiência ou abusividade, contudo, deverá orientar-se pelos parâmetros estabelecidos nas condições (art. 28-A, *caput*, I a V) e nas proibições (art. 28-A, § 2º, I a IV). Noutras palavras, a inadequação trata dos aspectos formais do acordo, a insuficiência e a abusividade tratam dos aspectos materiais. O juízo de inadequação se dá na apreciação do preenchimento das condições e da não incidência em proibição. O juízo de insuficiência trata da suficiência do acordo para a reprovação e a prevenção do crime, prevista no *caput*, por meio do qual parece ser possível apenas valorar eventual condição diversa (art. 28-A, V) proposta pelo Ministério Público, pois a suficiência das demais é presumida, na medida em que estão contidas em lei⁶². O juízo de abusividade, por fim, apenas pode servir de fundamento para a recusa quando for prejudicial ao investigado, pois tal juízo é inerente às funções do juiz das garantias⁶³.

A segunda, se houver descumprimento das condições legais (art. 28-A, § 7º), razão pela qual devolverá os autos ao Ministério Público para a tomada da decisão administrativa acerca da necessidade de realizar diligências investigatórias complementares ou do oferecimento da denúncia (art. 28-A, § 8º).

Em caso de recusa do acordo, o juiz deve se declarar impedido por ter atuado como juiz em outra instância, tendo em vista que a introdução do juiz das garantias pressupõe a separação entre juiz da investigação e juiz do processo como instâncias distintas⁶⁴, ou, pelo menos, suspeito por quebra da im-

pista de como a nova legislação sugere tirar a lógica inquisitorial pela porta do processo penal, para colocá-la de volta pelas janelas” (DUCLERC; MATOS, 2022, p. 249).

62. Não se pode desconsiderar, contudo, que tais juízos seguem a ser estilhaços inquisitórios: “a intromissão do julgador na esfera da ‘inadequação’ ou ‘insuficiência’ das condições propostas no acordo remete o instituto à matriz inquisitória de processo penal. O controle daquilo que é proposto e realizado pelo Ministério Público deve ser hierárquico, da própria Instituição, e não judicial, sob pena de desconfigurar a estrutura acusatória delineada pelo artigo 3-A do Código de Processo Penal” (POLI; VILLA, 2020, p. 178-179).
63. “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] IX – determinar o trancamento do inquérito policial quando não houver fundamento razoável para sua instauração ou prosseguimento;” (BRASIL, 1941).
64. “Art. 252. O juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que: [...] III – tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito sobre questão;” (BRASIL, 1941).

parcialidade, na medida em que o juízo de admissibilidade da acusação estará contaminado⁶⁵.

Sendo cabível o acordo, mas não havendo propositura pelo Ministério Público, o investigado pode requerer a remessa dos autos da investigação ao órgão superior para a apreciação (art. 28-A, § 14). Nesse caso, segue-se o procedimento do art. 28 do Código de Processo Penal⁶⁶.

Homologado o acordo, apenas duas hipóteses são possíveis: cumprimento ou descumprimento. Cumprido integralmente o acordo, o juiz deve decretar (parece tratar-se de decisão declaratória, não de decisão constitutiva) a extinção da punibilidade do investigado (art. 28-A, 13º) e, nesse caso, a celebração e o cumprimento constarão em certidão de antecedentes criminais apenas para obstar novo acordo penal pelo próximo quinquênio (art. 28-A, § 12 c/c § 2º, III). Havendo descumprimento de qualquer condição, cabe ao Ministério Público comunicar ao juízo para rescindir o acordo e oferecer denúncia (art. 28-A, § 10), situação que pode justificar eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo pelo Ministério Público (art. 28-A, § 11).

Uma particularidade, no mínimo curiosa, decorre da aparente contradição entre o oferecimento da denúncia em face do descumprimento de alguma das condições (art. 28-A, § 10) e a remessa dos autos ao Ministério Público para promover a execução perante o juiz de execução penal (art. 28-A, § 6º). A primeira disposição leva a crer que o acordo não trata de negociação sobre penas e, por

65. “Art. 3º-B. O juiz das garantias é responsável pelo controle da legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais cuja franquia tenha sido reservada à autorização prévia do Poder Judiciário, competindo-lhe especialmente: [...] XIV – decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código;” (BRASIL, 2019). Em sentido próximo: “quando a realização da audiência homologatória do acordo for feita perante um juiz das garantias [...], a contaminação psíquica pode ser (parcialmente) evitada, vez que o juiz responsável pelo julgamento do mérito deve, necessariamente, ser diferente daquele que homologou e rescindiu o acordo de não persecução penal. Contudo, no que se refere à decisão de recebimento da denúncia, nos casos de revogação do acordo [...] pelo não cumprimento, poderá haver a vinculação psíquica do juiz das garantias, tendo em vista que teve contato com a confissão circunstancial feita no acordo homologado anteriormente” (POLI; VILLA, 2020, p. 183-184).

66. “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” (BRASIL, 1941).

isso, não é equivalente ao *plea bargain*⁶⁷. A segunda, por outro lado, deixa várias dúvidas. Essa execução perante o juiz de execução se dá por falta de outro juízo? Trata-se de execução provisória? Se não é de pena que se trata, por que a celebração se dá perante o juízo criminal e a execução perante o juízo de execução penal? É possível assumir como executória a decisão (ou seria sentença?) homologatória do acordo? Parece que a redação do § 6º é um resquício da proposta que visava instituir um efetivo acordo sobre a pena, a qual, durante o processo legislativo, não recebeu a necessária readequação ao modelo legislativo⁶⁸.

4. EFEITOS DO PAGAMENTO E DO PARCELAMENTO DO TRIBUTO NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

O direito penal econômico encontra-se em expansão por conta das transformações nas dinâmicas sociais, econômicas e políticas do último século, mormente em razão da chamada sociedade de risco, em razão dos quais se passou a criminalizar comportamentos para além dos chamados crimes tradicionais. O que não quer dizer que ainda se trate apenas dos crimes chamados do colarinho branco (*white collar crimes*), conforme classificação sociológica⁶⁹ proposta há

67. “Embora frequentemente confundido com a sistemática do *plea bargaining* norte-americano, o acordo de não persecução penal não possui coercitividade e representa espécie – a sétima – de acordo de não denúncia, motivo pelo qual não versa sobre penas, e sim, condições livremente pactuadas entre os acordantes. O acordo não modifica a estrutura do processo penal brasileiro, apenas oferece uma oportunidade extrajudicial de consenso na justiça criminal, que tem como consequência o arquivamento do procedimento investigativo por ausência de interesse de agir” (SANTOS, 2019, p. 250).

68. “Já o artigo 28-A, § 6º, do Projeto de Lei Anticrime (BRASIL, 2019) [cuja redação foi aprovada e sancionada] determina que, homologado o acordo, seja ele executado perante o juízo de execução penal. A uma, é incabível falar em juízo da execução penal, pois o acordo de não persecução penal não negocia penas, e sim, a não denúncia. A duas, o acordo de não persecução penal não possui força executiva, tal como o *plea bargaining* norte-americano, isto é, se o investigado/acordante desejar descumprir o acordo, a única consequência será a denúncia. A três, levar o feito ao juízo da execução penal traz delonga e carga de trabalho desnecessários ao Poder Judiciário, exatamente o que se pretende evitar por meio do acordo de não persecução penal” (SANTOS, 2019, p. 249).

69. Não se está a ignorar que Edwin Sutherland propôs uma classificação que extrapolava os limites jurídicos para melhor compreender o fenômeno, como ele mesmo reconheceu. Quer-se dizer, contudo, que o direito penal econômico, ao versar também, por exemplo, sobre crimes ambientais, já não está circunscrito apenas àqueles crimes.

mais de 80 anos⁷⁰, tendo em vista que muitos desses crimes foram integrados e somados a outros. Está-se a tratar mais precisamente do que vem sendo chamado de direito penal econômico⁷¹.

Um setor *sui generis*, ou, no mínimo, muito peculiar dos crimes econômicos é o dos crimes tributários, porquanto o uso do direito penal se dá muitas vezes, se não em quase todas, com fins arrecadatórios. A ameaça penal é inserida no intuito de forçar o adimplemento de obrigações tributárias⁷². Apenas subsidiariamente

70. “A criminalidade de colarinho branco nos negócios manifesta-se com maior frequência na forma de deturpação de demonstrativos financeiros de corporações, manipulação na bolsa de valores, corrupção privada, corrupção direta ou indireta de servidores públicos a fim de obter contratos e leis favoráveis, vendas e publicidade enganosas, apropriação indébita e uso indevido de ativos, adulteração de pesos e medidas e falsificação de mercadorias, fraudes fiscais, uso impróprio de valores em recuperações judiciais e falências. Essas são violações às quais Al Capone denominou de ‘trapaças legítimas’. Essas e muitas outras existem em abundância no mundo dos negócios” (SUTHERLAND, 2014, p. 95).

71. “Tal concepto [de derecho penal económico] abarca aquellas partes del Derecho Penal que tutelan primordialmente el bien constituido por el orden económico estatal en su conjunto, y en consecuencia, el flujo de la economía en su organicidad, en una palabra, la economía nacional. En tanto este organismo económico se halla, como valor supraindividual, preponderantemente institucionalizado y ordenado, dirigido y vigilado por vía de las medidas administrativas – con lo cual se verifica la política económica –, la materia alcanzada por la definición es el Derecho Penal Económico Administrativo. Al Derecho Penal Económico en este sentido restrictivo corresponde una concepción del Derecho Económico como Derecho de la dirección de la economía por el Estado. [...] Especialmente, el Derecho de los precios, incluyendo la llamada usura social. Además, cabe en este concepto el Derecho Penal Económico externo, que regla el intercambio económico con áreas económicas extranjeras, y que en la actualidad alemana, apartándose objetivamente de la anterior legislación sobre fuga de capitales y economía de divisas, también ha tomado para sí el antiguo Derecho Cambiario. [...] Se da un ámbito mayor al concepto de los delitos económicos si se aplica la idea de que el Derecho Económico está formado por el conjunto de aquellas normas jurídicas promulgadas para la regulación de la producción, fabricación y reparto de bienes económicos. Para distinguir estos delitos de los que corresponden al Derecho Penal patrimonial se acude a la exigencia del bien jurídico colectivo o supraindividual (social) aun cuando se añade, concurrentemente, la protección del particular – consumidor o competidor” (TIEDEMANN, 1983, p. 67-68).

72. “A relação tributária, como qualquer outra relação jurídica, surge da ocorrência de um fato previsto em uma norma como capaz de produzir esse efeito. Em virtude do princípio da legalidade, essa norma há de ser uma *lei* em sentido restrito, salvo em se tratando de obrigação acessória [...] A lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma

é que se espera a aplicação de uma pena. Por conta disso, tem-se, num primeiro nível, controvérsias acerca do bem jurídico a ser utilizado como critério de criminalização⁷³ nos crimes tributários, pois cada resposta decorre de uma concepção político-criminal⁷⁴, resultando em variações nas concepções acerca da ofensividade: (in)significância da lesão ao bem jurídico, relevância e merecimento da tutela penal e modalidades de tipos legais⁷⁵ (lesão ou perigo, simples ou composto, congruente ou incongruente, instantâneo ou permanente, geral ou próprio, omissivo ou comissivo, doloso ou culposos etc.) utilizados para a criminalização.

Segue-se aqui o entendimento de que o bem jurídico-penal dos crimes tributários previstos na Lei 8.137/90⁷⁶ é a arrecadação tributária⁷⁷. Um entendimento cuja solidez consiste na precisa delimitação do momento de vulnerabilidade do bem jurídico (relevância e merecimento da tutela penal), para fins penais: somente após o nascimento da obrigação tributária principal⁷⁸ e antes da ex-

relação entre alguém e o Estado. Ocorrido o fato, que em Direito Tributário denomina-se *fato gerador*, ou *fato impositivo*, nasce a relação tributária, que compreende o *dever* de alguém (sujeito passivo da obrigação tributária) e o *direito* do Estado (sujeito ativo da obrigação tributária). O *dever* e o *direito* (no sentido de direito subjetivo) são efeitos da incidência da norma” (MACHADO, 2002, p. 109).

73. “respeitáveis penalistas latino-americanos admitem o *bem jurídico* como critério de criminalização, afirmando que *toda lesão de bens jurídicos deve ser criminalizada* (o que é correto) e negando que *toda bem jurídico deva ser protegido por criminalização* (o que também é correto), mas rejeitam o *bem jurídico* como objeto de proteção penal, porque no homicídio e no estupro, por exemplo, a pena criminal não protegeria a vida, nem a sexualidade das vítimas” (SANTOS, 2012, p. 15-16).
74. “a doutrina nacional, a partir desse texto legal, dividiu-se quanto à sua determinação: ‘ordem tributária’, erário ou patrimônio público, receita tributária, Administração Pública, pretensão do Estado ao recebimento integral de cada um dos tributos, direito que o Estado tem de instituir e cobrar impostos e contribuições. Não faltaram, ainda, aqueles que identificaram diferentes ‘bens jurídicos’ no interior das hipóteses típicas previstas” (ESTELLITA, 2001, p. 204-205).
75. Vide: SANTOS, 2012, p. 107 e ss.
76. BRASIL, 1990.
77. “[...] partindo-se da proposta de que o bem jurídico tutelável dentro do sistema constitucional tributário, é a arrecadação tributária torna-se possível a análise crítica das figuras delitivas dos arts. 1.º e 2.º da Lei 8.137/90” (ESTELLITA, 2001, p. 207).
78. “A obrigação tributária [...] é de duas espécies: *principal* e *acessória*. A obrigação principal, no dizer do CTN, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (art. 113, § 1º). Tem *sempre* conteúdo patrimonial. Já a obrigação acessória, segundo o

tinção⁷⁹, ou, excepcionalmente, quando do descumprimento da obrigação tributária acessória⁸⁰ haver risco para a arrecadação tributária⁸¹. Desse modo, tem-se uma tutela penal não incidente exclusivamente sobre os deveres jurídicos de comunicação ao fisco para fins de lançamento⁸², os quais são pressupostos para a constituição do crédito tributário⁸³, mas sobre o efetivo pagamento do tributo devido. Evitam-se, assim, confusões entre a *ratio* da norma incriminadora e o

CTN, decorre da *legislação* tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º)” (MACHADO, 2002, p. 110).

79. “a vulnerabilidade do bem jurídico-penal somente se apresenta após o nascimento da obrigação principal, que tem por objeto o pagamento de tributo, momento a partir do qual poderá correr riscos que, então, alcançarão o nível de lesão, quando do inadimplemento, total ou parcial, da quantia devida a título de tributo. É justamente entre esses dois momentos (nascimento da obrigação principal e sua extinção pelo pagamento) que se torna possível o ataque ao bem jurídico tutelado. Ocorre que a exigibilidade do crédito tributário, correlato à obrigação tributária, depende de sua apuração, que se perfaz, na maioria das vezes, com base ou por meio dos elementos de informação trazidos pelo contribuinte, através do cumprimento das obrigações acessórias” (ESTELLITA, 2001, p. 191).
80. “A obrigação acessória é instituída pela *legislação*, que é lei em sentido amplo (art. 96). Sempre no interesse da arrecadação ou fiscalização dos tributos (art. 113, § 2º). Não implica para o sujeito ativo (fisco) o direito de exigir um comportamento do sujeito passivo, mas o poder jurídico de criar contra ele um crédito, correspondente à penalidade pecuniária” (MACHADO, 2002, p. 111).
81. “O descumprimento da obrigação acessória deve demonstrar aptidão para colocar em perigo a arrecadação tributária. Essa aptidão existirá quando entre a obrigação acessória e a obrigação principal de pagar tributo estabelecer-se nexo de instrumentalidade, e não de mera probabilidade. A instrumentalidade é requisito sem o qual não se pode falar em perigo para o bem jurídico tutelado” (ESTELLITA, 2001, p. 197).
82. “Em primeiro lugar, a lei descreve hipótese em que o tributo é devido. É a *hipótese de incidência*. Concretizada essa hipótese pela ocorrência do *fato gerador*, surge a obrigação tributária, vale dizer, o vínculo jurídico por força do qual o particular sujeita-se a ter contra ele feito um lançamento tributário. Em face da *obrigação tributária* o Estado ainda não pode exigir o pagamento do tributo” (MACHADO, 2002, p. 150).
83. “Para fins didáticos, podemos dizer que a *obrigação* tributária corresponde a uma obrigação ilíquida do Direito Civil, enquanto o *crédito* tributário corresponde a essa mesma obrigação depois de liquidada. O lançamento corresponde ao procedimento de liquidação. [...] O crédito tributário, portanto, é o *vínculo jurídico, de natureza obrigacional, por força do qual o Estado (sujeito ativo) pode exigir do particular, o contribuinte ou [terceiro] responsável (sujeito passivo), o pagamento do tributo ou da penalidade pecuniária (objeto da relação obrigacional)*” (MACHADO, 2002, p. 110 e 150).

bem jurídico-penal⁸⁴, bem como a criminalização de comportamentos de menor ofensividade para o bem jurídico (desnecessidade da tutela penal⁸⁵).

A partir desses pressupostos, pode-se entender que a obrigação tributária principal (pagamento do tributo) integra o núcleo do bem jurídico-penal tributário (arrecadação tributária)⁸⁶. Já as obrigações acessórias não podem integrar o núcleo do bem jurídico-penal tributário, tendo em consideração que o descumprimento de obrigações acessórias pode ameaçar, mas jamais pode produzir lesão efetiva à arrecadação⁸⁷.

Se o bem jurídico é a arrecadação tributária, a qual se vincula diretamente ao pagamento do tributo, a consequência imediata é outra relação de interdependência: a punibilidade do agente nos crimes tributários é corolário da exigibilidade do tributo. O tributo só é exigível após a constituição e antes da extinção do crédito tributário.

Trata-se do seguinte *iter*: previsão legal da hipótese de incidência, ocorrência do fato gerador, configuração da relação tributária, nascimento da obrigação

84. “não se deve confundir bem jurídico tutelado e *ratio* da norma incriminadora, procedimento próprio da concepção metodológica do bem jurídico, que lhe subtrai as possibilidades de operar com função limitadora do *ius puniendi* e crítica do direito posto” (ESTELLITA, 2001, p. 205).

85. “Não se trata de dar cobertura a uma indiscriminada criminalização das atividades econômicas irregulares, que não apenas seria ilegítima mas também disfuncional. Mas o que se diz é que tão-pouco cabe a ‘inibição’, a ‘resistência’, quando essas condutas atingem bens jurídicos essenciais. Entre o excesso e a abstenção *punitivistas*, entre o ‘fugir para o direito penal’ e o ‘fugir do direito penal’, ambas as opções incompatíveis com estratégias preventivas eficazes, está o equilíbrio que se assinalou entre as exigências de proteção de novos bens jurídicos e o da utilização do direito penal como *ultima ratio* da política social. Equilíbrio traduzido na proteção de bens jurídicos *relevantes* – um bem jurídico de grande importância e claramente identificado – perante lesões *insuportáveis* de que sejam objeto, de acordo com o *princípio da necessidade* da intervenção penal” (RODRIGUES, 2019, p. 29-30).

86. “embora não se possa identificar o bem jurídico-penal da arrecadação tributária com a obrigação tributária principal de pagar tributo, notamos que somente esta, dentre as demais obrigações tributárias, integra o núcleo daquele bem, conectando-se à carga valorativa positiva a ele atribuída constitucionalmente” (ESTELLITA, 2001, p. 191-192).

87. “na medida em que o pagamento dos tributos está a depender da exigibilidade do crédito tributário, essa circunstância é essencial para que se possa avaliar a eventual lesão ao bem jurídico. Antes deste momento, somente poderemos pensar em estados de periculosidade para a arrecadação tributária, quando, então, estaremos no domínio próprio das obrigações acessórias” (ESTELLITA, 2001, p. 192).

tributária, lançamento, constituição do crédito tributário e extinção do crédito tributário. Tal é a relevância dessa cadeia causal que se pode, em analogia aos axiomas que fundam a epistemologia garantista⁸⁸, dizer: (a) não há fato gerador sem hipótese de incidência; (b) não há relação tributária sem fato gerador; (c) não há obrigação tributária sem relação tributária; (d) não há lançamento sem obrigação tributária; (e) não há crédito tributário sem lançamento; e (f) não há exigibilidade do tributo sem crédito tributário.

Ademais, não se pode desconsiderar que, após a constituição do crédito tributário, a modificação, a extinção ou a exigibilidade só podem ser alteradas nas estritas hipóteses legais⁸⁹. Interessam, neste artigo, especificamente as hipóteses legais de extinção do crédito tributário pelo pagamento⁹⁰ e de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo parcelamento⁹¹, tendo em vista a influência direta e imediata na punibilidade do agente por crime tributário. No primeiro caso, a hipótese legal incide propriamente na existência do crédito, enquanto, no segundo, incide sobre o efeito do crédito.

Daí que, em relação aos crimes tributários materiais, podem-se ter duas situações distintas para fins político-criminais. Se o pagamento extingue o crédito, não subsiste tributo devido a ser exigido, de modo que se pode cogitar, por conseguinte, na extinção da punibilidade do agente por conta da satisfação da arrecadação tributária (ausência de lesão ao bem jurídico)⁹². O parcelamento, por outro lado, apenas torna inexigível o tributo, criando uma situação precária: o adimplemento das parcelas conserva a suspensão da exigibilidade, mas o inadimplemento torna novamente exigível o crédito. Então, pode-se falar, no máximo, em suspensão da punibilidade do agente.

88. Vide: FERRAJOLI, 1995, p. 91-94.

89. “Uma vez constituído, o crédito tributário somente se modifica, ou se extingue, ou tem a sua exigibilidade suspensão ou excluída, nos casos previstos em lei, fora dos quais não pode a autoridade administrativa dispensar o seu pagamento, nem as suas garantias, sob pena de responsabilidade funcional (CTN, art. 141). Assim é porque o tributo, por sua própria definição legal, há de ser cobrado mediante atividade administrativa plenamente vinculada (CTN, art. 3º)” (MACHADO, 2002, p. 151).

90. “Art. 156. Extinguem o crédito tributário: I – o pagamento;” (BRASIL, 1966).

91. “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] VI – o parcelamento” (BRASIL, 1966).

92. “A extirpação da punibilidade do crime tributário pelo pagamento do tributo revela-se como forma de descriminalização implícita do delito tributário no Brasil. [...] recomposto o dano, se extinguiria o *ius puniendi* estatal” (HUGO, 2011, p. 63-64).

As soluções legislativas passam pelos programas de recuperação de crédito tributários lançados pelos entes federativos. A extinção da punibilidade para alguns dos crimes tributários estava prevista no art. 14 da Lei 8.137/90⁹³, o qual foi revogado no ano seguinte. O requisito era o pagamento integral (principal e acessórios) do tributo ou da contribuição social antes do recebimento da denúncia.

Por conta da alteração da legislação acerca do imposto de renda, foi reintroduzida a hipótese legal de extinção da punibilidade, dessa vez para todos os crimes previstos na Lei 8.137/09, bem como na Lei 4.729/65. O requisito permaneceu o mesmo: pagamento integral do tributo ou contribuição social antes do recebimento da denúncia⁹⁴.

Até então, tratava-se apenas da extinção da punibilidade como corolário da extinção do crédito tributário. Havia um vácuo de regulação no tocante ao parcelamento do tributo durante o adimplemento. No ano de 2000, foi criado o Programa de Recuperação Fiscal (REFIS), por meio da Lei 9.964/00, na qual foi introduzida uma solução parcial. Além da reintrodução da extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo, foi criada a suspensão da pretensão punitiva estatal, acompanhada da suspensão do prazo prescricional, em face dos sócios, quando a pessoa jurídica era incluída no REFIS antes do recebimento da denúncia⁹⁵.

93. “Art. 14. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos nos arts. 1º a 3º quando o agente promover o pagamento de tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (BRASIL, 1990).

94. “Art. 34. Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia” (BRASIL, 1995).

95. “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal” (BRASIL, 2000).

Outra alteração legal resultou na reedição das hipóteses legais⁹⁶, mas o fez com algumas distinções: não circunscreveu o parcelamento, ampliou o rol de crimes cuja punibilidade é suspensa e extinta (arts. 168-A e 337-A do Código Penal), bem como não delimitou temporalmente a extinção da punibilidade. Nesse sentido, exsurge o entendimento de ser possível a extinção da punibilidade enquanto houver pretensão punitiva estatal, ou seja, desde que inexista sentença penal condenatória transitada em julgado⁹⁷, restando evidente a finalidade político-criminal de arrecadação⁹⁸.

Por fim, o caos foi instalado quando, a pretexto de solucionar controvérsias acerca do tema, foi elaborada uma mixagem incongruente, além de mais gravosa para os arguidos⁹⁹. O art. 83 da Lei 9.340/96¹⁰⁰ foi alterado por meio da

96. “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios” (BRASIL, 2003).

97. Ou, a qualquer momento: “Em nosso entender, o dispositivo pode perfeitamente ser interpretado de forma a permitir que *sempre que houver pagamento*, independentemente de ser o momento final do parcelamento, extinta estará a punibilidade e, agora, sem limite temporal, isto é, sem que o recebimento da denúncia inviabilize o efeito jurídico-penal do pagamento integral do tributo” (ESTELLITA, 2003, p. 2).

98. “os critérios de natureza fiscal, meramente ‘arrecadatórios’, sobrepõe-se aos enunciados penais da desistência voluntária e da reparação do dano, amplamente reconhecidos” (RIOS, 2003, p. 138).

99. “Pela nova regra – atualmente em vigor – o parcelamento só é admitido para fins de *suspender* a punibilidade e o prazo prescricional *quando realizado antes do recebimento da denúncia*” (MILANEZ, 2017).

100. “Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e aos crimes contra a Previdência Social, previstos nos arts. 168-A e 337-A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente. § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no caput,

Lei 12.382/11¹⁰¹, a qual criou um tratamento desigual para o parcelamento e para o pagamento. Em caso de parcelamento, é necessário formalizá-lo antes do recebimento da denúncia¹⁰² para que a punibilidade seja suspensa. Mas o efeito jurídico do pagamento integral do tributo segue sendo a extinção da punibilidade do agente a qualquer momento (*rectius*: entre a prática do crime tributário e o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, pois, tratando-se de punibilidade, não há que se falar em pretensão punitiva após o trânsito em julgado, apenas em pretensão executória).

durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no caput quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento. § 5º O disposto nos §§ 1º a 4º não se aplica nas hipóteses de vedação legal de parcelamento. § 6º As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz” (BRASIL, 2000).

101. BRASIL, 2011.

102. Não se desconhece que Prado identifica uma etapa intermediária de admissibilidade da acusação a partir da Lei 11.719/08, entre a investigação e a instrução, indicando a opção por um modelo acusatório de processo penal (PRADO, 2021, p. 120). Segundo o autor: “Esta etapa se encerra com a admissão ou rejeição da denúncia ou ainda com a absolvição do acusado” (PRADO, 2021, p. 120). Nesse ponto, Aury Lopes Jr., diante da redação dos arts. 396 e 399 do Código de Processo Penal, apresentando hipótese de um duplo recebimento da denúncia, entende que, com a inserção da mesóclise ‘recebê-la-á’ no art. 396 do Código de Processo Penal, tem-se “[...] a manutenção do sistema de recebimento imediato da acusação, antes do oferecimento da resposta da defesa” (LOPES JR., 2022, p. 830). Não há, portanto, unanimidade nessa temática. Apesar disso, em 2020, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região julgou o *habeas corpus* 5004647-30.2020.4.03.0000, no qual decidiu, com acerto, que o recebimento da denúncia que impacta a admissão do parcelamento é aquele favorável aos acusados, isto é, o que ocorre *após* a apresentação de resposta à acusação. Nesse sentido, o Desembargador Relator Maurício Kato assentou que: “[...] considerando que na atual sistemática do processo penal, o juízo, antes da instrução, analisa a inicial acusatória sob aspectos diversos e em momentos temporais diferentes, entendo que a aplicação da regra do §2º, do artigo 83, da Lei 9.430/1996 enseja dúvida quanto ao momento crucial de admissão do parcelamento para o efeito de suspender da ação penal e, portanto, me parece que a solução deve recair em favor dos réus, principalmente porque é incontroverso que a adesão e consolidação do benefício fiscal ocorreram entre o primeiro recebimento da denúncia e o juízo que analisou as respostas à acusação” (BRASIL, 2020b).

Por conta desse tratamento desigual, o qual contradiz a previsão legal expressa de extinção do crédito tributário diante da quitação do parcelamento, o tema chegou ao Judiciário, o qual precisou decidir sobre os limites da extinção da punibilidade, culminando na sedimentação do entendimento segundo o qual o pagamento do tributo, a qualquer tempo, extingue a punibilidade do agente¹⁰³⁻¹⁰⁴.

5. REPARAÇÃO DO DANO E PAGAMENTO DO TRIBUTO DEVIDO: A ENCRUZILHADA LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

A referida extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido pode coincidir com uma das condições objetivas do acordo de não persecução penal. Isso ocorre se preenchidos todos os pressupostos (requisitos e condições da ação penal¹⁰⁵) e os requisitos legais do acordo de não persecução penal, sem incidir em alguma das proibições, diante da suposta prática de crime tributário previsto nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137/90 (alguns pressupõem a conclusão do processo administrativo tributário para o lançamento¹⁰⁶) ou nos arts. 168-A ou 337-A do Código Penal. Ou seja, o acordo pressupõe o cabimento da denúncia (com o afastamento da ação penal privada¹⁰⁷), além dos requisitos legais específicos e da não incidência em alguma das proibições.

103. Nesse sentido: BRASIL, 2013; BRASIL, 2017b.

104. O STF também já decidiu, em 2014, que: “No caso de suposta prática de crime tributário, basta, para a suspensão da pretensão punitiva e da prescrição, que tenha o agente obtido da autoridade competente o parcelamento administrativo do débito fiscal, ainda que após o recebimento da denúncia, mas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória” (BRASIL, 2014).

105. “[...] para que o Ministério Público possa propor o acordo, faz-se necessário que o lastro probatório mínimo indique a existência de uma conduta típica, ilícita e culpável, indícios de autoria e que tenha legitimidade para tal, além de atribuição. Portanto, o Ministério Público, ao propor o acordo penal anterior à denúncia, faz uma verdadeira acusação, pretendendo a aplicação de uma pena restritiva de direitos. São esses os elementos componentes de uma acusação: narrativa de um fato criminoso, atribuição desse fato a alguém, classificação jurídica do fato e pedido de condenação” (AMORIM, 2019, p. 50).

106. “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei 8.137/1990, antes do lançamento definitivo do tributo” (BRASIL, 2009).

107. “A ação penal privada subsidiária da pública não tem lugar quando o Ministério Público deixa de oferecer sua acusação, mas se manifesta na investigação criminal já concluída. Exemplos disso são: a) o requerimento de arquivamento; b) a requisição de diligências à autoridade policial; c) a complementação, por ele mesmo, da investigação criminal (artigo 47 do Código de Processo Penal); d) a indicação de incompetência do juízo; e

Não se pode, ainda, admitir sobrecarga (*overcharge*¹⁰⁸) de acusação destinadas a coagir os acordos¹⁰⁹, tanto por ser inconstitucional quanto por ser crime de abuso de autoridade¹¹⁰. Vale dizer, a celebração do acordo na presença de defensor não é garantia de efetiva tutela dos direitos e das garantias fundamentais¹¹¹, uma vez que, a despeito da solução consensual, ainda se exige do patrono a realização de uma defesa penal efetiva¹¹².

Remanesce, então, a discussão, entre defesa e acusação, acerca das condições objetivas as quais devem ser cumpridas pelo investigado. Da redação do *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal emerge a contradição anteriormente referida: trata-se de condições cumulativas ou alternativas? A conjunção “e” cria um paradoxo decorrente do antagonismo entre cumulação e alternativa. Nesse sentido, diante da impossibilidade de interpretação literal, restam quatro opções: (a) desprezar a última palavra (alternativamente), como se fosse o resto esquecido de uma alteração no projeto de lei; (b) ignorar a primeira (cumulativa), porquanto incompatível com a segunda; (c) defender a possibilidade de escolha das condições, cumulativas ou alternativas, a critério do Ministério Público; ou (d) propor critérios complementares do texto legal, em muitos casos usurpando competência legislativa.

e) a negativa de sua atribuição para atuar naquela investigação criminal” (ANDRADE; BRANDALISE, 2017, p. 255).

108. “1) To charge more than a posted or advertised price. 2) To file a criminal complaint for more serious crimes than the known facts support, most often to intimidate the accused into accepting a plea bargain” (OVERCHARGE, 2021).
109. “[...] el diseño de espacios procesales o materiales de reparación, conciliación o, directamente, negociación entre los protagonistas de la interacción que produce el proceso penal, no resalta sino que desdibuja la importancia institucional del favor rei en la actividad jurisdiccional” (RUSCONI, 1998, p. 53).
110. “Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente: Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa” (BRASIL, 2019).
111. “[...] o acordo de não persecução penal ocorre apenas na hipótese de confissão ou autoincriminação espontânea. Portanto, nenhuma garantia constitucional é subtraída do investigado, muito pelo contrário: a nossa experiência mostra uma taxa de aceite superior a 93% em acordos de não persecução penal, sempre mediante a orientação e aquiescência da defesa técnica” (SANTOS, 2019, p. 238).
112. “Defense lawyers are supposed to provide a robust and meaningful defense to their clients regardless of guilt or innocence. Some defense lawyers seem to forget that obligation. They dismiss their clients as ‘guilty’ or unworthy, and don’t worry too much about providing zealous advocacy” (HENRY, 2020, p. 122).

A terceira opção parece a mais adequada à Constituição, à sistemática do sistema acusatório e ao instituto, bastando interpretar o “e” como se fosse “ou”. Trata-se, contudo, de um reparo interpretativo e precário. É imperiosa a alteração do texto legal para afastar qualquer dúvida que possa exsurgir, tanto porque não se pode unificar essa interpretação apenas com o contributo doutrinário quanto porque uma unificação de tal jaez pressupõe a alteração legislativa ou a declaração de nulidade parcial sem redução de texto e a subsequente interpretação conforme a Constituição feita pelo Supremo Tribunal Federal¹¹³ – essa hipótese, apesar de solucionar o problema, não pode alterar o texto legal, portanto, apenas funciona para remendar o equívoco legislativo.

Entende-se que, via de regra, por força do *favor rei*, o acordo deve conter condições alternativas, relacionadas ao fato a respeito do qual se deseja extinguir a punibilidade por meio da celebração do acordo. Tampouco devem existir condições abusivas a pretexto da autorização legal ao Ministério Público para determinar “outra condição” (art. 28-A, V). Por fim, não devem conter condições contraditórias, como a imposição de renúncia a bens ou direitos não relacionados aos instrumentos, produtos ou proveitos do crime (art. 28-A, II), ou a exigência de reparação integral do dano (art. 28-A, I) quando tal reparação, por si só, resultar na extinção da punibilidade.

Para que as partes tenham alguma liberdade para discutir as condições do acordo, é necessário, como se disse, assentar o instituto no quadro de referência do sistema acusatório. O princípio dispositivo é o produto final do construto teórico germânico. Inicialmente, relacionado apenas ao início do processo (*ne procedat iudex ex officio*), posteriormente para tratar também das provas e do conteúdo do processo (*iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet*)¹¹⁴.

Portanto, primeiro criou-se o que foi chamado de princípio da demanda (hoje praticamente esquecido, por conta da ampla difusão das noções de reserva da

113. Vide: STRECK, 2010.

114. “Nell’ampio raggio dele sue irradiazioni, il brocardo [iudex secundum allegata et probata partium iudicare debet] funziona come un reagente che rivela il paradigma costitutivo dell’esperienza processuale di diritto comune in quanto fondata su quella che Nörr denomina (come avevano già fatto prima di lui i processualisti tedeschi del gemeines Recht e come faranno poi moltissimi altri studiosi, da van Carnegm a Lepsius, da Padoa Schioppa a Landau, ecc.) con il termine moderno di Verhandlungsmaxime [máxima da negociação], per rimarcare il potere in linea di principio monopolistico delle parti pure nelle iniziative istruttorie (con il giudice che decide – come scrisse San Tommaso occupandosi ampiamente dello iudicium nell’ambito della Secunda secundae della Summa theologiae – ‘secundum ea quae fuerunt sibi proposita’)” (PANZAROLA, 2019, p. 174).

jurisdição ou de indefectibilidade da jurisdição) ou de máxima de negociação (*Verhandlungsmaxime*)¹¹⁵, segundo o qual a jurisdição pressupunha provocação (ação), depois, a partir das discussões acerca de poderes instrutórios do juiz, integrou-se o princípio da demanda ao princípio dispositivo¹¹⁶.

Pode também influenciar nas condições propostas a concepção de ação do membro do Ministério Público, mormente se adepto da teoria geral do processo, segundo a qual são gerais as condições da ação, independentemente de se tratar de Direito Processual Civil ou não. Tem-se aí um imbróglio iniciado pela concepção de início do processo com a ação, a qual é, simultaneamente, exercício (ação como substantivo do verbo agir), direito de exercício (ação como direito) ou direito de direito de exercício (direito de ação), cuja consequência imediata é

115. “A doutrina das *Maximen* – evocada pelo Prof. Panzarola em sua conferência sobre ‘A evolução dos princípios no processo civil’ – dividiu em duas categorias os sistemas processuais: por um lado, aqueles regidos pela *Verhandlungsmaxime*, em que a obtenção do material instrutório cabe às partes; por outro lado, aqueles em que vige o ‘princípio inquisitório’ (*Untersuchungsmaxime*), onde a produção das provas é tarefa do juiz, eclipsando cada relevo autônomo da iniciativa da parte. Este último princípio foi progressivamente abandonado, tanto que, já em meados do século XIX, nenhuma legislação civil era ainda marcada pelo *Untersuchungsmaxime*. Dada a tendencial disponibilidade do objeto do processo civil, o repúdio ao método inquisitório convence os autores da época de que o princípio dispositivo seria um epifenômeno da disponibilidade do objeto processual. Mas, na Alemanha do final do século passado [XIX], toma corpo um movimento *sceveratore*, que distingue o ‘senhorio da parte [...] ao pôr em andamento o processo e determinar o seu conteúdo’ (*Dispositionsprinsip*) da ‘dependência do juiz da parte no que diz apenas com a obtenção do material de fato e dos meios para prova-lo’ (*Verhandlungsmaxime*); o primeiro fenômeno diz respeito aos modos segundo os quais se pode requerer a tutela de uma situação substancial, o outro se refere à técnica processual, ao método de accertamento” (BRONZO, 2018, p. 84-85).

116. “No campo do processo civil, criou-se um movimento de distinção dos conteúdos, colocando de um lado o poder das partes em levar ao processo e determinar o conteúdo a ser processado (*Dispositionsprinsip*), e de outro a questão do accertamento do caso com limitação do juiz aos poderes instrutórios das partes (*Verhandlungsmaxime*). Essa diferenciação foi usada como forma de possibilitar a atribuição de poderes instrutórios aos juízes do processo civil, independentemente da disponibilidade do conteúdo material dos direitos. Aquilo que é o conteúdo do *Dispositionsprinsip* vem traduzido como se fosse o conteúdo do princípio dispositivo, entretanto, trata-se de um desdobramento do princípio dispositivo, aqui conhecido como princípio da demanda. Enquanto o princípio da demanda se relaciona apenas com o exercício da ação (limitando, por exemplo, a ação *ex officio*), o princípio dispositivo tem um conteúdo mais amplo, e se relaciona com o processo durante todo seu percurso, em especial na limitação probatória do juiz” (VILLA, 2018, p. 259).

o reconhecimento de um direito (fundamental, para alguns) do estado-acusador a dar início a um processo penal¹¹⁷.

Soma-se a isso a deturpada noção de obrigatoriedade da ação penal, segundo a qual o Ministério Público estaria sempre obrigado a dar início ao processo penal, independentemente de existirem ou não elementos mínimos configuradores da justa causa (denuncismo¹¹⁸). A essa altura, já se nota que o direito de ação se chocou com a obrigatoriedade, produzindo uma confusão entre direito e dever que alguns pretendem resolver propondo um “direito-dever” de ação.

A confusão provocada pela teoria geral do processo em matéria de acordo de não persecução penal culmina na equivocada interpretação do cumprimento das condições do acordo como hipótese de afastamento da condição da ação chamada interesse de agir (hoje, no processo civil, chamadas de requisitos processuais¹¹⁹), caracterizada pela necessidade e pela utilidade da tutela jurisdicional¹²⁰.

117. “Como consequências deste rol monopolístico desempenhado pelo conceito de [ação penal como] direito subjetivo é que se chega a afirmações absurdas, como por exemplo, a afirmação de o Ministério Público possuir direitos fundamentais. De fato, como é possível uma instituição possuir direitos fundamentais? Demais disso, como é possível se defender a existência de um direito do Ministério Público à proposta de transação penal ou mesmo de diminuição da pena pela delação premiada (direito que sequer lhe pertenceria, se adotássemos o critério de conferir ao Estado, direitos)” (GLOECKNER, 2011, p. 51).

118. “O denunciismo (no qual primeiro se ajuíza a ação penal para depois verificar a existência de provas aptas a formar um juízo condenatório), a generalidade das imputações (criptoimputação, segundo Cordero) capazes de sustentar a denominada ‘denúncia genérica’ são apenas alguns exemplos do panorama identificado por Calamandrei sobre os problemas do esboço de uma teoria geral da ação, nos patamares carneluttianos” (GLOECKNER, 2011, p. 55).

119. “o CPC atual não mais se vale da categoria ‘condição da ação’ como gênero, de que são espécies a *legitimidade ad causam* e o *interesse de agir*. O CPC continua a regular essas espécies de requisito de admissibilidade do processo, não mais sob a rubrica ‘condição da ação’. [...] Subsomem-se, então, à tradicional e consagrada categoria dos ‘pressupostos processuais’, guarda-chuva que abrange *todos* os requisitos de admissibilidade de um processo” (DIDIER JR., 2015, p. 342).

120. “O exame do interesse de agir (interesse processual) passa pela verificação de duas circunstâncias: a) utilidade e b) necessidade do pronunciamento judicial. Há quem acrescente, ainda, a ‘adequação do remédio judicial ou procedimento’ como elemento necessário à configuração do interesse de agir, posição com a qual não concordamos, pois procedimento é dado estranho no estudo do direito de ação e, ademais, eventual equívoco na escolha do procedimento é sempre sanável (art. 250 e 295, V, do CPC-73)” (DIDIER JR., 2013, p. 246).

O equívoco dessa concepção reside nas proibições do acordo para determinados crimes, em conformidade com a natureza da infração ou o *quantum* de pena, sem que tais vedações estejam relacionadas à ação penal. Daí por que, se o cumprimento do acordo esvaziasse o interesse de agir, seria cabível e afastaria o interesse de agir independentemente da classificação jurídica do crime¹²¹.

É nesse quadro de reformulação da teoria do processo penal, assentado em uma teoria da acusação, dissociada da teoria da ação penal, que se pode refletir com maior profundidade acerca das condições do acordo de não persecução penal e, mais especificamente, sobre a negociação das condições desse acordo¹²². Evidentemente, para admitir que se discuta uma solução consensual para a controvérsia, faz-se imprescindível que haja indícios mínimos de autoria e materialidade¹²³, na medida em que não se pode cogitar de uma solução despenalizante quando a situação fática não ensejaria a persecução penal¹²⁴.

A exigência de reparação do dano, nos crimes tributários, corresponde à reparação da lesão ou ameaça de lesão ao bem jurídico-penal (arrecadação tributária). Tal reparação se dá pelo pagamento integral (principal e acessórios) do

121. “ainda que o entendimento do Conselho Nacional do Ministério Público [segundo o qual o cumprimento do acordo resultaria na ausência de interesse de agir por satisfazer a pretensão punitiva estatal] fosse considerado correto, a consequência prática dessa definição de interesse de agir é a criação de um problema ainda maior para o Ministério Público nacional, mas não dimensionado por aquele Conselho. Melhor explicando, se a ausência de interesse de agir decorreria do cumprimento do acordo de não-persecução penal, por qual motivo esse acordo não poderia ser realizado em toda e qualquer infração penal, em lugar de somente ser possível naquelas em que não houver violência ou grave ameaça à pessoa? Se a discussão envolve uma das condições da ação penal, ela estará ausente ou presente – com o perdão da redundância – em todo o tipo de ação penal, independentemente da infração penal cometida” (ANDRADE, 2017, p. 254).

122. “Além das condições objetivas de aplicação da disponibilidade do conteúdo do processo penal, como no caso de renúncia à impugnação de sentença há, sem dúvida, grande esfera de atuação da disponibilidade nos conteúdos subjetivos desenvolvidos no processo, ou seja, das manifestações em sentido concreto” (VILLA, 2018, p. 268).

123. “a promoção de arquivamento [...] 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” (DUCLERC; MATOS, 2022, p. 244-245).

124. GIACOMOLLI; EBERHARDT, 2021.

crédito tributário devidamente constituído (após o lançamento definitivo). São consequências jurídicas dessa reparação, em primeiro lugar, a extinção do crédito tributário, em segundo lugar, como efeito dessa extinção, a extinção também da punibilidade do agente. O parcelamento, por outro lado, não extingue o crédito tributário, mas suspende a exigibilidade do tributo e, como efeito, suspende a punibilidade do agente.

Subsiste, então, tanto na hipótese de pagamento quanto na hipótese de parcelamento, o crime tributário, mas o poder punitivo não pode ser desencadeado, seja pela extinção da punibilidade, seja pela suspensão. Sendo impunível o crime, não há que se falar em início ou em continuidade da persecução penal, pelo que seria inadequada a celebração de acordo de não persecução penal diante da extinção ou da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Daí por que, diferentemente, p. ex., dos crimes ambientais¹²⁵, resta apenas uma alternativa: a reparação do dano, para fins de celebração do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, não só não precisa ser integral, como pode ser dispensada. Podem as partes, portanto, discutir se é exigida a reparação e o *quantum* exigido.

Alguém poderia defender que, da interpretação sistemática dos crimes tributários, resultaria o entendimento de que bastaria o parcelamento do tributo para a celebração do acordo. Tal entendimento estaria assentado em argumentos bastante relevantes: (a) o parcelamento é instituto de recuperação de crédito tributário estabelecido em lei; (b) o parcelamento pressupõe o reconhecimento do débito por parte do investigado; (c) o mero inadimplemento¹²⁶ involuntário, total ou parcial, não caracteriza ato ilícito algum; (d) o adimplemento pode ser obtido em sede de execução fiscal na qual também podem ser pleiteadas as despesas

125. “é condição para o acordo de não persecução que a pessoa jurídica repare o dano ou restitua a coisa à vítima (art. 18, I, Res. CNMP 181). Aqui, a condição é *sine qua non* e não pode, no caso de crime ambiental, ser mitigada, a teoria do que dispõem os arts. 17 e 27, ambos da Lei ambiental” (MORAES, 2018, p. 280).

126. “a principal diferença entre mora e inadimplemento está na possibilidade ou impossibilidade do cumprimento da obrigação. Há *mora* quando, muito embora não cumprida a obrigação no lugar, no tempo ou na forma convencionados, ainda subsiste a possibilidade de cumprimento; o devedor ainda pode cumprir a obrigação, com proveito para o credor. Há *inadimplemento absoluto* quando a obrigação não foi cumprida, nem mais subsiste para o credor a possibilidade de receber a prestação [...] O inadimplemento pode ser total ou parcial. Total quando a obrigação, em sua totalidade, deixou de ser cumprida, como, por exemplo, em virtude do perecimento do objeto; parcial se, compreendendo a obrigação, v. g., vários objetos, apenas alguns foram entregues” (CAVALIERI FILHO, 2012, p. 313-315).

decorrentes do inadimplemento¹²⁷; e, (e) caso seja constatado o uso fraudulento do parcelamento para a celebração do acordo de não persecução penal, a extinção da punibilidade do agente pelo crime tributário não obsta a instauração de nova persecução penal que tenha por objeto tal fraude. Contudo, todas essas circunstâncias pressupõem a punibilidade.

Nesse sentido é que, ainda que subsista uma lesão efetiva ao bem jurídico-penal “arrecadação tributária”, entende-se que a reparação do dano não pode ser exigida como condição objetiva para o acordo de não persecução penal. Restaria a cogitação de percentual do débito, inferior ao valor exigido para formalizar o parcelamento, mas a reparação continuaria a coincidir com normas específicas mais benéficas para os arguidos, e o parcelamento continuaria a ser um pagamento parcial com potencial de extinção da punibilidade a qualquer momento.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Neste trabalho, situou-se o acordo de não persecução penal no contexto da “americanização à brasileira”, partindo dos pressupostos teóricos dos sistemas processuais penais, a fim de propor um redimensionamento e um direcionamento interpretativo dos mecanismos brasileiros de justiça penal negocial rumo ao desencarceramento, em vez do uso entrópico dos institutos para a profusão do encarceramento seletivo e em massa.

Posteriormente, analisou-se a estrutura normativa e alguns aspectos pontuais do funcionamento do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro, dando algum destaque para a aberração decorrente da suspensão dos efeitos das normas que instituíram o juiz das garantias. Sem uma etapa intermediária conduzida por um juiz das garantias, não há como se chegar a um sistema acusatório. Consequentemente, pode haver o uso do acordo de não persecução penal como instrumento judicial de extorsão de acordos, com auxílio do Ministério Público.

Adentrou-se à temática específica dos crimes tributários para abordar as distinções entre suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo parcelamento e extinção do crédito tributário pelo pagamento, bem como dos respectivos efeitos: suspensão da punibilidade e extinção da punibilidade.

127. “[...] o Código Civil aponta como efeitos do inadimplemento culposo da obrigação a mora, perdas e danos, juros, cláusula penal e arras, sendo certo que o legislador civil aplica tais efeitos para o não cumprimento de qualquer obrigação, quer seja esta contratual ou extracontratual” (TEIXEIRA, 2013, p. 96).

Feito esse percurso, culminou-se no ponto de cruzamento do trabalho, partindo das complicações decorrentes da inexistência de uma teoria da acusação, cuja consequência é a preservação da teoria da ação, imprestável para o acordo de não persecução penal. Concluiu-se com o apontamento da encruzilhada legal e, a partir dela, uma proposta interpretativa para solucionar a coincidência de consequências jurídicas do pagamento do tributo/reparação do dano: diante do caráter alternativo das condições do acordo de não persecução penal, o Ministério Público deve dispensar qualquer reparação do dano (o que parece a melhor opção, tendo em conta que o pagamento e o parcelamento do tributo, modalidades de reparação total e parcial do dano, possuem regramento específico mais benéfico).

Essa é apenas uma das inconsistências do acordo de não persecução penal. Para contribuir com futuros estudos sobre o tema, apontam-se como outros questionamentos ainda pertinentes: Em caso de descumprimento, a denúncia oferecida poderá ser instruída com cópia do termo de acordo? Eventuais elementos incriminatórios que acompanham o acordo poderão ser utilizados? Caso possam, quantos, quais, em que circunstâncias e para quais finalidades? Caso não possam, o que será feito com o acordo e demais elementos que o acompanhem? Desvios do curso causal da atividade probatória (teorias da fonte independente, da descoberta inevitável e da serendipidade) poderão ser invocados para aproveitar os elementos? A situação mais benéfica do investigado aceitando um acordo em detrimento da condenação será necessariamente perdida – não há *reformatio in pejus* indireta? Eventual descumprimento parcial enseja automaticamente a rescisão do acordo? Caso fortuito e força maior justificam descumprimentos? Outras hipóteses legais justificam? Condições cumpridas integral ou parcialmente podem ser descontadas de eventual pena imposta após o oferecimento da denúncia?

7. REFERÊNCIAS

- AMORIM, Pierre Souto Maior Coutinho de. Considerações processuais sobre os acordos previstos no projeto de Lei n. 882/2019 (Projeto “Anticrime”). *Juris Plenum*, ano XV, n. 88, p. 43-58, 2019.
- ANDRADE, Flávio da Silva. O acordo de não persecução penal criado pelo Conselho Nacional do Ministério Público – Artigo 18 da Resolução 181/2017: análise de sua compatibilidade constitucional. *Revista do TRF3*, ano XIX, n. 137, p. 45-60, 2018.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à

- inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, n. 37, p. 240-262, 2017.
- ANITÚA, Gabriel Ignacio. A importação de mecanismos consensuais do processo estadunidense nas reformas processuais latino-americanas. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- ASSOCIAÇÃO dos Magistrados Brasileiros. AMB e Ajufe ingressam com ADI no STF contra “juiz das garantias”. *AMB*, Brasília, 27.12.2019. Disponível em: [www.amb.com.br/amb-e-ajufe-ingressam-com-adi-no-stf-contrajuez-das-garantias]. Acesso em: 16.04.2021.
- BERTI, Marcio Guedes. Análise da proposta de inclusão dos artigos 28-A e 395-A no Código de Processo Penal: *plea bargain* – a justiça penal negociada. 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.
- BINDER, Alberto Martín. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Nuevo León: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- BRONZO, Pasquale. O princípio dispositivo em matéria de prova no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. Trad. Antônio Menezes Cordeiro. 3. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2002.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. A reforma global do Código de Processo Penal: uma refundação garantista?. *Revista Eletrônica do Ministério Público do Estado de Goiás*, n. 34, p. 21-34, 2017b.
- CHOUKR, Fauzi Hassan. Há, de fato, um novo processo penal a caminho? Primeiras linhas sobre o PL 8045/2010 (PLS 165/09). *Empório do Direito*, São Paulo, 19.08.2017a. Disponível em: [https://emporiiododireito.com.br/leitura/ha-de-fato-um-novo-processo-penal-a-caminho-primeiras-linhas-sobre-o-pl-8045-2010-pls-165-09-por-fauzi-hassan-choukr]. Acesso em: 16.04.2021.
- COMISSÃO Editorial. Pacote anticrime: remédio ou veneno?. *Boletim IBCCRIM*, n. 317, p. 1-2, 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito*. Universidade Federal do Paraná, Curitiba, v. 30, n. 30, p. 163-198, 1998.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O núcleo do problema no sistema processual penal brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, n. 175, p. 11-13, 2007.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. As reformas parciais do CPP e a gestão da prova: segue o princípio inquisitivo. *Boletim IBCCRIM*, n. 188, p. 11-13, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Para passar do sistema inquisitório ao sistema acusatório: *jouissance*. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017. v. 1.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Plea bargaining* no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim do IBCCRIM*, São Paulo, n. 317, p. 02-05, 2019.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Novo Código de Processo Penal pede nova mentalidade. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 06.04.2009. Disponível em: [www.conjur.com.br/2009-abr-06/revisao-codigo-processo-penal-demanda-sistema-acusatorio]. Acesso em: 16.04.2021.
- DAVID, Décio Franco; CANI, Luiz Eduardo. O que virá depois da vedação de execução antecipada de pena?. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 25.11.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-nov-25/opiniao-vira-vedacao-execucao-antecipada-pena]. Acesso em: 16.04.2021.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 15. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. v. 1.
- DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.
- DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. 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. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 187, p. 233-258, 2022.
- ESTELLITA, Heloisa. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Ed. RT, 2001.
- ESTELLITA, Heloisa. Pagamento e parcelamento nos crimes tributários: a nova disciplina da Lei 10.684/03. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 130, p. 02-03, set. 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez et al. Madrid: Trotta, 1995.
- GARCIA, Emerson. O acordo de não persecução penal passível de ser celebrado pelo Ministério Público: breves reflexões. *Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro*, n. 68, p. 39-42, 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu; EBERHARDT, Marcos. A justa causa no acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*, 21.10.2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/2021-out-21/opiniao-justa-causa-acordo-nao-persecucao-penal]. Acesso em: 14.12.2021.

- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e processo penal: uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2018. v. 1.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Inaplicabilidade do conceito de ação ao processo penal. *Sistema Penal & Violência*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 47-61, 2011.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017. v. 1.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018a. v. 2.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel; FANDIÑO, Marco. Balance y propuestas para la consolidación de la justicia penal adversarial en América Latina. In: FUCHS, Marie-Christine; FANDIÑO, Marco; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.). *La justicia penal adversarial en América Latina. Hacia la gestión del conflicto y la fortaleza de la ley*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2018b.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2019. v. 3.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2020. v. 4.
- HENRY, Jessica S. *Smoke but no fire: convicting the innocent of crimes that never happened*. Oakland: University of California Press, 2020.
- HUGO, Maicon Guedes. *Política criminal no direito penal tributário: uma abordagem pela descriminalização substitutiva utilizando o direito administrativo sancionador*. 2007. 173f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2011.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão pura*. Trad. Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. 5. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.
- LAMPEDUSA, Giuseppe Tomasi di. *O leopardo*. São Paulo: Abril Cultural, 1979.
- LANGBEIN, John Harriss. Torture and plea bargaining. *The University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 46, n. 1, p. 03-22, 1978.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner e Frederico C. M. Faria. *Delictae*, v. 2, n. 3, p. 19-115, 2017.
- LUCA, Giuseppe de. *Primi problemi della riforma del processo penale*. Veneza: Sansoni, 1962.

- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de direito tributário*. 21. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
- MELCHIOR, Antonio Pedro. Os movimentos de reforma do Código de Processo Criminal brasileiro. In: GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel (Dir.) (Org.). *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2017. v. 1.
- MILANEZ, Bruno. Crimes tributários: efeitos do parcelamento do tributo. *Canal Ciências Criminais*, Porto Alegre, 07.02.2017. Disponível em: [https://canalcienciascriminais.com.br/crimes-tributarios-efeitos]. Acesso em: 16.04.2021.
- MORAES, Rodrigo Iennaco de. A celebração de acordo de não persecução penal entre o Ministério Público e a pessoa jurídica responsável por crime ambiental. In: CARVALHO, Érika Mendes de; PRADO, Alessandra Mascarenhas (Org.). *Repensando a proteção do meio ambiente: 20 anos da Lei 9.605/98*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- OVERCHARGE. In: WEX. Ithaca: *Cornell Law School's Legal Information Institute*, 2021. Disponível em: [www.law.cornell.edu/wex/overcharge]. Acesso em: 16.04.2021.
- PANZAROLA, Andrea. Alle origini del principio dispositivo: il brocardo *iudex secundum allegata e probata* (partium) *iudicare debet*. In: SIMONS, Adrian; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; RAGONE, Alvaro Pérez; LUCON, Paulo Henrique dos Santos (Coord.). *Estudos em homenagem a Ada Pellegrini Grinover e José Carlos Barbosa Moreira*. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2019.
- POLI, Camilin Marcie de; VILLA, Giovani Frazão della. A indisponibilidade do conteúdo do processo penal e o acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019. In: FELIX, Yuri; CAMARGO, Rodrigo Oliveira de. *Pacote anti-crime: reformas processuais: reflexões críticas à luz da Lei 13.964/2019*. Florianópolis: EMais, 2020.
- RIOS, Lucas P. Carapiá. Procedimentos abreviados e de negociação penal na implementação de um modelo adversarial de processo: os riscos da cultura inquisitória e das aspirações neoliberais de eficiência. In: POSTIGO, Leonel González (Org.). *Desafiando a Inquisição: ideias e propostas para a Reforma Processual Penal no Brasil*. Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA), 2018. v. 2.
- RIOS, Rodrigo Sánchez. *Das causas de extinção de punibilidade nos delitos econômicos*. São Paulo: Ed. RT, 2003.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. A celeridade no processo penal. Uma visão de direito comparado. *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Coimbra, ano 8, n. 2, p. 233-250, 1998.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal económico: uma política criminal na era compliance*. Coimbra: Almedina, 2019.

- RUSCONI, Maximiliano Adolfo. Principio de inocencia e 'in dubio pro reo'. *Revista Jueces para la Democracia*, Madri, n. 33, p. 44-68, 1998.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal* – Parte geral. 5. ed. Florianópolis: Conceito, 2012.
- SANTOS, Mauro Guilherme Messias dos. Acordo de não persecução penal: confusão com o *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 27, n. 108, p. 235-254, 2019.
- STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, v. 15, n. 1, p. 158-173, 2010.
- SUTHERLAND, Edwin H. A criminalidade de colarinho branco. Trad. Lucas Minorelli. *Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal – UFRGS*, v. 2, n. 2, p. 93-103, 2014.
- TEIXEIRA, Mônica Ribeiro. Inadimplemento das obrigações. In: MARIANO, Leila (Coord.). *10 Anos do Código Civil: aplicação, acertos, desacertos e novos rumos*. Rio de Janeiro: EMERJ, 2013. v. II.
- TIEDEMANN, Klaus. *El concepto de derecho penal económico*. *Revista Chilena de Derecho*, v. 10, p. 59-68, 1983.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- VILLA, Giovani Frazão della. Considerações sobre o princípio dispositivo no processo penal. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018. v. 4.

Legislação

- BRASIL. Assembleia Constituinte. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Brasília: Assembleia Constituinte, 05 out. 1998. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 8.045/10. Projeto de Código de Processo Penal. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 181, de 7 de agosto de 2017a. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução 183, de 24 de janeiro de 2018. Altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da

- Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Decreto-lei 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro: Senado Federal, 13.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 08.12.2021.
- BRASIL. Lei 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília: Senado Federal, 25 out. 1966. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172Compilado.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 27 dez. 1990. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8137.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 9.249, de 26 de dezembro de 1995. Altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 26 dez. 1996. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9249.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 9.964, de 10 de abril de 2000. Institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844, de 20 de janeiro de 1994. Brasília: Senado Federal, 10.04.2000. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9964.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 10.684, de 30 de maio de 2003. Altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 30.05.2003. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.684.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 12.382, de 25 de fevereiro de 2011. Dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei 12.255, de 15 de junho de 2010. Brasília: Senado Federal, 25.02.2011. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12382.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Lei 13.869, de 5 de setembro de 2019b. Dispõe sobre os crimes de abuso de autoridade; altera a Lei 7.960, de 21 de dezembro de 1989, a Lei 9.296, de

- 24 de julho de 1996, a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei 8.906, de 4 de julho de 1994; e revoga a Lei 4.898, de 9 de dezembro de 1965, e dispositivos do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal). Brasília: Senado Federal, 05.10.2019. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13869compilado.htm]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Ministério da Justiça. Projeto de lei “anticrime”, de 4 de fevereiro de 2019a. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Voto 1.047/21. Rel. Subprocurador-Geral da República Francisco de Assis Vieira Sanseverino. Brasília, 04.03.2021. Disponível em: [www.conjur.com.br/dl/mpf-admite-excecao-regra-estabelece.pdf]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas corpus 362.478/SP. Pacientes: Rodrigo Sitrangulo da Silva; Eduardo Alberto Dipe. Autoridade coatora: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Brasília, 20.09. 2017b. Disponível em: [https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1634024&num_registro=201601823860&data=20170920&peticao_numero=-1&formato=PDF]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo regimental no recurso extraordinário 641.138/PR. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Orestes Gandin; Milton Yukishigue Morimitsu. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. 2ª Turma. Brasília, 13.05.2014. Disponível em: [https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=227098410&ext=.pdf]. Acesso em: 22.04.2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas corpus 116.828/SP. Paciente: Flavio Maluly Filho. Autoridade coatora: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Brasília, 13.08.2013. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=4681853]. Acesso em: 16 abril 2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida cautelar na ação direta de inconstitucionalidade 6.300. Rel. Min. Luiz Fux, j. 22.01.2020a. Disponível em: [http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751844584&prcID=5840552&ad=s]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante 24, de 11 de dezembro de 2009. Disponível em: [www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1265]. Acesso em: 16.04.2021.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Habeas corpus 5004647-30.2020.4.03.0000. Pacientes: Marcelo Alonso Crespo; Marco Antônio Alonso Crespo. Impetrado: 6ª Vara da Subseção Judiciária de Santos/SP. Relator: Desembargador Maurício Yukikazu Kato. 5ª Turma. São Paulo, 10.06.2020b. Disponível em: [https://web.trf3.jus.br/base-textual/Home/Lista-Colecao/9?np=1]. Acesso em: 22.04.2022.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal; Tributário

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Defensor público de garantias e consenso no processo penal, de Nestor Eduardo Araruna Santiago e Eduardo Augusto da Silva Dias – *RBCCrim* 184/183-214.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM 2020 E 2021

THE NON-PROSECUTION AGREEMENT IN THE BRAZILIAN SUPREME COURT CASELAW OF 2020 AND 2021

VINICIUS GOMES DE VASCONCELLOS

Doutor em Direito pela USP. Mestre em Ciências Criminais pela PUCRS. Professor do IDP/DF (mestrado e doutorado) e da UEG/GO. Editor-chefe da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Assessor de Ministro no Supremo Tribunal Federal. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/9628659956663949]. ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-2020-5516]. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.117].
vinicius.vasconcellos@ueg.br

Recebido em: 20.01.2022

Aprovado em: 07.04.2022

Última versão do autor: 08.06.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

RESUMO: Considerando-se a inserção do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal pela Lei 13.964/2019, neste artigo pretende-se analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal quanto ao tema nos dois anos subsequentes (2020 e 2021). A partir de estudo quantitativo e qualitativo dos acórdãos colegiados proferidos no período e publicados no momento da pesquisa, almeja-se verificar quais os principais temas abordados, posicionamentos adotados, seus fundamentos e as características de tal atuação (órgão julgador, Ministro/a relator/a, espécie de ação/recurso que originou a questão, momento e modo do julgamento). Entre os 25 acórdãos, a maioria dos julgamentos se deu em *habeas corpus*, em 2021, na Primeira Turma, em ambiente virtual, por unanimidade. Essencialmente, a atenção do STF se focou na

ABSTRACT: Considering the introduction of the non-prosecution agreement in the Brazilian Criminal Procedure code by the Law 13.964/2019, this article intends to describe the Supreme Court caselaw on the subject in the two subsequent years (2020 and 2021). Based on a quantitative and qualitative study of the full court judgments delivered in the period and published at the time of this research, it will verify the main topics addressed, positions adopted, their grounds and the characteristics of such decisions (judging board, rapporteur, type of action/appeal, time and type of judgment). Among the 25 cases, most judgments took place in *habeas corpus*, in 2021, in the First Section, in a virtual trial, unanimously. Essentially, the attention of the Supreme Court focused on the issue of retroactivity of the law and the non-prosecution

temática da retroatividade da norma e no cabimento do ANPP nos processos em curso, mas ainda nessa questão não há formação de uma posição pacificada na Corte.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Supremo Tribunal Federal – Análise jurisprudencial – Justiça negociada – Processo penal.

agreement negotiation in the ongoing cases, but there is still no unanimous opinion of the court on this issue.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement – Brazilian Supreme Court – Caselaw study – Negotiated justice – Criminal procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Metodologia. 3. Resultados. 4. Discussão qualitativa dos temas julgados e seus fundamentos. 4.1. Retroatividade do ANPP e cabimento em processos já iniciados. 4.2. Direito subjetivo, revisão ministerial e ANPP após a instrução processual. 4.3. Pressupostos de cabimento do ANPP. 4.4. Homologação judicial do ANPP em foro privilegiado. 5. Conclusão. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

O¹ acordo de não persecução penal foi inserido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964 ao final de 2019, entrando em vigência após a *vacatio legis* de 30 dias. Embora tal mecanismo já estivesse previsto com algumas distinções na Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, foi a partir de então que os Tribunais superiores passaram a analisar um maior número de casos relacionados à sua aplicabilidade.

Trata-se de instituto que pode ser caracterizado no cenário mais amplo de expansão da justiça criminal negociada, definindo-se como um acordo entre o imputado, assistido por defesa técnica, e a acusação, almejando-se obter a conformidade (a não resistência) à pretensão acusatória com a confissão do autor do fato e a sua submissão às condições pactuadas em uma situação idealmente mais benéfica do que aquela eventualmente imposta ao fim do processo em uma sentença condenatória.² Ou seja, suprime-se o processo, a produção da prova e

1. Trabalho vinculado ao Grupo de Pesquisas “Observatório de Precedentes Criminais” [<http://dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/5829584006966338>] e desenvolvido em meio a pesquisas realizadas com fomento do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), em parceria com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), no âmbito do Programa Fazendo Justiça “Fortalecimento do Monitoramento e da Fiscalização do Sistema Prisional e Socioeducativo” (BRA/18/019).
2. SANTOS, Mauro G. M. Acordo de não persecução penal: confusão com *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 108, p. 235-254, out.-dez. 2019. p. 250; MOURA, Maria Thereza R. A.; ROSSI, Maria Paula C. Acordo

o contraditório em troca de um sancionamento mais célere e consentido pela defesa.³

A Lei 13.964/2019 introduziu o art. 28-A no CPP, em que se regula o acordo de não persecução penal no seu *caput* e em quatorze parágrafos. Por óbvio, é inviável que a legislação abarque de modo exauriente todas as minúcias de qualquer instituto, mas é ainda maior a importância de um regime normativo detalhado quando se diz respeito a mecanismos negociais na justiça criminal. Assim, certamente os Tribunais brasileiros enfrentarão inúmeras situações concretas e a sua jurisprudência complementará eventuais lacunas ao longo do tempo.

Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal possui papel fundamental na consolidação das interpretações de tal instituto consensual, o que, a exemplo do ocorrido em relação à colaboração premiada,⁴ tende a acontecer no sentido da proteção dos direitos fundamentais e da segurança jurídica no ordenamento. Assim, a análise de sua produção jurisprudencial é basilar para o correto entendimento e a legítima aplicação do acordo na justiça criminal.

Diante disso, neste artigo pretende-se analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal em casos relacionados ao acordo de não persecução penal nos dois anos subsequentes à sua introdução no CPP brasileiro (2020 e 2021). A partir de estudo jurisprudencial quantitativo e qualitativo, almeja-se verificar quais os principais temas abordados, posicionamentos adotados e as características de tal atuação (órgão julgador, Ministro relator, espécie de ação/recurso que veiculou a questão, momento e modo do julgamento). Após a delimitação da metodologia e a exposição geral dos resultados quantitativos, será realizada discussão dos principais temas e posicionamentos adotados, a partir dos fundamentos assentados nos julgados.

2. METODOLOGIA

A análise jurisprudencial realizada direciona-se à atuação do Supremo Tribunal Federal no período posterior à vigência da Lei 13.964/2019 com a inserção

de não persecução penal na Lei 13.964/2019. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MADURO Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 616.

3. MENDES, Soraia da R.; SOUZA, Augusto C. B. 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, n. 3, p. 1175-1208, set.-dez. 2020. p. 1203.
4. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2021.

do ANPP no art. 28-A do CPP. O recorte institucional justifica-se em razão da relevância da jurisprudência do STF na proteção de direitos fundamentais, diretamente afetados em um cenário de negociações na justiça criminal, o qual, inclusive, já tem se destacado na interpretação do instituto correlato da colaboração premiada.

Como marco temporal, restringiu-se as buscas aos julgamentos realizados entre janeiro de 2020 e dezembro de 2021. Contudo, considerando-se que o levantamento ocorreu em 24 de dezembro de 2021, deve-se ressaltar que se excluem os julgamentos efetivados no período, mas ainda não publicados no meio oficial (site oficial do STF). Em termos de recortes processuais, tendo em vista o expressivo número de decisões monocráticas, o que inviabilizaria a conclusão da pesquisa no prazo pretendido (“teste fôlego – suficiência”), e a relevância dos julgamentos colegiados para uma verificação mais precisa da atuação do Tribunal como um órgão, a análise limitou-se aos acórdãos colegiados, ou seja, decisões das Turmas e do Plenário. Não houve critério de exclusão quanto à espécie de recurso ou ação.⁵

Assim, em 24 de dezembro de 2021, por meio da ferramenta de pesquisa disponibilizada no site oficial da Corte (no menu “jurisprudência” “pesquisa”),⁶ buscou-se o termo “acordo de não persecução penal” (entre aspas, ou seja, pela expressão exata) no período de 1 de janeiro de 2020 a 24 de dezembro de 2021, o que resultou em 25 acórdãos colegiados e 250 decisões monocráticas. A partir da leitura da ementa dos referidos julgados, verificou-se que todos abordavam diretamente o tema pesquisado, sendo relevantes ao estudo. Assim, a partir dos recortes anteriormente descritos, a amostra de análise será composta por 25 acórdãos colegiados.⁷

A análise dos julgados se deu em dois momentos. Inicialmente, a partir da leitura das ementas e informações básicas disponíveis no site do tribunal, preencheu-se manualmente tabela de Excel para estruturação dos dados quantitativos em doze colunas: número do processo; classe (espécie de ação ou recurso); UF;

5. Sobre as premissas metodológicas remete-se a: PALMA, Juliana B.; FEFERBARUM, Marina; PINHEIRO, Victor M. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael M.; FEFERBARUM, Marina. *Metodologia de pesquisa em Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019. p. 99-128.

6. Disponível em: [https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search]. Acesso em: 24.12.2021.

7. Dados depositados em acesso aberto pelo autor em: [https://doi.org/10.6084/m9.figshare.19565968].

órgão julgador (Plenário, 1ª Turma ou 2ª Turma); modo de julgamento (síncrono ou virtual); Relator, resultado (negado ou deferido);⁸ votação (unânime, maioria ou empate); Redator do acórdão; data de julgamento; data de publicação e tema central. Na segunda etapa, foram lidos os inteiros teores dos acórdãos, buscando-se analisar o conteúdo e os fundamentos das decisões, os quais serão problematizados no item de discussão qualitativa deste artigo.

3. RESULTADOS

Nos anos de 2020 e 2021, o Supremo Tribunal Federal analisou questões relacionadas ao acordo de não persecução penal em 25 acórdãos colegiados, publicados até o dia 24 de dezembro de 2021. Inicialmente, meramente a partir da pesquisa realizada no site oficial, verifica-se que, no mesmo período, encontram-se 250 decisões monocráticas publicadas, o que pode ser assumido como um indicativo da tendência de monocratização da atuação do tribunal.⁹

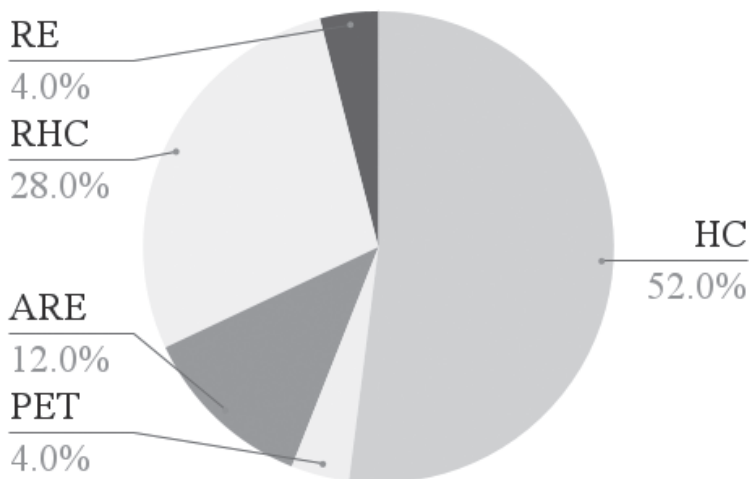
Em relação ao instrumento processual que ensejou o julgamento e viabilizou a cognição sobre a questão, constata-se que a grande maioria dos juízos se deu em *habeas corpus* e recursos ordinários em *habeas corpus*, em contraposição ao reduzido número de agravos em recurso extraordinário e de petições. Diante disso, pode-se indicar a tendência de que a jurisprudência em matéria penal do Supremo Tribunal Federal se construa por meio de *habeas corpus*.¹⁰

8. Embora existam termos específicos utilizados para o resultado de julgamento de diferentes ações ou recursos, optou-se por utilizar termos genéricos para abranger as diversas espécies analisadas.

9. Em relação aos *habeas corpus* concedidos em geral: VASCONCELLOS, Vinicius G. de; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo M. L.; NUNES, Marina Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2021. p. 175; VASCONCELLOS, Vinicius G. de; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 323-352, out. 2020. p. 328.

10. Sobre a importância do *habeas corpus*: WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988*. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 373, p. 75-112, nov. 2008.

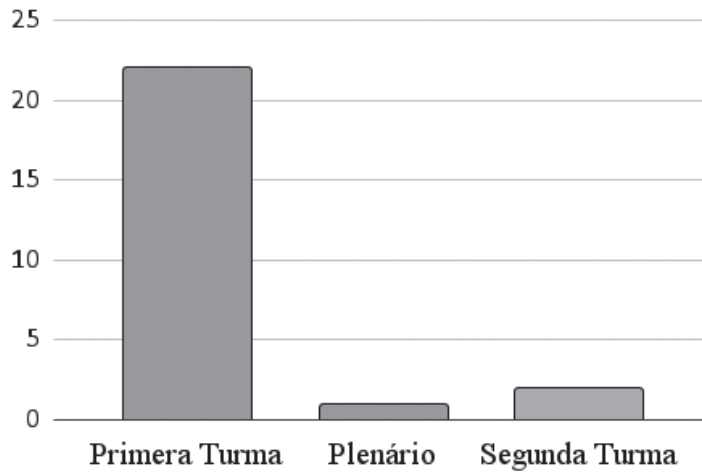
Classe processual



Fonte: elaboração própria.

Em relação ao órgão julgador, há uma manifesta proeminência de atuação da Primeira Turma em relação ao Plenário e à Segunda Turma. Como regra geral, o julgamento de *habeas corpus*, recursos em *habeas corpus* e de agravos em recurso extraordinário (sem repercussão geral reconhecida) é de competência de uma das Turmas do STF, de modo que somente um caso (PET 7.990 AgR-segundo) foi julgado pelo Plenário por envolver discussão relacionada a agente com prerrogativa de função. Por outro lado, a proeminência no número de julgados da Primeira Turma em relação à Segunda pode ser ocasionada por diversos fatores, como a existência de uma posição já formada e unânime na Primeira Turma sobre temas recorrentes (como a retroatividade do ANPP), enquanto na Segunda Turma ainda não há decisão colegiada sobre a questão, o que finda por suspender julgamentos (especialmente virtuais) com pedidos de vista e destaque.

Órgão Julgador



Modo de julgamento



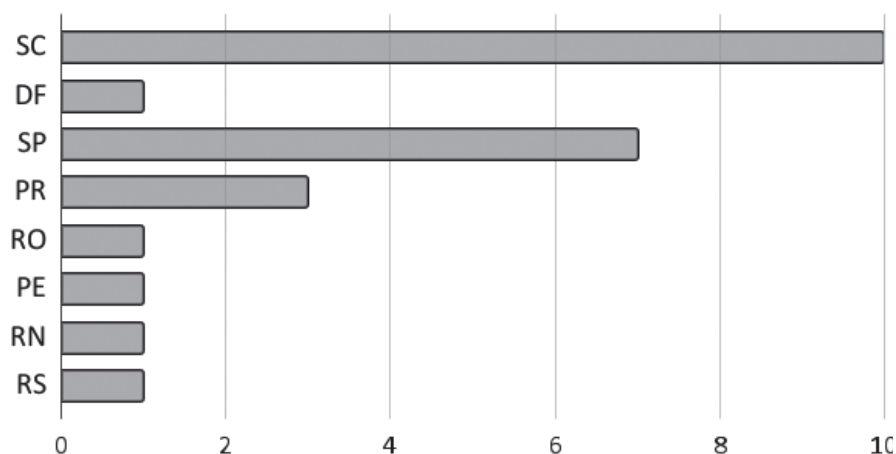
Fonte: elaboração própria.

Quanto ao modo de julgamento, destaca-se a predominância de juízos virtuais em relação aos síncronos (desenvolvidos por videoconferência durante a quase totalidade do período pesquisado em razão da pandemia de Covid-19).

O sistema virtual caracteriza mecanismo em expansão nos últimos anos no STF, com a progressiva ampliação das espécies processuais que podem ser julgadas (atualmente, nos termos do art. 21-B do RISTF, qualquer classe, desde que a matéria discutida tenha jurisprudência dominante no âmbito do STF, critério decidido pelo/a Relator/a no momento de pautar o processo).

Entre as unidades da federação que originaram os casos, destaca-se um número expressivamente maior de processos oriundos de Santa Catarina e São Paulo. Por motivos evidentes (como a população e o número de processos) e circunstanciais (alguma resistência do TJSP a adotar posições tomadas pelos Tribunais Superiores em certas situações),¹¹ costuma-se esperar a proeminência de casos de São Paulo, de modo que surpreende a significativa origem em Santa Catarina.

UF de origem



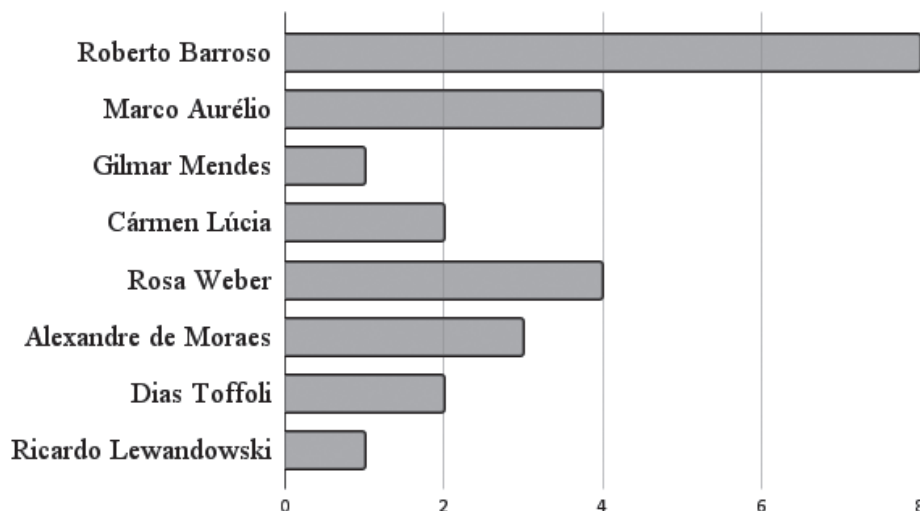
Fonte: elaboração própria.

Quanto à relatoria dos casos julgados, destacam-se numericamente os Ministros Roberto Barroso, Rosa Weber, Marco Aurélio e Alexandre de Moraes. No período não houve processos de Relatoria dos Ministros Luiz Fux, Celso de Mello e Nunes Marques. Em dois julgados, o Relator foi o Min. Marco Aurélio, mas o acórdão foi redigido pelo Min. Alexandre de Moraes. Em geral, isso acontece quando o Ministro relator fica vencido no julgamento, mas, nos casos analisados,

11. Sobre isso, ver: AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

isso se deu por motivo de aposentadoria. Ou seja, em nenhum acórdão analisado o Relator ficou vencido.

Relator/a



Fonte: elaboração própria.

Somente houve o deferimento da ação ou recurso em dois casos (PET 7.990 AgR-segundo e HC 194.677): um pelo Plenário relacionado a caso de imputado detentor de foro privilegiado e outro pela Segunda Turma. Ou seja, não houve qualquer deferimento na Primeira Turma.¹² Considerando que majoritariamente os julgados se deram em agravo regimental, o resultado negativo indica a manutenção da decisão monocrática pelo colegiado. Poucos foram os julgamentos por maioria, constatando-se uma manifesta predominância de decisões unânimes, o que contribui à tese de uma “síndrome da unanimidade” nos julgamentos colegiados de Tribunais.¹³ Além disso, da amostra total analisada, somente um caso

12. Utiliza-se aqui terminologia genérica (deferido/negado), mas é importante destacar que há expressões comumente utilizadas para cada classe processual, por exemplo, provido/desprovido para recursos (como o agravo regimental), concedido/denegado para *habeas corpus* etc.

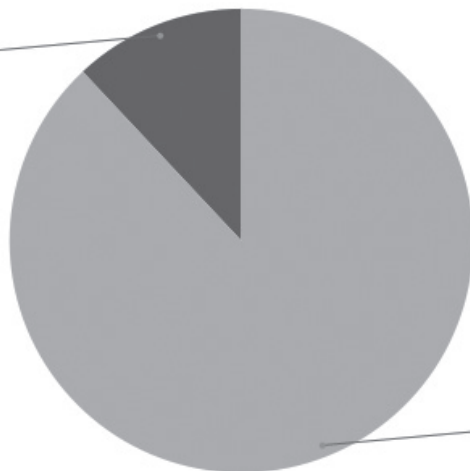
13. VALENÇA, Manuela Abath. “Acompanho o relator”: a síndrome da unanimidade nas câmaras criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 9-28, out.-dez. 2014. p. 16-18. Conforme pesquisa realizada por Manuela Valença nos julgamentos de HCs do TJPE entre 2009 e 2011, mais de 98% das 1.818

foi julgado de modo síncrono (por videoconferência, em razão da pandemia), em que há possibilidade de debate efetivo durante a sessão, enquanto todos os demais se deram em meio virtual.

Votação

Maioria

12.0%



Unânime

88.0%

Fonte: elaboração própria.

Em relação à data de julgamento, somente um caso ocorreu no ano de 2020, e, mesmo assim, quase um ano após a promulgação da Lei 13.964/2019. Ou seja, praticamente todos se deram em 2021. Entre a data de julgamento e de publicação do acórdão, transcorreram em média 22 dias, com cinco casos que caracterizaram lapso maior de 40 dias.

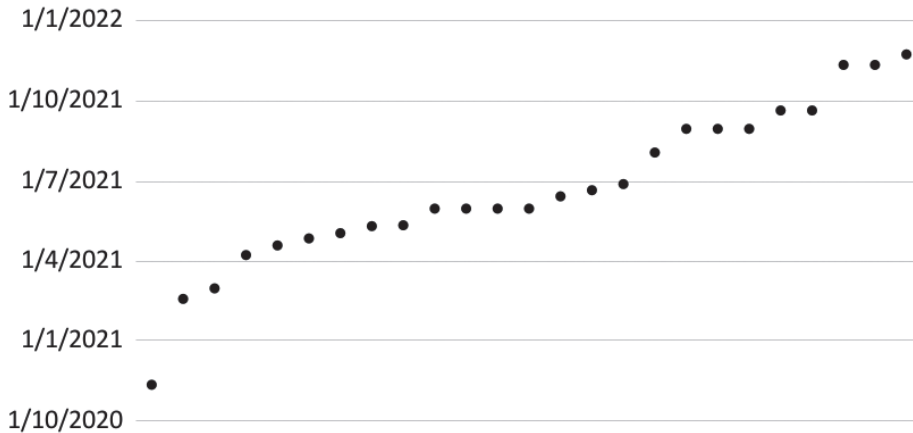
decisões analisadas foram unânicas. (VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012. p. 44). Sobre isso também: CRUZ, Rogério S. M. *Garantias processuais nos recursos criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013. p. 19.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 93-120. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.117].

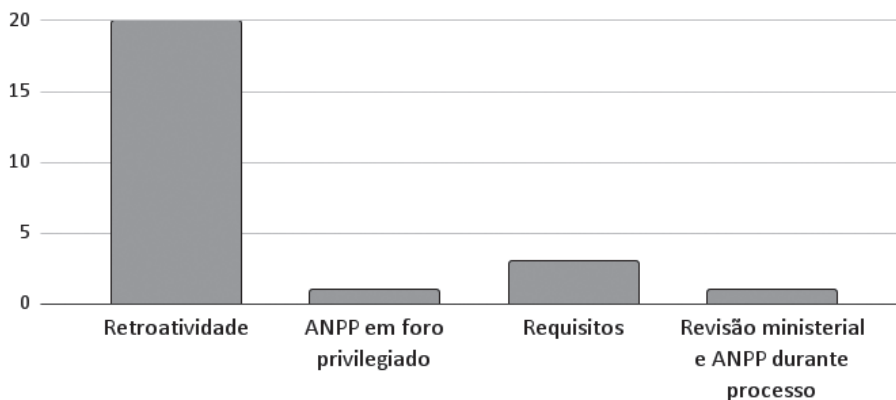
Data de julgamento



Fonte: elaboração própria.

Quanto aos temas julgados, destaca-se manifestamente a questão da aplicação da nova norma (art. 28-A, CPP) no tempo, ou seja, a sua retroatividade a processos já iniciados quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019. A partir dos dados, elencam-se, juntamente à questão objeto do maior número de julgados, outros quatro temas que serão analisados em detalhe: retroatividade do ANPP e cabimento em processos já iniciados; revisão ministerial e ANPP após a instrução processual; pressupostos de cabimento do ANPP; e homologação judicial do ANPP em foro privilegiado.

Tema julgado



Fonte: elaboração própria.

4. DISCUSSÃO QUALITATIVA DOS TEMAS JULGADOS E SEUS FUNDAMENTOS

4.1. Retroatividade do ANPP e cabimento em processos já iniciados

Certamente, a discussão mais presente em relação ao ANPP diz respeito à possibilidade de aplicação em casos já em andamento quando do surgimento da Lei 13.964/2019, ou seja, a retroatividade da nova norma. Dos 25 acórdãos publicados, 20 abordaram tal questão e todos foram proferidos pela Primeira Turma. Assim, é importante analisar as posições adotadas, seus principais fundamentos e pontos colaterais tratados, como a natureza do ANPP e suas características.

O primeiro e mais relevante julgado se deu no HC 191.464 AgR, em que a Primeira Turma, sob relatoria do Min. Roberto Barroso, em julgamento virtual ocorrido entre 30.10.2020 e 10.11.2020, negou agravo regimental, mantendo a negativa de seguimento ao HC, com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”. Participaram do julgamento os Ministros Rosa Weber, Marco Aurélio, Dias Toffoli e Alexandre de Moraes. Todos acompanharam o relator, sem juntar voto escrito, de modo que o acórdão foi publicado somente com o voto do Min. Roberto Barroso.

No caso, o réu havia sido condenado por crime tributário, com a sentença mantida em segundo grau e recurso especial negado no STJ, embora ainda não transitado em julgado. A Primeira Turma, ao negar o HC, manteve a recusa ao ANPP, afirmando o seu não cabimento.

Conforme o Min. Roberto Barroso, o ANPP tem natureza híbrida, pois “(i) tem natureza processual por estabelecer a possibilidade de composição entre as partes com o fim de evitar a instauração da ação penal; e (ii) tem natureza material em razão da previsão de extinção da punibilidade de quem cumpre os deveres estabelecidos no acordo (art. 28-A, § 13, do Código de Processo Penal – CPP)”. Assim, “em se tratando de leis penais híbridas, possível haver conformação entre os postulados, de forma que, de um lado, a aplicação da lei não necessariamente retroagirá em seu grau máximo (inclusive após o trânsito em julgado); e, de outro lado, não necessariamente será o caso de considerar válidos todos os atos já realizados sob a vigência da lei anterior”.

Diante disso, enfocando no aspecto processual da natureza da norma, o Min. Roberto Barroso sustenta que o ANPP se “situa em uma fase específica da persecução penal”, esgotando-se antes do recebimento da denúncia, visto que “não apenas porque o dispositivo refere investigado (e não réu) ou porque aciona o juiz das garantias (que não atua na instrução processual), mas sobretudo porque a consequência do descumprimento ou da não homologação é especificamente inaugurar

a fase de oferta e de recebimento da denúncia (art. 28-A, §§ 8º e 10)”. Assim, “o ANPP não se conforma com a instauração da ação penal, devendo ser estabelecido o ato de recebimento da denúncia como marco limitador da sua viabilidade”.

O voto cita julgados anteriores do STF em relação à suspensão condicional do processo, instituto semelhante ao ANPP como expressão da justiça criminal negocial, quando se firmou posição no sentido do cabimento para processos em curso até o proferimento da sentença. O Min. Roberto Barroso justificou a adoção de interpretação diversa em razão do que denomina de distintos momentos de realização dos acordos: “enquanto o ANPP se situa na fase pré-processual, que ocorre entre a investigação e o recebimento da denúncia, a suspensão condicional do processo se situa na fase processual, notadamente entre o recebimento da denúncia e a sentença penal”.

Por fim, afirmou-se que “uma primazia incauta da retroatividade penal benéfica, que não se justifica por se tratar de lei penal híbrida, ensejaria um colapso no sistema criminal: admitir-se a instauração da discussão sobre a oferta do ANPP inclusive para sentenças transitadas em julgado faria com que praticamente todos os processos – em curso, julgados, em fase recursal, em cumprimento de pena –, fossem encaminhados ao titular da ação penal para que avaliasse a situação do réu/sentenciado”.

O Min. Roberto Barroso também foi relator dos RHCs 201.158 AgR (j. 28.06.2021) e 202.245 AgR (j. 30.08.2021) e dos HCs 200.255 AgR (j. 30.08.2021), 202.821 ED (j. 30.08.2021) e 206.133 AgR (j. 01.12.2021). Em todos, a decisão foi unânime, com a publicação somente do voto do relator, o qual apresentou fundamentação objetiva e referência ao julgado no HC 191.464 AgR, reiterando-se a tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

Em um dos julgados de relatoria do Min. Roberto Barroso, o RE 1339284 AgR-segundo (j. 11.11.2021), adotou-se posição parcialmente distinta a partir da citação de jurisprudência de relatoria do Min. Dias Toffoli (ARE 1.293.627 AgR), no sentido de que o limite temporal seria o oferecimento da denúncia, e não o seu recebimento (como fixado no HC 191.464 AgR). A decisão foi unânime na Turma composta pelos Ministros Dias Toffoli, Cármen Lúcia, Rosa Weber, Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

O segundo caso julgado foi o ARE 1.273.501 AgR-AgR-ED-AgR, de relatoria da Min. Rosa Weber, finalizado em 01.03.2021. Na ementa, assentou-se que “a ausência do preenchimento das condições descritas em lei é impeditivo legal para o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público”. No voto, além de abordar questões relacionadas aos pressupostos do ANPP, afirmou-se que “em casos semelhantes esta Suprema Corte decidiu no sentido

da ‘inviabilidade de fazer-se incidir o artigo 28-A do Código de Processo Penal, incluído pela Lei no 13.964/2019, quando já existente condenação, quer estando transitada em julgado, quer passível ainda de impugnação mediante recurso’ (ARE 1.171.894, Rel. Min. Marco Aurélio)”. Ou seja, embora também cite o *leading case* (HC 191.164), o acórdão, por unanimidade, adotou posição parcialmente distinta, no sentido de que a sentença condenatória seria o marco temporal a limitar o cabimento do ANPP nos processos em curso.

Nos HCs AgR 190.855 (j. 03.05.2021) e 185.956 (j. 31.05.2021) e no RHC 198.557 AgR (j. 31.05.2021), todos de relatoria da Min. Rosa Weber e julgados por unanimidade, houve referência expressa ao HC 191.164, reproduzindo-se a tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei no 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”.

O terceiro acórdão foi proferido pela Primeira Turma em 08.04.2021, agora no HC 191.124 AgR, de relatoria do Min. Alexandre de Moraes. Houve a citação direta ao decidido no HC 191.464, que, por tal motivo, pode ser definido como *leading case* sobre o tema na Primeira Turma. Novamente, o julgamento se deu em ambiente virtual, por unanimidade, com a publicação somente do voto do relator. Segundo o Min. Alexandre de Moraes, “esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo”. Ademais, “a finalidade do acordo de não persecução penal (ANPP) é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa”. Portanto, manteve-se a interpretação adotada no HC 191.464 e se ressaltou que o ANPP não caracteriza direito subjetivo do imputado.

O Min. Alexandre de Moraes também foi relator no RHC 198.981 AgR (j. 12.05.2021) e no HC 206.876 (j. 11.11.2021), nos quais o voto do Relator reproduziu os trechos citados da manifestação no HC 191.124 AgR. Em um caso (RHC 198.981 AgR), houve divergência do Min. Marco Aurélio quanto ao conhecimento do RHC, mas não em relação ao tema de fundo.

O Min. Marco Aurélio foi relator dos HCs 196.004 (j. 19.04.2021) e 199.950 (j. 14.06.2021), e do RHC 200.310 (j. 03.08.2021), este último com ementa redigida pelo Min. Alexandre de Moraes em razão da aposentadoria do então decano. Primeiramente, destaca-se que, distintamente dos demais Ministros, o Min. Marco Aurélio não julgava o mérito dos casos monocraticamente, de modo que levava à Primeira Turma não os agravos regimentais, mas os méritos dos HCs e RHCs.

Sobre a retroatividade, nas ementas o Min. Marco Aurélio assentou que, “embora cabível acordo de não persecução penal considerado fato anterior à

Lei n. 13.964/2019, a natureza mista da norma conduz à retroação tendo como limite o recebimento da denúncia, quando inaugurada a fase processual”. Nos votos, afirmou que “a retroação tem como limite o recebimento da denúncia, quando inaugurada a fase processual, considerados a finalidade do instituto – evitar o processo-crime – e o caráter instrumental da norma”, pois “o Direito é orgânico e dinâmico, sendo o processo marcha visando a solução final da controvérsia”.

No HC 196.004, houve divergência do Min. Alexandre de Moraes para concessão de regime mais benéfico e conversão da pena em restritiva de direitos. Quanto à aplicabilidade retroativa e limitação do ANPP, não houve divergência em nenhum dos três julgados.

O Min. Dias Toffoli foi relator do RHC 200.311 AgR e do ARE 1.267.798 AgR, ambos com julgamento finalizado em 31.05.2021. A partir da leitura, verifica-se pequena distinção entre as posições firmadas nos dois julgados, embora ambos decididos por unanimidade na Primeira Turma e com referência ao *leading case* HC 191.464 AgR. No primeiro, assentou-se que “o acordo de não persecução penal instituído pela Lei no 13.964/19 esgota-se na fase pré-processual, não incidindo em casos em que, como o presente, já ocorreu o oferecimento da denúncia”. Já no segundo, afirmou-se que a retroatividade “alcança apenas casos em que ainda não tenha sido recebida a denúncia”.

Por fim, no HC 204.976 AgR, de relatoria da Min. Cármen Lúcia, por unanimidade os Ministros da Primeira Turma acompanharam o voto da relatora. No caso, adotou-se postura diversa daquela fixada no HC 191.464 AgR, visto que a Min. Cármen Lúcia fixou como limite temporal ao cabimento do ANPP em processos em curso até o proferimento da sentença. Ao citar referências doutrinárias, afirmou-se que “há defensáveis argumentos favoráveis à mais ampla retroatividade do art. 28-A do Código de Processo Penal, fixando-se, por exemplo, como marco final para incidência da norma a prolação da sentença na ação penal, o que asseguraria maior efetividade ao inc. XL do art. 5º da Constituição da República”.

Conforme a Ministra, até prolação da sentença “a confissão do acusado é útil à acusação, além de ser possível a mitigação da obrigatoriedade da ação penal pública antes desse marco temporal”. Assim, “a possibilidade de negociação do acordo de não persecução penal em relação a ações penais propostas mas ainda não sentenciadas traduz mecanismo para redução das instruções penais e prolongamento de ações criminais em curso, o que se coaduna com a lógica de aprimoramento da eficiência do sistema de justiça criminal”. Diante disso, “a retroação mais benéfica ao acusado há de ter a maior amplitude compatível com os contornos do instituto”, mas “não se pode descaracterizar o acordo de não persecução penal, o que impede que se adote um marco temporal posterior

à sentença, considerando que, após a condenação, não haverá benefício a ser extraído em favor do órgão ministerial”.

Da análise dos julgados, pode-se constatar que todos foram proferidos pela Primeira Turma, em ambiente virtual. Existem julgados que, mesmo decididos por unanimidade, adotam posições distintas com relatores diferentes ou até mesmo sob mesma relatoria. Embora existam algumas decisões destoantes (asentando o limite temporal no oferecimento da denúncia ou no proferimento da sentença), a posição majoritária, embasada no amplamente citado *leading case* HC 191.464 AgR, limita o cabimento do ANPP aos processos em andamento quando da vigência da Lei 13.964/2019 somente se ainda não recebida a denúncia.

Todos os casos foram decididos em ambiente virtual, sem maiores discussões entre os Ministros e, em regra, com a juntada de voto escrito somente do relator. Em praticamente nenhum dos acórdãos analisados houve maior debate sobre as posições doutrinárias existentes e somente nos votos do relator (Min. Roberto Barroso) no HC 191.464 AgR e da relatoria (Min. Cármen Lúcia) no HC 204.976 AgR aprofundou-se a análise da jurisprudência do próprio STF em relação à retroatividade da suspensão condicional do processo.

Na Segunda Turma, não há julgado colegiado sobre a questão. Isso pode se dar em razão da afetação ao Plenário pelo Min. Gilmar Mendes do HC 185.913, ainda pendente de julgamento. Portanto, a partir da análise realizada, verifica-se que a questão ainda não foi totalmente pacificada, mas há certa tendência, diante da manifestação de diversos Ministros, pela fixação do limite temporal no recebimento da denúncia.

Na doutrina existem discussões intensas em relação à retroatividade do art. 28-A do CPP. Primeiramente, reconhece-se majoritariamente que o ANPP, embora tenha caráter processual, não deixa de acarretar consequências em relação à punibilidade do agente. Na doutrina, destaca-se: “Embora formalmente esteja inserido no Código de Processo Penal, art. 28-A, também se reveste de conteúdo de direito material no que tange às suas consequências, apresentando-se como verdadeira norma de garantia e, assim, retroativa. Em outros termos, é norma que interfere diretamente na pretensão punitiva do Estado e não simples norma reguladora de procedimento”.¹⁴ Assim, trata-se de norma mista ou processual de conteúdo material.¹⁵

14. BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: BEM; MARTINELLI (orgs.) *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 126.

15. BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 65; GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 237.

Consequentemente, ela retroagiria para casos passados, ou seja, perseguições penais já em andamento por fatos praticados antes da entrada em vigor do art. 28-A introduzido pela Lei 13.964/2019 no CPP. Contudo, há intenso debate em relação à eventual limitação temporal ao cabimento do acordo.

Em aplicação irrestrita da retroatividade material benéfica, (1) há quem sustente que o ANPP seria possível em todos os casos, mesmo aqueles em que já tenha se finalizado o processo, após o trânsito em julgado.¹⁶ Ainda em sentido ampliativo, (2) parte da doutrina afirma que o ANPP seria cabível nos processos em andamento até o trânsito em julgado.¹⁷ Assim, “a natureza material do instituto não admite, nessa linha, uma interpretação excludente de sua aplicação, exceto para os casos já julgados em definitivo, porquanto, nesta hipótese, não mais se teria por razoável ou justificada a resolução consensual”.¹⁸ Em posição intermediária, seguindo a jurisprudência tradicional do STF em relação à retroatividade da suspensão condicional do processo, (3) há autores que sustentam a viabilidade do ANPP nos processos em andamento até o proferimento da sentença.¹⁹

16. MARTINELLI, João Paulo O.; SILVA, Luís Felipe S. Mecanismos de justiça consensual e acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 72; SILVA, Franklyn R. A. Os acordos de não persecução e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 367-422, 2020. p. 413-414.
17. BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 68; ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa W.; BERMUDEZ, André L. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: EModara, 2021. p. 88-89; MASI, Carlo V. O acordo de não persecução penal como ferramenta político- criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 264-293, 2020. p. 282.
18. GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 240.
19. SOUZA NETTO, José L.; LEAL, Jenyfer M. P.; GARCEL, Adriane. Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Orgs.). *Pacote anticrime*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. v. 1. p. 182; SERRANO JÚNIOR, Odoné; LANGER, Caroline; ARRUDA, Emili C. F.; SILVA, Renata A. Acordo de não persecução penal: qual é o limite da aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP? In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Orgs.). *Pacote anticrime*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. v. 1. p. 206; MENDONÇA, Andrey B. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei 13.964/2019). In: GONÇALVES, Antonio B. (Coord.). *Lei anticrime*. São Paulo: RT, 2020. p. 318; CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (Orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964*, de 24 de dezembro de

Trata-se, portanto, de discussão intensa, que se relaciona com premissas relevantes da dogmática penal material e processual.²⁰ A questão ainda não foi pacificada no Supremo Tribunal Federal e, idealmente, quando isso ocorrer, o debate em Plenário deve considerar os importantes subsídios doutrinários já existentes.

4.2. *Direito subjetivo, revisão ministerial e ANPP após a instrução processual*

Tradicionalmente, a jurisprudência do STF assenta que os acordos na justiça criminal negocial não são direitos subjetivos dos imputados que possam ser deferidos de ofício pelo juízo, mas condicionados à concordância do acusador, cuja decisão pode ser submetida ao controle interno no órgão ministerial.²¹ Tal construção foi reiterada em relação ao acordo de não persecução penal em diversos dos julgados analisados, podendo-se afirmar que se trata de posição consolidada na Corte.

Nesse sentido, no HC 191.124 AgR, o Min. Alexandre de Moraes afirmou que “esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo”. Já o Min. Gilmar Mendes, no HC 164.677, negando o pedido da defesa pelo reconhecimento do direito ao acordo, assentou que “a jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que não é dado ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo em âmbito penal”.

O debate sobre a existência de direito subjetivo do imputado ao acordo ocorre desde o surgimento da transação penal e da suspensão condicional do processo. Na doutrina, em relação ao ANPP, há parte expressiva que sustenta que o autor do fato tem direito ao acordo se atendidos os pressupostos legais.²² Por outro

2019. Brasília: MPF 2020. p. 358-359; CABRAL, Rodrigo Leite. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 213.

20. Sobre isso, ver: VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. In: DANTAS, Marcelo N. R. (Org.). *Inovações no sistema de Justiça*. São Paulo: RT, 2021. p. 569-593.

21. Súmula 696, STF: “Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal”.

22. BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 73; SANTOS, Marcos P. D. *Comentários ao pacote anticrime*. São

lado, em consonância com a posição majoritária dos tribunais, há autores e autoras que, focando na natureza de negócio jurídico processual, afirmam não haver um direito ao acordo, já que a sua realização depende da vontade de ambas as partes, sem possibilidade de substituição pelo Judiciário.²³

Considerando tais posições, é necessário reafirmar que a vontade do órgão acusatório (em regra, o MP) é vinculada aos critérios previstos na legislação, não sendo admissível que tal decisão ocorra de modo totalmente discricionário e incontrolável. Idealmente, os acordos de simplificação processual deveriam ser definidos na legislação como procedimentos alternativos que, atendidos os pressupostos legais, poderiam ser requeridos pela defesa e deferidos pelo Judiciário, com manifestação das partes em contraditório. Assim, restaria superada a problemática sobre a necessidade de vontade de ambas as partes para formalização do negócio jurídico.

Contudo, adotando a estrutura de acordo entre as partes, a Lei 13.964/2019 inseriu no próprio CPP a sistemática de revisão interna sobre a negativa apresentada pelo representante do Ministério Público. Nos termos do § 14 do art. 28-A, “no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código”.

Entretanto, referida norma não é expressa em relação à possibilidade de, acionado o dispositivo pela defesa, haver negativa do juízo à remessa para o órgão

Paulo: Método, 2020. p. 167; RESENDE, Augusto C. L. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020. p. 1575; WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile E.; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo B. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 42-64, 2020. p. 51.

23. MOURA, Maria Thereza R. A.; ROSSI, Maria Paula C. Acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 618; ROCHA, André A. *Acordo de não persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021. p. 120; SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia E. C. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 210; GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 252; CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 89.

ministerial superior.²⁴ Essa foi a questão analisada pela Segunda Turma no HC 164.677, cuja ementa restou assim redigida quanto ao ponto: “Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal”.

O relator, Min. Gilmar Mendes, afirmou que “como regra geral, não é legítimo que o Judiciário controle a recusa do ANPP quanto ao seu mérito para impedir a remessa ao controle superior no MP”, mas “em caso de manifesta inadmissibilidade, como em uma situação de ANPP requerido em um crime de feminicídio, pode-se aventar a negativa à aplicação do art. 28-A, § 14, CPP, o que eventualmente poderia ser controlado em âmbito judicial recursal em segundo grau”. De modo semelhante, o Min. Nunes Marques assentou que “salvo nos casos de evidente ausência de preenchimento dos requisitos hábeis à celebração do acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do CPP, não cabe ao magistrado recusar a remessa dos autos ao órgão superior, sob pena de negar vigência ao comando legal previsto no dispositivo acima mencionado e, sobretudo, de frustrar a própria natureza do instituto”. Portanto, os dois Ministros admitiram que o juízo exerça um controle excepcional da remessa, negando-a em casos de “manifesta inadmissibilidade” e “evidente ausência de preenchimento dos requisitos”.

O Min. Edson Fachin não abordou diretamente em seu voto a questão da margem de controle judicial sobre a remessa. De modo distinto, os Ministros Cármen Lúcia e Ricardo Lewandowski inclinaram-se, ao menos aparentemente, a uma vedação total ao poder do juízo de negar a revisão ministerial. Segundo a Ministra, “a remessa dos autos para o órgão superior do Ministério Público depende apenas do requerimento do investigado/acusado”. Já conforme o Ministro, caberá ao magistrado “de forma vinculante, encaminhar os autos ao órgão superior do Ministério Público, a pedido do investigado ou réu, quando houver recusa do Parquet, conforme a dicção cristalina do citado § 14 do art. 28-A do CPP”, de modo que se configura “genuíno direito subjetivo e potestativo do investigado ao reexame da negativa do Parquet que atuou em primeira instância”.

Além dos limites ao controle judicial sobre a remessa do caso à revisão ministerial, esse julgado é extremamente relevante quanto à possibilidade de

24. Segundo Rodrigo Cabral, o juízo faria a remessa dos autos somente se concordar com o pedido da defesa (CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 191).

formalização de acordo de não persecução penal durante o processo, ou seja, após o recebimento da denúncia, em caso de alteração dos termos da imputação realizada. No caso concreto, o imputado fora denunciado por tráfico de drogas (art. 33, *caput*, Lei 11.343/06), mas, ao final da instrução, em alegações finais, o MP manifestou-se pelo cabimento do redutor de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º). Diante disso, a defesa requereu a proposta de ANPP, a qual foi negada pelo MP e, então, a solicitou a submissão à revisão ministerial nos termos do § 14 do art. 28-A do CPP, que foi indeferida pelo juízo, sob o argumento de que o magistrado concordava com a negativa do MP. A Segunda Turma, por unanimidade, admitiu o potencial cabimento do ANPP no caso,²⁵ de modo que determinou a remessa para o controle ministerial.²⁶

4.3. Pressupostos de cabimento do ANPP

Nos termos do art. 28-A do CPP podem ser elencados pressupostos ao cabimento do ANPP: não ser caso de arquivamento; ter o investigado confessado formal e circunstancialmente; prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; não ser cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; não ser o investigado reincidente ou haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas; não ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; não se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

25. Trata-se de lógica semelhante à consolidada pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 337: “É cabível a suspensão condicional do processo na desclassificação do crime e na procedência parcial da pretensão punitiva”.

26. De modo semelhante, na doutrina: BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020. p. 67; BEM, Leonardo S. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 178; BORRI, Luiz A.; BATTINI, Lucas A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 5, p. 213-231, 2020. p. 228; GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 249.

Contudo, existem questões pertinentes que carecem de interpretação jurisprudencial para uniformização. Em três julgados analisados verificaram-se debates em relação aos pressupostos do ANPP. No ARE 1.339.137 AgR, sob relatoria da Min. Cármen Lúcia, a Primeira Turma, por unanimidade, não admitiu o agravo em recurso extraordinário, afirmando-se que “não há afronta ao inc. XL do art. 5º da Constituição da República pela não propositura do acordo de não persecução penal, pois a pena mínima aplicada ao crime de tráfico de drogas é de cinco anos (art. 33 da Lei n. 11.343/2006)”. No caso, o recorrente pedia a aplicação da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, mas tal ponto não foi analisado em razão da falta de indicação na petição de dispositivo constitucional violado.

No RHC 199.605 AgR, de relatoria do Min. Roberto Barroso, a Primeira Turma, por unanimidade, manteve a negativa de provimento ao recurso, em que se afirmou não haver ilegalidade na negativa do Ministério Público a oferecer o ANPP sob o fundamento de que o “paciente apresenta diversas condenações por furto e roubo, com sentença transitada em julgado em data anterior aos fatos”, de modo a se tratar de reincidente específico.²⁷

Por fim, no HC 201.610 AgR, a Segunda Turma, sob relatoria do Min. Ricardo Lewandowski analisou debate em relação ao cabimento do ANPP em situações de concurso de crimes. Nos termos do § 1º do art. 28-A do CPP, “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto”. Contudo, não há regulação expressa sobre a situação de concurso de crimes (material, formal e continuado) para se aplicar o aumento de pena ou a sua soma.

No caso, o relator afirmou que “o paciente não tem direito ao benefício, haja vista que as penas mínimas dos crimes que lhe são imputados, somadas (concurso material – art. 69 do CP), totalizam exatamente 4 anos de reclusão, quantum

27. Na doutrina, há debates sobre a necessidade de reincidência específica. Por um lado, considerando-se que a aplicabilidade do ANPP é inspirada nos casos em que é cabível pena restritiva de direitos, afirma-se que há amparo lógico para a aplicação por analogia do § 3º (BEM, Leonardo S. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 195; GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luis F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021. p. 293. Em sentido contrário, afirma-se que a “reincidência não precisa ser específica, uma vez que o legislador não fez nenhuma restrição à sua natureza.” (CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 118).

este superior ao limite previsto no art. 28-A do CPP”. O Min. Gilmar Mendes, em seu voto, concluiu que “o ANPP não é cabível em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja no somatório, seja pela incidência da majorante em seu mínimo for igual ou ultrapassar o limite de 4 (quatro) anos”.²⁸

4.4. Homologação judicial do ANPP em foro privilegiado

Quanto aos processos de Tribunais em competência por prerrogativa de função, a Lei 13.964/2019 inseriu dispositivo na Lei 8.038/1990, que regula o processamento de ações penais perante o STJ e o STF. Conforme o § 3º do art. 1º, “não sendo o caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente 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 a reprovação e prevenção do crime, nos termos do art. 28-A do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal)”.

A homologação do acordo caberá ao relator, monocraticamente, em lógica semelhante àquela assentada pelo STF em relação à colaboração premiada.²⁹ Contudo, nada impede que o relator paute o julgamento ao colegiado, caso assim prefira para assegurar desde já maior segurança ao decidido.³⁰

A homologação monocrática ocorreu na PET 7.990, quando o Plenário decidiu que tal ato caberia ao STF e determinou que o relator analisasse a questão. Nesse julgado, foram debatidos os impactos da restrição à competência originária nos termos da QO no AP 937. Tratava-se de homologação de ANPP proposto a Ministro de Estado sobre fatos não relacionados com o cargo atual. Inicialmente, o relator (Min. Marco Aurélio) havia determinado a baixa dos autos ao primeiro

28. Nesse sentido, na doutrina: SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia E. C. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, BARROS, SOUZA, CABRAL (coord.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 221.

29. STF QO na PET 7.074, Trib. Pleno, rel. Min. Edson Fachin, j. 29.06.2017. Em sentido diverso, afirmando que a competência é do colegiado: MOREIRA, Rômulo A. Acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 159.

30. MOURA, Maria Thereza R. A.; ROSSI, Maria Paula C. Acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021. p. 633.

grau, afirmando que o fato, “apesar de supostamente cometido quando o investido exercia mandato de Deputado Federal, não está relacionado ao cargo então ocupado, de Ministro Chefe da Casa Civil”. Assim, estando o imputado “licenciado da função geradora da prerrogativa, cessa esta última”.

Contudo, tal decisão foi reformada pelo Plenário. Por maioria, o STF assentou que: “A partir da Lei 13.964/19, com o encerramento do inquérito policial ou investigação penal, a PGR passou a ter uma terceira possibilidade de atuação, pois, além do oferecimento de denúncia ou promoção de arquivamento, poderá propor ‘acordo de não persecução penal’ (ANPP). São três hipóteses possíveis ao titular da ação penal, após o encerramento do inquérito policial, e que devem, de maneira isonômica, prorrogarem a competência do Supremo Tribunal Federal para análise de ato processual do Procurador Geral da República, enquanto ainda detentor de atribuição perante a Corte”.³¹

5. CONCLUSÃO

Considerando a análise da amostra de 25 acórdãos colegiados proferidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021 sobre acordo de não persecução penal, pode-se concluir:

1. As questões relacionadas ao tema são veiculadas e julgadas pelo STF majoritariamente em *habeas corpus* (52%) e recursos ordinários em *habeas corpus* (28%), em regra no incidente de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que anteriormente julgou o mérito do caso de modo unipessoal. Isso pode ser visto como indicativo da importância do *habeas corpus* para a atuação do STF em matéria penal no Brasil e como mais um sinal do fenômeno já amplamente debatido da monocratização da Corte.

2. Quase a totalidade dos julgamentos (96%) ocorreu em ambiente virtual, tanto de agravos regimentais quanto do próprio mérito dos processos. Majoritariamente, os casos foram decididos por unanimidade (88%), com a publicação somente do voto do/a relator/a. Em geral, as raras divergências se deram em razão de discordâncias sobre o conhecimento da ação ou recurso, e não sobre o mérito da questão impugnada.

3. Considerando a entrada em vigor do dispositivo em janeiro de 2020, o primeiro acórdão teve o seu julgamento virtual finalizado em 10.11.2020, ou seja,

31. Pet 7990 AgR-segundo, Rel. Min. Marco Aurélio, Rel. p/ Acórdão Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, j. 17.02.2021.

dez meses após o início da aplicação da nova norma. Todos os demais julgados ocorreram em 2021.

4. A Primeira Turma proferiu a grande maioria dos acórdãos (88%), sendo somente dois julgados pela Segunda Turma e um pelo Plenário. Isso pode ser ocasionado por diversos fatores, como a existência de uma posição já formada e unânime da Primeira Turma sobre temas recorrentes (como a retroatividade do ANPP), enquanto na Segunda Turma ainda não há decisão colegiada sobre a questão, o que finda por suspender julgamentos (especialmente virtuais) com pedidos de vista e destaque.

5. O tema que foi o centro dos debates no Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021 foi a retroatividade da norma (art. 28-A) e o consequente cabimento do ANPP em processos em curso (80% dos acórdãos). Contudo, mesmo nessa questão ainda não houve a adoção de interpretação pacífica e uniforme, visto que foram observados diversos posicionamentos distintos nos julgados, inclusive de mesmos Ministros (em relatoria própria ou acompanhando voto de outro/a relator/a).

6. Além do debate sobre a retroatividade, os demais julgados abordaram questões do cabimento do ANPP (pressupostos, requisitos), a sua homologação em casos de foro por prerrogativa de função e o controle ministerial interno em relação à recusa de proposição. Contudo, diversos outros pontos relevantes ainda não foram analisados pelo STF, como relacionados à voluntariedade do aceite, à informação devida ao imputado para a tomada de decisão, à suficiência e efetividade da defesa técnica, aos limites do controle judicial na decisão homologatória etc.

7. Por fim, em relação às limitações desta pesquisa e possíveis pautas para exploração futura, a amostra de análise foi restringida às decisões colegiadas publicadas em acórdãos das Turmas e do Plenário. Contudo, com o crescente fenômeno da monocratização do STF, as decisões unipessoais dos Ministros são importante campo de pesquisa para definição de suas orientações e posturas. Além disso, considerando que o ANPP é regulado por norma infraconstitucional, certamente o Superior Tribunal de Justiça é uma fonte essencial de estudo, visto que diversas questões relevantes serão lá julgadas, o que não foi explorado neste estudo.

6. REFERÊNCIAS

AMARAL, Thiago Bottino do. *Habeas corpus nos Tribunais Superiores: uma análise e proposta de reflexão*. Rio de Janeiro: FGV, 2016.

- BEM, Leonardo S. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BIZZOTTO, Alexandre; SILVA, Denival. *Acordo de não persecução penal*. São Paulo: Dialética, 2020.
- BORRI, Luiz A.; BATTINI, Lucas A. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*, v. 5, p. 213-231, 2020. <https://doi.org/10.46274/1809-192XRICP2020v5p213-231>
- CABRAL, Rodrigo L. F. *Manual do acordo de não persecução penal*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CALABRICH, Bruno. Acordos de não persecução penal: oportunidade, retroatividade e preclusão. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia N. (Orgs.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020.
- CRUZ, Rogério S. M. *Garantias Processuais nos Recursos Criminais*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GEBRAN NETO, João P.; ARENHARDT, Bianca G. C.; MARONA, Luís F. G. *Comentários ao novo inquérito policial*. São Paulo: Quartier Latin, 2021.
- MARTINELLI, João Paulo O.; SILVA, Luís Felipe S. Mecanismos de justiça consensual e acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MASI, Carlo V. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 264-293, 2020.
- MENDES, Soraia da R.; SOUZA, Augusto C. B. 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, n. 3, p. 1175-1208, set.-dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.374>
- MENDONÇA, Andrey B. Acordo de não persecução penal e o pacote anticrime (Lei 13.964/2019). In: GONÇALVES, Antonio B. (Coord.). *Lei anticrime*. São Paulo: RT, 2020.
- MOREIRA, Rômulo A. Acordo de não persecução penal. In: BEM, Luciano S.; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.) *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

- MOURA, Maria Thereza R. A.; ROSSI, Maria Paula C. Acordo de não persecução penal na Lei 13.964/2019. In: SANTORO, Antonio; MALAN, Diogo; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2021.
- PALMA, Juliana B.; FEFERBARUM, Marina; PINHEIRO, Victor M. Meu trabalho precisa de jurisprudência? Como posso utilizá-la? In: QUEIROZ, Rafael M.; FEFERBARUM, Marina. *Metodologia de Pesquisa em Direito*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- RESENDE, Augusto C. L. Direito (subjetivo) ao acordo de não persecução penal e controle judicial: reflexões necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, set.-dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>
- ROCHA, André A. *Acordo de não persecução penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2021.
- ROSA, Alexandre Moraes da; ROSA, Luísa W.; BERMUDEZ, André L. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: EModara, 2021.
- SANTOS, Marcos P. D. *Comentários ao pacote anticrime*. São Paulo: Método, 2020.
- SANTOS, Mauro G. M. Acordo de não persecução penal: confusão com *plea bargaining* e críticas ao Projeto Anticrime. *Revista Brasileira de Direito Processual*, n. 108, p. 235-254, out.-dez. 2019.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné; LANGER, Caroline; ARRUDA, Emili C. F.; SILVA, Renata A. Acordo de não persecução penal: qual é o limite da aplicação retroativa do artigo 28-A do CPP? In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Orgs.). *Pacote anticrime*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. v. 1.
- SILVA, Franklyn R. A. Os acordos de não persecução e o comportamento da defensoria pública na assistência jurídica. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 367-422, 2020.
- SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia E. C. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches, BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- SOUZA NETTO, José L.; LEAL, Jenyfer M. P.; GARCEL, Adriane. Limites à retroatividade do acordo de não persecução penal no pacote anticrime. In: CAMBI, Eduardo; SILVA, Danni Sales; MARINELA, Fernanda (Orgs.). *Pacote anticrime*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020. v. 1.
- VALENÇA, Manuela Abath. Julgando a liberdade em linha de montagem: um estudo etnográfico do julgamento dos *habeas corpus* nas sessões das câmaras criminais do TJPE. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito do Recife, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2012.

- VALENÇA, Manuela Abath. “Acompanho o relator”: a síndrome da unanimidade nas câmaras criminais do TJPE. *Revista Brasileira de Direito Processual*, Belo Horizonte, ano 22, n. 88, p. 9-28, out.-dez. 2014.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal*. 4. ed. São Paulo: RT, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. Acordo de não persecução penal e a expansão da justiça criminal negocial: natureza, retroatividade e consequências ao descumprimento. In: DANTAS, Marcelo N. R. (Org.). *Inovações no sistema de Justiça*. São Paulo: RT, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. de; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2018: pesquisa empírica e dados estatísticos. In: PEDRINA, Gustavo M. L.; NUNES, Mariana Madera; SOUZA, Rafael Ferreira de; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de (Orgs.). *Habeas corpus no Supremo Tribunal Federal*. 2. ed. São Paulo: RT, 2021.
- VASCONCELLOS, Vinicius G. de; PEDRINA, Gustavo M. L.; DUARTE, Áquila M.; SALLES, Caio F. *Habeas corpus* concedidos pelo Supremo Tribunal Federal em 2019: pesquisa empírica e dados estatísticos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 172, p. 323-352, out. 2020.
- WUNDERLICH, Alexandre. *Habeas corpus* e a dimensão da liberdade: 20 anos após a Constituição Federal de 1988. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 373, p. 75-112, nov. 2008.
- WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile E.; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo B. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública*, n. 26, p. 42-64, 2020.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Constitucional

Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276; e
- Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal, de Vinicius Gomes de Vasconcellos – *RBCCrim* 166/241-271.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS: UM ESTUDO ACERCA DA CONDIÇÃO DE REPARAÇÃO DO DANO

NON-PROSECUTION AGREEMENT IN TAX CRIMES: A STUDY ON THE COMPENSATION CLAUSE

TÚLIO FELIPPE XAVIER JANUÁRIO

Doutorando e Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra, com período de investigação financiado pelo programa "ERASMUS+" na Georg-August-Universität Göttingen (2018). Especialista em Direito Penal Econômico e Teoria do Delito pela Universidad de Castilla – La Mancha (2019). Pós-graduado em Direito Penal – Parte Geral pelo IBCCRIM/IDPEE – Coimbra (2017). Especialista em *Compliance* e Direito Penal pelo IDPEE – Coimbra (2016). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – UNESP/Franca (2015). Bolsista de Doutorado da Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. Lattes: [http://lattes.cnpq.br/1894712298793127]. ORCID: [http://orcid.org/0000-0003-0400-1273]. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.128]. tuliofxj@gmail.com

Recebido em: 23.02.2022

Aprovado em: 08.04.2022

Última versão do autor: 18.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Tributário

RESUMO: O presente artigo objetiva responder aos seguintes questionamentos: seria cabível o acordo de não persecução penal (ANPP) aos crimes tributários? Se sim, seria possível ou obrigatória a estipulação da cláusula de reparação do dano (Art. 28-A, CPP)? Essas indagações se colocam em função da expressa previsão de que o pagamento integral do tributo é causa de extinção da punibilidade, podendo representar, portanto, um óbice à celebração do acordo neste âmbito ou, ao menos, à imposição do cumprimento desta cláusula. Para responder a esses questionamentos, faremos inicialmente um breve estudo doutrinário acerca dos crimes tributários, gênero no qual incluímos não apenas os delitos

ABSTRACT: This article aims to answer the following questions: would the non-prosecution agreement (NPA) be admissible in tax crimes? If so, would the compensation clause be possible or even mandatory in these cases? These inquiries arise due to the express legal provision that full payment of the tax leads to dismiss the charges and might represent an obstacle to the conclusion of the agreement in this scope or, at least, to the imposition of this clause. Looking to answer these questions, we will initially analyze tax crimes, a genre in which we include not only the crimes provided by Law 8.137/1990, but also the social security crimes of Arts. 168-A and 337-A CP and tax evasion of Art. 334 CP.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 121-174. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.128].

tipificados pela Lei 8.137/1990, mas também os crimes previdenciários dos Arts. 168-A e 337-A e o descaminho, previsto pelo Art. 334, todos do CP. Posteriormente, analisaremos os fundamentos, procedimentos, requisitos e condições do ANPP, com especial destaque à previsão do Art. 28-A, I, CPP, que diz respeito à reparação do dano. A partir de uma metodologia dedutiva, demonstraremos, ao final do trabalho, que apesar de cabível, o ANPP, aos presentes delitos, não pode ser imposta, nestes casos, a condição de pagamento integral do tributo, sendo possível, mas não obrigatório, o ajuste para pagamento parcial e/ou a termo.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Reparação do dano – Sonegação fiscal – Crimes previdenciários – Descaminho.

Subsequently, we will analyze the foundations, procedures, requirements and conditions of the NPA, with special emphasis on the provision of Art. 28-A, I, CPP, which concerns the compensation clause. From a deductive methodology, we will demonstrate, at the end of the paper, that the NPA is applicable to the present crimes, but full payment of taxes cannot be imposed as a condition in these cases, being possible, but not mandatory, an adjustment for partial and/or forward payment.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement – Compensation for damages – Tax evasion – Social security crimes – Tax crimes.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Dos efeitos do parcelamento e pagamento da dívida nos crimes tributários. 3. Acordo de não persecução penal. 4. Acordo de não persecução penal em crimes tributários. 5. Considerações finais. 6. Referências. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

A Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Lei Anticrime”, introduziu profundas modificações no ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro. Dentre essas alterações, fora acrescido no Código de Processo Penal, o Art. 28-A, que versa sobre o chamado *acordo de não persecução penal* (ANPP), instrumento de justiça penal negocial através do qual o Acusado, desde que preenchidos determinados requisitos e almejando evitar o oferecimento da denúncia e uma possível futura condenação, firma, com o Ministério Público, o compromisso de cumprir certas condições, para ver extinta sua punibilidade¹.

Sem desconsiderar a relevância de outras inúmeras questões levantadas por esse instituto, centrar-nos-emos, no presente trabalho, na sua aplicação concreta a um específico gênero de crimes, qual seja, o dos crimes tributários. Conforme

-
1. MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça Consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022. p. 398.

demonstraremos em pormenor, ao longo do artigo, ainda que restem controvérsias acerca de sua natureza jurídica, do limite temporal para tanto e de sua extensão para determinados crimes em especial, é hoje cediço na doutrina e jurisprudência, gozando, inclusive, de amparo legal, que o pagamento integral do tributo é causa de extinção da punibilidade do agente e que a mera adesão a programa de parcelamento do débito suspende a pretensão punitiva do Estado.

A pergunta que se coloca, porém, e que justifica a presente investigação, é a de como conciliar esse entendimento consolidado com a literalidade do Art. 28-A, I, do CPP, que prevê como uma das condições a serem cumpridas, pelo Acusado, para a celebração do acordo, a reparação integral do dano, salvo na impossibilidade de o fazer. Seria esse dispositivo um óbice à aplicação do ANPP aos crimes tributários? Poder-se-ia abstrair da condição em comento? Como conciliar esses dois institutos que, à primeira vista, poderiam ser benéficos ao Réu mas contraditórios entre si?

Para responder a essas indagações, abordaremos, inicialmente, os chamados *crimes tributários*, gênero no qual englobamos não apenas as tipificações previstas pela Lei 8.137/1990, mas também os crimes previdenciários dos Arts. 168-A e 337-A e o descaminho, do Art. 334, todos do Código Penal. Para além de demonstrar as razões dogmáticas e político criminais que justificariam este tratamento conjunto e isonômico, daremos especial enfoque, no primeiro tópico, à evolução legislativa e jurisprudencial acerca dos efeitos gerados na punibilidade do agente, pelo parcelamento e pagamento da dívida tributária em questão.

Posteriormente, analisaremos em pormenor os fundamentos, procedimentos, requisitos e condições a serem impostas no âmbito do acordo de não persecução penal, com destaque, como é evidente, à controvertida condição de reparação do dano e seu eventual caráter de obrigatoriedade. Conforme demonstraremos, essa cláusula muitas vezes é invocada como empecilho ao oferecimento do acordo em crimes tributários, gerando, em todo caso, dúvidas e consequente insegurança jurídica.

Com emprego da metodologia dedutiva e partir das premissas gerais alcançadas nos dois primeiros tópicos, buscaremos responder, na parte derradeira do artigo, os seguintes questionamentos: (i) seria admissível o ANPP nos crimes tributários? (ii) em caso de resposta positiva, haveria possibilidade de inclusão de uma cláusula de reparação integral do dano, nestes casos? Seria ela obrigatória?

Ao final da investigação e em resposta a essas indagações, demonstraremos que, a despeito de serem plenamente admissíveis os acordos de não persecução penal para os crimes em comento (ressalvadas, é claro, hipóteses excepcionais nas quais os requisitos não se mostrem preenchidos), o pagamento da integralidade

do tributo e até mesmo a adesão a programa de parcelamento não podem ser consideradas cláusulas possíveis e muito menos obrigatórias para sua celebração, sendo *admissíveis*, contudo, ajustes para pagamentos parciais e/ou à prazo.

2. DOS EFEITOS DO PARCELAMENTO E PAGAMENTO DA DÍVIDA NOS CRIMES TRIBUTÁRIOS

A captação de recursos materiais é de fundamental importância para os Estados, para que estes possam manter sua estrutura e disponibilizar aos cidadãos, os serviços públicos que lhe competem, visando alcançar, ainda, os objetivos fundamentais do Estado, que no caso do Brasil, estão inseridos na Constituição Federal, em seu Art. 3^o²⁻³. Sendo os tributos o principal suporte das finanças públicas⁴⁻⁵,

2. “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]. Acesso em: 26.01.2022).
3. SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 39.
4. Neste sentido, falando porém em “impostos” e não em “tributos”: SOUSA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Almedina, 2021. p. 24. No ordenamento jurídico brasileiro, o conceito de *tributo* é dado pelo Art. 3º do CTN, assim entendida “toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.” (BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm]. Acesso em: 26.01.2021). *Imposto*, por sua vez, apesar de sua proximidade léxica para com o conceito supramencionado, é considerado pela legislação nacional como uma espécie de tributo, previsto pelo Art. 16 do CTN como aquele “cuja obrigação tem por fato gerador uma situação independente de qualquer atividade estatal específica, relativa ao contribuinte.” (BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*: Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm]. Acesso em: 26.01.2021). Sobre essa questão, conferir com detalhes em: AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 39.
5. Kiyoshi Harada explica que, antigamente, os Estados também faziam uso de outros meios para fazer face às despesas necessárias para o cumprimento de suas finalidades,

o Estado acaba por fazer uso do direito penal, como seu instrumento mais contundente, para a tutela da ordem tributária e consequente forma de auferir os recursos necessários para a realização das atividades dirigidas às necessidades sociais⁶. A identificação, porém, de qual seria o bem jurídico tutelado pelos crimes tributários é questão bem mais controvertida do que parece.

Conforme classificação apontada por Marcelo Almeida Ruivo, podemos observar ao menos quatro hipóteses⁷⁻⁸: a primeira delas, a (i) *ordem tributária*⁹,

tais como guerras de conquista e extorsões de outros povos. Contudo, “com a gradativa evolução das despesas públicas, para atender às mais diversas necessidades coletivas, tornou-se imprescindível ao Estado lançar mão de uma fonte regular e permanente de recursos financeiros. Assim, assentou-se sua força coercitiva para a retirada parcial das riquezas dos particulares, sem qualquer contraprestação. Dessa forma, o tributo passou a ser a principal fonte dos ingressos públicos, necessários ao financiamento das atividades estatais.” (HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021. 2021. Ebook. n. p., cap. 8, s. 8.1).

6. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 270.
7. RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (Arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 438-444.
8. Conforme bem constata Carlos Martínez-Buján Pérez, as propostas relacionadas ao bem jurídico tutelado pelos crimes tributários podem ser classificadas em dois grandes grupos, quais sejam, (i) aquelas de orientação *patrimonial*, aparentemente majoritárias na Espanha, e as (ii) de orientação *funcional*, que buscam identificar o bem jurídico a partir das funções a serem exercidas pelo tributo na sociedade. Cf. detalhadamente em: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 661-666. Uma síntese das principais propostas no direito comparado também pode ser encontrada em: SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. In: IDPEE. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 3. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 295 e ss.
9. “Podemos dizer, portanto, que a ordem tributária consiste na tributação organizada e aplicada à luz de princípios como o da capacidade contributiva e o da capacidade colaborativa, da igualdade e da solidariedade, para, respeitadas as decisões políticas estampadas na legislação tributária quanto à distribuição da carga tributária e a participação de cada qual, prover os recursos necessários para que o estado realize as políticas públicas. Cada obrigado deve conformar sua conduta à legislação, cumprindo suas obrigações tributárias, tanto as principais de prestar dinheiro, como as instrumentais ou formais de colaborar com a Administração mediante a elaboração de controles, a

adotada pela doutrina amplamente majoritária, sustenta que não se busca garantir a efetividade da arrecadação, por si só, mas sim, das normas que regem a arrecadação de tributos no país, englobando, inclusive, a extrafiscalidade¹⁰.

Outra concepção, um pouco mais restrita, entende que o bem jurídico tutelado seria a (ii) *integridade do erário público ou da fazenda pública*, entendida de maneira supraindividual e institucional, com vistas à proteção da “política socioeconômica do Estado, como receita estatal, para obtenção dos recursos necessários à realização de suas atividades”¹¹.

A terceira hipótese seria a do bem jurídico (iii) *arrecadação tributária*, definida como um “instrumento de formação de receita pública e de consecução e implementação das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais”¹².

Finalmente, propõe-se também que os crimes tributários tutelariam, conjuntamente, (iv) a *receita tributária e a verdade informacional*. Neste sentido, conforme explica Marcelo Ruivo, ao analisar o delito de sonegação fiscal e acompanhando a jurisprudência do STF¹³, entende-se que este delito não desvaloraria

emissão de documentos, a facilitação de informação e o auxílio à arrecadação, dentre outras condutas do interesse da administração tributária.” (PAULSEN, Leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: SaraivaJur, 2022. p. 24-25).

10. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.1.4. Neste sentido, também, ao tratar do crime de descaminho, explica José Paulo Baltazar Júnior: “Com efeito, embora arrolado no CP entre os crimes contra a administração pública, atenta contra a ordem tributária, na medida em que se configura pela ilusão do direito ou imposto devido por entrada, saída ou consumo de mercadoria, configurando uma infração penal tributária aduaneira. Em verdade, então, o descaminho é o mais antigo dos crimes contra a ordem tributária.” (BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017. p. 353).
11. PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 265.
12. SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001. p. 188.
13. Por todos: STF ARE 999425 RG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 02.03.2017. Data de Publicação: 16.03.2017.

um mero inadimplemento, exigindo-se também a fraude nas declarações prestadas pelo contribuinte¹⁴.

Ainda que não seja o objetivo central do presente trabalho, cumpre-nos salientar que, sem nos afastar em demasia de algumas das propostas supra-mencionadas, sustentamos que há, nos crimes tributários, assim como na generalidade dos crimes econômicos¹⁵⁻¹⁶, bens jurídicos tutelados de forma *imediata* e *mediata*¹⁷. Mediatamente, identifica-se como bem jurídico tutelado, de natureza

14. RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (Arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 442.
15. Muitas são as propostas de definição do que se deva entender por *crimes econômicos*. Em breve síntese, podemos identificar uma (i) *concepção restritiva*, que sustenta que eles seriam aqueles cometidos em desfavor da ordem econômica, correspondendo esta última ao “interesse do Estado na conservação de sua capacidade produtora para o cumprimento de sua tarefa e na conservação da ordem legal da economia tanto em seu conjunto, como em suas ordenações parciais, e entendido como interesse do indivíduo em participar nos bens de consumo e no desenvolvimento de uma atividade adequada a sua vontade profissional de atuação e lucro.” (SCHMIDT apud BAJO FERNÁNDEZ, 1973, p. 96). Por sua vez, a partir de uma (ii) *concepção intermediária*, os delitos econômicos podem ser entendidos como as ações puníveis penal e administrativamente, cometidas no âmbito da vida econômica ou com ela estreitamente relacionadas. Seria um conceito próximo ao de *criminalidade empresarial*, a qual teria como traço diferenciador o fato de ser cometida a partir de uma empresa. Neste sentido, por todos: SCHÜNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, maio-ago. 1988. p. 529. Por fim, em uma (iii) *concepção ampla*, pode-se entender que o direito penal econômico deveria englobar as transgressões inseridas no “direito administrativo econômico”, que tutela as atividades de regulação e intervenção do Estado na economia, e também os crimes que violem bens jurídicos supraindividuais relacionados à vida econômica e o tipos penais do “direito penal patrimonial clássico”, quando praticados contra bens jurídicos coletivos ou constituam abuso de medidas e instrumentos da vida econômica. Neste sentido, por todos: TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista chilena de derecho*, v. 10, n. 1, 1983. p. 61-62.
16. Para uma análise pormenorizada da gênese e desenvolvimento do chamado *direito penal econômico*, vide: RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 44-50.
17. “Esta última noción [bien jurídico inmediato] sirve para reflejar la institución del bien jurídico protegido en sentido técnico, en tanto que elemento básico de todo delito. Por el contrario, la noción de bien jurídico mediato posee un significado diferente, que se vincula al más amplio concepto de ‘ratio legis’ o ‘finalidad objetiva de la norma’ y que,

supraindividual, a *fazenda pública*, aqui entendida como a atividade financeira do Estado, realizada no âmbito da ordem pública econômica, englobando ingressos e gastos públicos para a consecução de suas atividades. Ressalta-se que, conforme exposto anteriormente, trata-se de bem jurídico inapto a ser lesionado ou colocado em perigo, assumindo o papel de justificação da intervenção penal na matéria¹⁸.

Imediatamente, entendemos que os crimes tributários tutelam a *correta determinação do quantum debeatur e a receita tributária*. Conforme sintetiza Ferré Olivé, a obrigação tributária surge da existência de uma lei criando determinado tributo e estipulando seus pressupostos, seguida da ocorrência do fato gerador. É a partir deste momento que se inicia uma série de etapas no procedimento tributário para a *liquidação do tributo*, ou seja, para a determinação do valor a ser recolhido¹⁹. Conforme se nota, muito antes de afetarem uma parcela do patrimônio público através do não recolhimento, as condutas que visam suprimir ou reduzir o tributo ou contribuição social o fazem a partir da afetação da *verdade informacional*, utilizando-se da terminologia empregada por Marcelo Ruivo²⁰. Ao contrário, porém, do brilhante entendimento de Ferré Olivé²¹, entendemos que não se pode abstrair por completo da vertente *patrimonial*, vez que a tutela penal do bom funcionamento do sistema tributário, através de informações corretas e precisa liquidação dos valores pelo contribuinte, só é legítima se considerada o fim da arrecadação voltado à consecução das finalidades do Estado.

dicho sintéticamente, expresa las razones o motivos que conducen al legislador penal a criminalizar un determinado comportamiento. Por tanto, aunque en algunos casos el contenido de ambas nociones pueda coincidir, conviene dejar claro que en otros casos ello no sucede así y que, desde luego, ambas nociones deben ser siempre conceptualmente deslindadas. En efecto, el bien jurídico técnicamente tutelado por una determinada norma penal no tiene por qué identificarse con la finalidad última perseguida por el legislador cuando se decidió a crear dicha norma.” (MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*: parte especial. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019. p. 147-148).

18. Neste sentido: FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. *Revista Penal México*, n. 7, set. 2014-fev. 2015. p. 85-87.
19. Ibidem, p. 88.
20. RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (Arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra a ordem tributária*: do direito tributário ao direito penal. São Paulo: Almedina, 2018. p. 441 e ss.
21. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. *Revista Penal México*, n. 7, set. 2014-fev. 2015, p. 89.

Superada a questão do bem jurídico, cumpre-nos identificar quais seriam os delitos passíveis de serem considerados como *crimes tributários*. A primeira e mais evidente resposta é a das condutas tipificadas na Lei 8.137/1990, especialmente nos Arts. 1º e 2º, que tratam da *sonegação fiscal*²². Conforme aponta

22. “CAPÍTULO I. Dos Crimes Contra a Ordem Tributária. Seção I. Dos crimes praticados por particulares. Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias; II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal; III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável; IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato; V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação. Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso V. Art. 2º Constitui crime da mesma natureza: I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo; II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos; III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal; IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento; V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. Seção II. Dos crimes praticados por funcionários públicos. Art. 3º Constitui crime funcional contra a ordem tributária, além dos previstos no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal (Título XI, Capítulo I): I – extraviar livro oficial, processo fiscal ou qualquer documento, de que tenha a guarda em razão da função; sonegá-lo, ou inutilizá-lo, total ou parcialmente, acarretando pagamento indevido ou inexato de tributo ou contribuição social; II – exigir, solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de iniciar seu exercício, mas em razão dela, vantagem indevida; ou aceitar promessa de tal vantagem, para deixar de lançar ou cobrar tributo ou contribuição social, ou cobrá-los parcialmente. Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa. III – patrocinar, direta ou indiretamente, interesse privado perante a administração fazendária, valendo-se da qualidade de funcionário público. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.” (BRASIL. Lei nº 8.137,

Marina Araújo, trata-se de ilícito tipificado criminalmente no ordenamento jurídico brasileiro desde a Lei 4.729/1965²³, na qual a fraude ou ardil eram considerados elementos intrínsecos do tipo²⁴. Nessa exordial legislação, o crime, previsto no Art. 1º, era de *mera conduta*, não se exigindo a efetiva redução da arrecadação para sua consumação²⁵.

Significativa alteração fora observada, porém, com a aprovação da já mencionada Lei 8.137/1990, que atualmente prevê o crime em comento. As condutas tipificadas pelo Art. 1º são aquelas que representam a sonegação fiscal *stricto sensu*, englobando a supressão e redução de tributos através de condutas fraudulentas ou ardilosas. Em sendo *crimes materiais*, pressupõem diminuição ou extinção do tributo exigido, através das modalidades de ação e omissão previstas nos incisos I a V, todas elas exigindo o dolo do agente, para sua configuração²⁶⁻²⁷.

Também prevendo um crime doloso, (e exigindo, inclusive, na modalidade do inciso I, um dolo específico do agente), o Art. 2º descreve, em seus incisos,

de 27 de dezembro de 1990: define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/8137.htm]. Acesso em: 06.01.2021).

23. Cf. detalhadamente em: BRASIL. Lei nº 4.729/65: define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm]. Acesso em 27.01.2022.
24. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.1.1.
25. CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 238-239.
26. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.1.5.
27. Vale mencionar ainda, que o parágrafo único do Artigo em questão traz uma criminalização de contestada legitimidade. Neste sentido: “Entende-se que não há legitimidade para que o Estado criminalize a não entrega de documentos. Não há obrigatoriedade no país de se fazer prova contra si mesmo. O princípio do *nemo tenetur se detegere*, abrigado pelo sistema jurídico penal brasileiro, impede a criminalização do exercício de um direito. Se há o direito a não fazer prova e, portanto, não entregar o que quer que seja, não pode essa conduta ser criminalizada.” (ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.1.5).

condutas que configuram crimes formais e de menor reprovabilidade, ao ver do legislador²⁸. Para Marcelo Ruivo, a razão pela qual as penas mínimas e máximas seriam substancialmente menores do que as do Art. 1º seria o fato de se tratar de crimes de *dano* ou *perigo de dano* ao bem jurídico *verdade informacional* e de *perigo de dano à receita tributária*²⁹.

A despeito de não estarem inseridos na Lei em comento, que versa sobre os crimes contra a ordem tributária, os tipos penais dos Arts. 168-A e 337-A CP, que dispõem sobre a *apropriação indébita previdenciária*³⁰ e a *sonegação de contribuição previdenciária*³¹, possuem natureza, objeto e processamento muito próximos aos daqueles, o que justificaria, ao ver da doutrina majoritária, uma aproximação entre eles³²⁻³³.

28. Ibidem, cap. 2, s. 2.1.5.

29. RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (Arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 445.

30. “Apropriação indébita previdenciária. Art. 168-A. Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I – recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II – recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III – pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social.” (BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 06.01.2022).

31. “Sonegação de contribuição previdenciária. Art. 337-A. Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I – omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II – deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III – omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.” (BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 06.01.2022).

32. Neste sentido, por todos: ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.).

Ao tratar da tipicidade objetiva do crime do Art. 168-A, Luciano Anderson de Souza explica que existem quatro modalidades criminosas distintas, sendo elas: i) a do *caput*, de deixar de repassar, o substituto tributário, as contribuições recolhidas; ii) a do § 1º, I, de deixar de recolher as contribuições descontadas; iii) a do § 1º, II, de deixar de recolher as contribuições devidas; iv) a do § 1º, III, de deixar de pagar benefício recebido pelo INSS, tendo, essas três últimas modalidades, como sujeito ativo, o titular da firma individual³⁴.

Por sua vez, o delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, o qual, a despeito do silêncio legislativo após a aprovação da Lei 9.983/2000, somente pode ser praticado por “titular da firma individual, comerciante, industrial ou administrador do negócio”³⁵, é composto de um tipo misto alternativo, com dois núcleos (“suprimir” ou “reduzir”) e cujos modos de execução são trazidos pelos incisos I a III. Vale mencionar ainda, que só é tipificada penalmente a sonegação dolosa, não havendo previsão da modalidade culposa³⁶.

Segundo Bitencourt, o delito de *apropriação indébita previdenciária* visa tutelar “as fontes de custeio da seguridade social, particularmente os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social (art. 194 CF)”³⁷. O mesmo se diga com relação ao delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, acrescentando-se,

Direito penal econômico, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.2.1; RASSI, João Daniel. Comentários ao Art. 337-A. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 1169.

33. Aliás, no que toca ao delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, destaca Luciano Anderson de Souza: “O crime de sonegação de contribuição previdenciária consiste em *crime tributário*, conforme os núcleos do tipo (os verbos ‘suprimir’ ou ‘reduzir’) claramente o demonstram, do mesmo modo que a disciplina benéfica estabelecida, tanto no Código Penal e legislação tributária extravagante como nos sucessivos programas de parcelamento de débitos fiscais. Em outros termos, o regramento jurídico do delito em análise é inequivocamente penal tributário.” (SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial* – arts. 312 a 359-H do CP. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 5. *Ebook*. n. p., cap. 32, s. 32.1).
34. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial* – arts. 155 a 234-B do CP. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 3. *Ebook*. n. p., cap. 11, s. 11.3 e 11.4.
35. SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial* – arts. 312 a 359-H do CP. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 5. *Ebook*. cap. 32, s. 32.3.
36. *Ibidem*, cap. 32, s. 32.4.
37. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial* – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3. p. 256.

ainda, que essa norma também visa tutelar, cumulativamente, o patrimônio público da previdência social³⁸. Ao nosso entender, no que toca a este último, também não pode deixar de ser considerado como bem jurídico tutelado a *correta determinação do quantum debeatur*, a qual é afetada pelas omissões informacionais descritas nos incisos.

Outro delito que possui inegável proximidade aos crimes em comento é o do Art. 334 CP, que versa sobre o *descaminho*³⁹. A despeito de sua localização no Código Penal, entre os *crimes contra a administração pública*, a doutrina costuma apontar que com ele se busca, na verdade, a tutela do mesmo bem jurídico que o dos crimes tributários. Para Luciano Anderson de Souza, por exemplo, este seria a *ordem tributária*, “bem jurídico supraindividual voltado à atividade de arrecadação e gestão de gastos públicos”⁴⁰. Segundo o autor, refere-se à supressão ou redução, mediante fraude, de imposto de importação, de exportação e de IPI e ICMS, quando estes se referirem à entrada e saída de mercadorias⁴¹.

Sem nos apartarmos em demasia desse entendimento, nos parece que, assim como já salientado para os crimes da Lei 8.147/1990 e para os crimes previdenciários,

38. BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5, p. 307.

39. “Descaminho. Art. 334. Iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria. Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. § 1º Incorre na mesma pena quem: I – pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei; II – pratica fato assimilado, em lei especial, a descaminho; III – vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem; IV – adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos. § 2º Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências. § 3º A pena aplica-se em dobro se o crime de descaminho é praticado em transporte aéreo, marítimo ou fluvial.” (BRASIL. *Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940*: Código Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 06.01.2022).

40. SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial – arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 5. *Ebook*. n. p., cap. 27, s. 27.2.

41. *Ibidem*, cap. 27, s. 27.4.

o tipo de descaminho visa tutelar, mediatamente, a fazenda pública, e de maneira imediata, a correta aferição do *quantum debeatur* e a receita tributária.

Em suma, portanto, pelas razões expostas até aqui, podemos considerar como *crimes tributários em sentido amplo*, a *sonegação fiscal*, prevista nos Arts. 1º e 2º da Lei 8.137/1990, o *descaminho*, previsto no Art. 334 do CP, a *apropriação indébita previdenciária*, do Art. 168-A do CP e a *sonegação de contribuição previdenciária*, tipificada pelo Art. 337-A do CP.

No que tange, porém, aos objetivos específicos do presente trabalho, e sem desconsiderar a relevância de inúmeras outras controvérsias pontuais de cada um destes delitos, cumpre-nos analisar a questão específica dos efeitos do parcelamento e/ou pagamento, nomeadamente no que se refere à uma possível extinção da punibilidade deles decorrente.

Observa-se, de pronto, que o sistema penal-tributário nacional, desde suas primeiras leis, previu formas de extinção da punibilidade para agentes que efetuassem o pagamento do crédito tributário. É bem verdade, porém, que inúmeras modificações legislativas foram ocorrendo ao longo dos anos⁴², gerando inegável insegurança em contribuintes, acusados e operadores do direito.

Explicando esse longo e sinuoso percurso histórico, Hugo de Brito Machado destaca que a Lei 4.729/1965, que instituiu o delito de sonegação fiscal no ordenamento jurídico brasileiro, dispunha que a extinção da punibilidade se daria com o recolhimento do tributo devido, “antes de ter início, na esfera administrativa, a ação fiscal própria”⁴³. Desta feita, era a denúncia espontânea da infração, tal como prevista no Art. 138 do CTN⁴⁴, que extinguiu a punibilidade do agente, havendo perfeita coerência entre as disposições legais⁴⁵.

42. CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 239.

43. BRASIL. *Lei nº 4.729/65*: define o crime de sonegação fiscal e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14729.htm]. Acesso em: 27.01.2022.

44. “Art. 138. A responsabilidade é excluída pela denúncia espontânea da infração, acompanhada, se for o caso, do pagamento do tributo devido e dos juros de mora, ou do depósito da importância arbitrada pela autoridade administrativa, quando o montante do tributo dependa de apuração. Parágrafo único. Não se considera espontânea a denúncia apresentada após o início de qualquer procedimento administrativo ou medida de fiscalização, relacionados com a infração.” (BRASIL. *Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966*: dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito

O Decreto-Lei 157/1967 apresentou pequenas alterações no regime até então vigente, modificando o marco temporal de admissibilidade do pagamento para fins de extinção da punibilidade – podia ser feito até logo depois da decisão administrativa de primeira instância, bastando, inclusive, para estes fins, o depósito da quantia –, bem como estendendo essa possibilidade para crimes que não os previstos na Lei 4.729, passando a englobar, portanto, o contrabando e o descaminho⁴⁶. Essa abrangência, porém, foi novamente reduzida com a Lei 6.910/1980⁴⁷⁻⁴⁸.

Aprovada a Lei 8.137/1990⁴⁹, o limite temporal supramencionado passou a ser o do recebimento da denúncia. Contudo, seu Art. 14, que previa essa possibilidade, foi revogado pela Lei 8.383/1991⁵⁰, deixando de haver, durante um curto período de tempo, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo⁵¹⁻⁵².

tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172compilado.htm]. Acesso em: 26.01.2021).

45. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 383.
46. BRASIL. *Decreto-Lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967*: concede estímulos fiscais à capitalização das empresas; reforça os incentivos à compra de ações; facilita o pagamento de débitos fiscais. Disponível em: [www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1960-1969/decreto-lei-157-10-fevereiro-1967-375813-publicacaooriginal-1-pe.html]. Acesso em: 27.01.2022.
47. BRASIL. *Lei nº 6.910, de 13 de julho de 1980*: restringe a aplicação do disposto no art. 2º da Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965, e no art. 18, § 2º, do Decreto-lei nº 157, de 10 de fevereiro de 1967, e revoga o Decreto-lei nº 1.650, de 19 dezembro de 1978. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L6910.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%206.910%2C%20DE%2013,aplica%C3%A7%C3%A3o%20do%20disposto%20no%20art.&text=729%2C%20de%2014%20de%20julho,de%2019%20dezembro%20de%201978]. Acesso em: 27.01.2022.
48. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 383-384.
49. BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*: define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm]. Acesso em: 06.01.2021.
50. BRASIL. *Lei nº 8.383, de 30 de dezembro de 1991*: institui a Unidade Fiscal de Referência, altera a legislação do imposto de renda e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8383.htm]. Acesso em: 27.01.2022.
51. CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 240.

Em 1995⁵³, com a aprovação da Lei 9.249⁵⁴, reestabelecia-se, conforme previsão do Art. 34, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo ou contribuição social, desde que este ocorresse *antes do recebimento da denúncia*. Contudo, com a instituição dos Refis pela Lei 9.964/2000⁵⁵, o parcelamento da dívida tributária passou a ser causa de suspensão da pretensão punitiva, desde

-
52. Há posicionamentos discrepantes na doutrina, a respeito deste lapso temporal. Para Hugo de Brito Machado, por exemplo, foi um período de *terrorismo fiscal*. Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 385. Por sua vez, Rui Stoco e Tatiana Stoco entendem que, se por um lado, se contribuiu para um excessivo aumento de processos judiciais em trâmite, por outro, houve coerência e acerto legislativo na supressão da medida. Isso porque, ao se dar prevalência ao bem-jurídico imediatamente protegido, qual seja, o crédito tributário, abstraindo-se daqueles que, em tese, seriam mediamente tutelados (a fé pública e a administração pública), o direito penal acabava por se tornar “veículo espúrio e mero cobrador de tributos, de modo que apenas os remissos incorreriam nas sanções da lei penal”. Em último termo, estaríamos, segundo os autores, diante de uma prisão por dívida, expressamente vedada pela CF. Cf. STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016. p. 175.
53. Antes, a Lei 8.696/1993 previa, em sua redação original, o reestabelecimento do pagamento do tributo como causa de extinção da punibilidade, previsão essa contida no Art. 3º da normativa. Contudo, o artigo fora vetado pelo Presidente da República. Cf. detalhadamente em: MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 385-386.
54. BRASIL. *Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995*: altera a legislação do imposto de renda das pessoas jurídicas, bem como da contribuição social sobre o lucro líquido, e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19249.htm]. Acesso em: 27.01.2022.
55. “Art. 15. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e no art. 95 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no Refis, desde que a inclusão no referido Programa tenha ocorrido antes do recebimento da denúncia criminal. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º O disposto neste artigo aplica-se, também: I – a programas de recuperação fiscal instituídos pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios, que adotem, no que couber, normas estabelecidas nesta Lei; II – aos parcelamentos referidos nos arts. 12 e 13. § 3º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento antes do recebimento da denúncia criminal.” (BRASIL. *Lei nº 9.964, de 10 de abril de 2000*: institui o Programa de Recuperação Fiscal – Refis e dá outras providências, e altera as Leis nos 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.844,

que a adesão ao parcelamento tivesse ocorrido em momento anterior ao oferecimento da denúncia. Uma vez finalizado o pagamento parcelado, estaria extinta a pretensão punitiva em relação aos crimes tributários⁵⁶⁻⁵⁷.

Com o advento da Lei 10.684/2003⁵⁸, o marco temporal previamente estipulado para o parcelamento, para que este fosse apto a suspender a pretensão punitiva, fora abolido, passando a ser admitido independentemente do momento em que ocorresse a adesão ao programa⁵⁹. Este já era, inclusive, segundo Hugo

de 20 de janeiro de 1994. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19964.htm]. Acesso em: 27.01.2022).

56. CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 239-240.
57. É importante salientar que, para parcela da doutrina, o parcelamento da dívida já seria, por si só, causa de extinção da punibilidade e não de mera suspensão da pretensão punitiva. Neste sentido, por todos: “Segundo nosso entendimento, por caracterizar novação, deveria atuar como liquidação do crédito tributário, surgindo outra dívida do contribuinte, posto que a dívida fiscal se renova com o parcelamento e passa a constituir para o Poder Público crédito tributário diverso daquele que constava da Certidão da Dívida Ativa ou título executivo. [...] Essa razão pela qual, segundo nosso entendimento, formalizado o acordo com a subscrição do termo respectivo e o pagamento da primeira parcela antes da denúncia, extingue-se a punibilidade, independentemente do pagamento das demais, considerando que a dívida anterior, originada da conduta prevista como crime, desapareceu com a novação e com ela feneceu a possibilidade de punir.” (STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016. p. 180-181).
58. “Art. 9º É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios.” (BRASIL. Lei nº 10.684, de 30 de maio de 2003: altera a legislação tributária, dispõe sobre parcelamento de débitos junto à Secretaria da Receita Federal, à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e ao Instituto Nacional do Seguro Social e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.684.htm]. Acesso em: 27.01.2021).
59. Carvalho e Bueno destacam, inclusive, que redação semelhante fora adotada pela Lei 11.941/2009, que instituiu o chamado *Refis da Crise*. Vide: CARVALHO, Cristiano Rosa

de Brito Machado, o entendimento adotado pelo STF em alguns casos isolados, mesmo antes da aprovação da Lei. Com esta, porém, a questão fora pacificada por algum tempo⁶⁰.

Contudo, em 2011, fora aprovada a Lei 12.382⁶¹, a qual, alterando a Lei 9.430/1996, novamente inseriu o marco temporal do recebimento da denúncia, instando-se, uma vez mais, a controvérsia a respeito do momento limite para parcelamento e/ou pagamento do tributo, para que este seja apto a suspender a pretensão punitiva ou extinguir a punibilidade do agente.

Há entendimentos doutrinários no sentido de que o pagamento integral do tributo somente teria o condão de extinguir a punibilidade do agente, quando realizado antes do recebimento da denúncia ou, em caso de quitação posterior a pedido de parcelamento, quando este último tiver sido formalizado antes do recebimento da denúncia⁶².

de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 240.

60. MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 387.

61. “Art. 6º O art. 83 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 1º a 5º, renumerando-se o atual parágrafo único para § 6º: ‘Art. 83. [...] § 1º Na hipótese de concessão de parcelamento do crédito tributário, a representação fiscal para fins penais somente será encaminhada ao Ministério Público após a exclusão da pessoa física ou jurídica do parcelamento. § 2º É suspensa a pretensão punitiva do Estado referente aos crimes previstos no *caput*, durante o período em que a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no parcelamento, desde que o pedido de parcelamento tenha sido formalizado antes do recebimento da denúncia criminal. § 3º A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 4º Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos no *caput* quando a pessoa física ou a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos, inclusive acessórios, que tiverem sido objeto de concessão de parcelamento [...]’” (BRASIL. *Lei nº 12.382, de 25 de fevereiro de 2011: dispõe sobre o valor do salário mínimo em 2011 e a sua política de valorização de longo prazo; disciplina a representação fiscal para fins penais nos casos em que houve parcelamento do crédito tributário; altera a Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996; e revoga a Lei nº 12.255, de 15 de junho de 2010*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12382.htm]. Acesso em: 27.01.2022).

62. Neste sentido, por todos: LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. p. 299-308.

Para outra corrente doutrinária, ressalvada a hipótese de pedido de parcelamento formalizado no âmbito de vigência da Lei 11.941/2009 “(incluídos aqueles parcelados por meio da Lei nº 12.996/14, que reabriu o prazo para a adesão ao parcelamento)”, a suspensão da pretensão punitiva somente se dará quando adotada “qualquer espécie de parcelamento dos tributos, quer seja vinculado a programas especiais de parcelamento, ou seja pela adoção de métodos ordinários de quitação parcelada da dívida tributária”, desde que em momento anterior ao recebimento da denúncia criminal. Por sua vez, o pagamento integral do tributo, ainda que após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, seria causa a extinção da punibilidade do agente⁶³.

Uma vez não tendo havido, porém, revogação expressa da normativa anterior⁶⁴, qual seja, do Art. 9º da Lei 10.684/2003, parece-nos mais acertado o entendimento de que, tanto o parcelamento da dívida, quanto o pagamento integral do tributo, têm o condão de, respectivamente, suspender a pretensão punitiva e extinguir a punibilidade do agente, independentemente do momento em que ocorram. Este foi, inclusive, o posicionamento adotado nos mais recentes julgados proferidos pelo STJ e pelo STF na matéria⁶⁵, havendo, apenas, controvérsias entre doutrina e jurisprudência, a respeito da possibilidade de extinção pelo pagamento após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁶⁶.

63. CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018. p. 241-242.

64. “Art. 9º A cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas.” (BRASIL. *Lei Complementar nº 95, de 25 de fevereiro de 1998*: Dispõe sobre a elaboração, a redação, a alteração e a consolidação das leis, conforme determina o parágrafo único do art. 59 da Constituição Federal, e estabelece normas para a consolidação dos atos normativos que menciona. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp95.htm]. Acesso em: 28.01.2022).

65. STF. HC 116.828/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Data de Julgamento: 13.08.2013. Data de Publicação: 16.10.2013; STJ. HC 362.478/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de julgamento: 14.09.2017. Data de Publicação: 20.09.2017; STF. HC 85.048/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma. Data de Julgamento: 30.05.2006. Data de Publicação: 01.09.2006.

66. Frise-se que, para Rui Stoco e Tatiana Stoco, a extinção da punibilidade poderá ocorrer a qualquer momento, desde que antes do trânsito em julgado, no mesmo sentido que o supramencionado HC 116828, julgado pela 1ª Turma do STF. Cf. STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson

No que toca aos *crimes previdenciários*, quais sejam, aqueles previstos pelos Arts. 168-A e 337-A CP, é importante mencionar que há expressa previsão da possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento da contribuição. Exige-se, porém, para tanto, a confissão espontânea do agente⁶⁷ e a prestação de informações corretas à autoridade competente⁶⁸.

As controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais relacionadas ao limite temporal para pagamento da dívida ou parcelamento também são aqui observadas. Para Luciano Anderson de Souza, por exemplo, na *apropriação indébita previdenciária*, i) se houver pagamento antes do início da ação fiscal, será extinta a punibilidade; ii) se o pagamento for posterior a ela, mas antes do oferecimento da denúncia e forem preenchidas as demais condições dos §§ 3º e 4º do Art. 168-A, aplica-se o perdão judicial ou há aplicação isolada de multa; iii) se o pagamento for posterior ao oferecimento e anterior ao recebimento da denúncia, configura-se arrendimento posterior e consequente causa de diminuição da pena, nos

Reuters Brasil, 2016. p. 216-217. Sustentamos, porém, que uma vez considerado não haver marco temporal para pagamento ou parcelamento, para que estes operem, respectivamente, a extinção da punibilidade ou suspensão da pretensão punitiva/executória, não há impeditivos legais ou argumentativos para que estes ocorram também após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Em sentido semelhante, cf. DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 393-394; MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 388.

67. Explica Bitencourt que a confissão supramencionada é da dívida e não do crime, sob pena de violação da presunção de inocência. Vide: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial – dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3. p. 260.

68. “Art. 168-A. [...] § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal”. Ainda: “Art. 337-A. [...] § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.” (BRASIL. *Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990*: define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8137.htm]. Acesso em: 06.01.2021).

termos do Art. 16 do CP; e iv) se for posterior ao recebimento da denúncia, poderá ter cabimento a atenuante genérica do art. 65, III, “b”, CP⁶⁹.

No caso do delito de *sonegação de contribuição previdenciária*, a situação é ainda mais complexa. Observa-se que, ao contrário do Art. 168-A, não há menção expressa à necessidade de pagamento. No § 1º, há previsão da extinção da punibilidade, desde que o agente tão somente declare, confesse a dívida e preste as informações corretas à Previdência, antes da ação fiscal. Vale mencionar que no âmbito do perdão judicial do § 2º, havia previsão, no Projeto de Lei, da necessidade de pagamento da contribuição, a qual fora objeto de veto. Para Bitencourt, a despeito de outras possíveis interpretações, há que se aplicar uma *analogia in bonam partem*, havendo que se admitir o reconhecimento da extinção da punibilidade nestes crimes, com base no art. 34 da Lei 9.249/1995⁷⁰.

Igualmente, para Paulo Busato, por se tratar de delito de natureza eminentemente tributária, deve-lhe ser aplicado tratamento isonômico para com os demais delitos deste gênero, salientando, porém, o autor, que ao seu ver, não se trata de causa de extinção da punibilidade, mas sim, uma espécie de “arrependimento posterior” que se converteria em “impeditivo de prosseguimento da instância persecutória”⁷¹. É interessante observar que, no caso do 168-A, qual seja, de *apropriação indébita previdenciária*, o autor sustenta que o pagamento da contribuição, juntamente com os demais requisitos previstos pelo § 2º, têm a consequência de extinção da própria pretensão de punibilidade, sendo uma exclusão do próprio crime⁷².

Para Marina Coelho Araújo, apesar da previsão legal exigir que essas obrigações sejam cumpridas antes do início da ação fiscal, teria cabimento para estes tipos penais, em respeito à isonomia, o já analisado Art. 34 da Lei 9.249/1995, que permitiria o pagamento até o recebimento da denúncia⁷³.

69. SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial* – arts. 155 a 234-B do CP. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 3. *Ebook*. n. p., cap. 11, s. 11.7.

70. BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial* – crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5. p. 312-313.

71. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial* 2. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3. p. 677-679.

72. BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial* 1. São Paulo: Atlas, 2014. p. 532.

73. ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.2.3. No mesmo sentido:

Na mesma linha que Rui Stoco e Tatiana Stoco, porém, entendemos que, a despeito das previsões contidas nos respectivos artigos do Código Penal, seria aplicável, também, aos crimes em comento, a possibilidade de suspensão da pretensão punitiva pelo parcelamento do débito, ainda que a denúncia já tenha sido recebida, conforme inteligência do Art. 9º, da Lei 10.684/2003⁷⁴, que expressamente engloba os crimes previdenciários em análise. E uma vez não havendo limite temporal expresso, conforme já apontamos em análise aos crimes da Lei 8.137/1990, sustentamos que o parcelamento e pagamento podem ocorrer, inclusive, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória⁷⁵, tendo como consequências, respectivamente, a suspensão da pretensão executória e extinção da punibilidade do agente. Este nos parece, inclusive, o posicionamento adotado pelo STF, no RHC 128.245/SP⁷⁶.

Por fim, no que se refere ao delito de *descaminho*, há igualmente infundáveis controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais, conforme bem observa Luciano Anderson de Souza⁷⁷. Há julgados do STJ que vão no sentido de que, para além da falta de previsão legal, por serem, em tese, distintos os bens jurídicos tutelados, não seriam equiparáveis os delitos de *descaminho* e contra a ordem tributária, não sendo aplicável, portanto, àqueles, a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do débito⁷⁸.

FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Comentários ao Art. 168-A. In: SOUZA, Luciano Anderson (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 656.

74. STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016. p. 216-217; STF HC 85.048/RS. 1ª Turma. Rel. Min. Cezar Peluso. Data de Julgamento: 30.05.2006. DJe: 01.09.2006; STF HC 116.828. 1ª Turma. Rel. Min. Dias Toffoli. Data de julgamento: 13.08.2013. DJe 16.10.2013.

75. O STF, porém, já se manifestou no sentido de que a adesão ao REFIS deve se dar antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Neste sentido: STF AP 613 QO. Rel. Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 15.05.2014. Cf. também: HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. volume único. p. 814.

76. STF RHC 128.245/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Data de Julgamento: 23.08.2016. Data de Publicação: 21.10.2016.

77. SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial – arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 5. *Ebook*. n. p., cap. 27, s. 27.8.2.

78. Cf. STJ. RHC 43.558/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de Julgamento: 05.02.2015. Data de Publicação: 13.02.2015. Cfr. também HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. volume único. p. 821-822.

Para Paulo Busato, por sua vez, ao se sustentar, como ele o faz, que o bem jurídico tutelado é o patrimônio público, há que se considerar, inexoravelmente, que o pagamento do tributo antes do oferecimento da denúncia “esvazia o interesse persecutório”, afastando os requisitos legais de persecução do crime⁷⁹. Aliás, destaca o autor que, por se tratar de uma situação anterior ao recebimento da denúncia, não poderia ser considerada uma causa de *extinção da pretensão de punibilidade*, mas sim, uma *prejudicial da persecução*, ou seja, *uma condição de procedibilidade*. Isso porque, ela “fulmina a possibilidade de persecução, da própria formação da culpa”. Ao entender do autor, não se pode falar em extinção da punibilidade, pois só existiria “punição em potencial a partir da afirmação da culpa, que nesse caso sequer chega a se formar”⁸⁰.

Conforme já mencionamos, ao nosso entender, o bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho é, de maneira mediata, a fazenda pública, e de maneira imediata, a correta aferição do *quantum debeat* e a receita tributária. Em sendo assim, ao haver identidade entre os bens jurídicos tutelados por este delito e pelos crimes da Lei 8.137/1990, não haveria razões para oferecer a estes, tratamento diferenciado. Por isso, a despeito da ausência de previsão legal expressa, entendemos ser possível a aplicação do Art. 9º da Lei 10.684/2003 aos crimes de descaminho, por *analogia in bonam partem*, sendo facultada aos Acusados por estes crimes, a possibilidade de parcelamento do débito com consequente suspensão da pretensão punitiva ou executória, a depender do momento processual, e de pagamento integral do tributo com consequente extinção da punibilidade, mesmo após o trânsito em julgado.

Mas, ainda que não se considerem idênticos os bens jurídicos tutelados, como o fazem Cezar Roberto Bitencourt e Vania Barbosa Adorno, não há, ao ver dos autores, qualquer impeditivo lógico, político ou jurídico para aplicação analógica destes institutos a todos os delitos de *sonação fiscal lato sensu*, pois, a despeito das diferenças observadas pelos autores, a criminalização do descaminho objetiva proteger, acima de tudo, o erário público e o sistema tributário nacional⁸¹⁻⁸².

79. BUSATO, Paulo César. *Direito penal*: parte especial 2. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3. p. 644.

80. Ibidem, p. 642.

81. Cf. STJ. HC 48.805/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 26.06.2007. Data de Publicação: 19.11.2007.

82. Observar que, para os autores, o bem jurídico tutelado pelo crime de descaminho é a *administração pública*, o qual acomoda, porém, os interesses do sistema tributário nacional. Além disso, ressalta-se que a aplicação analógica admitida pelos autores, é a do Art. 34 da Lei 9.249/1995 e não a do Art. 9º da Lei 10.684/2003, tal como

Em suma, portanto, a despeito das infundáveis controvérsias a respeito do limite temporal para tanto e da natureza jurídica de seus efeitos, parece-nos pacífico que o *parcelamento do débito* possui o condão de suspender a pretensão punitiva, assim como o *pagamento integral do tributo* extingue a punibilidade do agente, podendo eles serem feitos, ao nosso ver, a qualquer momento. Ademais, ressalvados os respeitáveis posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais em contrário, sustentamos que os institutos em comento são também aplicáveis aos crimes previdenciários e de descaminho.

Essas constatações, ao nosso ver, levantam uma série de questionamentos a respeito da possível aplicação do acordo de não persecução penal para os crimes em comento, uma vez que, conforme analisaremos a seguir, uma das condições impostas pelo legislador, para sua celebração, é justamente a reparação do dano.

3. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O Conselho Nacional do Ministério Público editou, em 2017, a Resolução 181/2017, para fins de regulamentar a “instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público”. Em seu Art. 18, era prevista, em sua redação original, a possibilidade de propositura de acordo de não persecução penal, nos casos de delitos cometidos sem violência ou grave ameaça, desde que houvesse confissão formal e detalhada por parte do investigado e fossem indicadas eventuais provas de seu cometimento, bem como fossem cumpridos diversos requisitos⁸³.

defendemos. Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto; ADORNO, Vania Barbosa. A nova anatomia dos crimes de descaminho e de contrabando. In: ESPÍNERA, Bruno; CRUZ, Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Orgs.). *Crimes federais*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021. p. 37-39; 47-52.

83. O referido artigo sofrera algumas alterações pela Resolução 183/2018, sendo, por exemplo, suprimida a exigência de indicação de provas. Com a redação dada por este último documento, assim era a previsão do instituto: “Art. 18. 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: 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; § 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que: I – for cabível a transação penal, nos termos da lei; II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local; III – o investigado incorra em alguma das hipóteses previstas no art. 76, § 2º, da Lei nº 9.099/95; IV – o aguardo para o cumprimento do acordo possa acarretar a prescrição da pretensão punitiva estatal; V – o delito for hediondo ou equiparado e nos casos de incidência da Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006; VI – a celebração do acordo não atender ao que seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. § 2º A confissão detalhada dos fatos e as tratativas do acordo serão registrados pelos meios ou recursos de gravação audiovisual, destinados a obter maior fidelidade das informações, e o investigado deve estar sempre acompanhado de seu defensor. § 3º O acordo será formalizado nos autos, com a qualificação completa do investigado e estipulará de modo claro as suas condições, eventuais valores a serem restituídos e as datas para cumprimento, e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e seu defensor. § 4º Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial. § 5º Se o juiz considerar o acordo cabível e as condições adequadas e suficientes, devolverá os autos ao Ministério Público para sua implementação. § 6º Se o juiz considerar incabível o acordo, bem como inadequadas ou insuficientes as condições celebradas, fará remessa dos autos ao procurador-geral ou órgão superior interno responsável por sua apreciação, nos termos da legislação vigente, que poderá adotar as seguintes providências: I – oferecer denúncia ou designar outro membro para oferecê-la; II – complementar as investigações ou designar outro membro para complementá-la; III – reformular a proposta de acordo de não persecução, para apreciação do investigado; IV – manter o acordo de não persecução, que vinculará toda a Instituição. § 7º O acordo de não persecução poderá ser celebrado na mesma oportunidade da audiência de custódia. § 8º É dever do investigado comunicar ao Ministério Público eventual mudança de endereço, número de telefone ou e-mail, e comprovar mensalmente o cumprimento das condições, independentemente de notificação ou aviso prévio, devendo ele, quando for o caso, por iniciativa própria, apresentar imediatamente e de forma documentada eventual justificativa para o não cumprimento do acordo. § 9º Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo ou não observados os deveres do parágrafo anterior, no prazo e nas condições estabelecidas, o membro do Ministério Público deverá, se for o caso, imediatamente oferecer denúncia. § 10 O descumprimento do acordo de não persecução pelo investigado também poderá ser utilizado pelo membro do Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. § 11 Cumprido integralmente o

Não sem antes ter sofrido significativas alterações em sua redação⁸⁴, pela Resolução 183/2018⁸⁵, o acordo de não persecução penal foi inserido no sistema legal brasileiro em dezembro de 2019, oportunidade na qual a Lei 13.964/2019 (popularmente conhecida como Lei Anticrime) acrescentou no Código de Processo Penal, o Art. 28-A, prevendo o instituto em questão em termos bastante próximos ao que era previamente regulamentado nas resoluções supramencionadas⁸⁶⁻⁸⁷.

acordo, o Ministério Público promoverá o arquivamento da investigação, nos termos desta Resolução. § 12 As disposições deste Capítulo não se aplicam aos delitos cometidos por militares que afetem a hierarquia e a disciplina. § 13 Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o *caput*, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.” (CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017*: dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 18.01.2022).

84. Neste sentido: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de *compliance*? *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, jul. 2021. p. 24.
85. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018*: altera os artigos 1º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 13, 15, 16, 18, 19 e 21 da Resolução 181, de 7 de agosto de 2017, que dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-183.pdf]. Acesso em: 18.01.2022.
86. Neste sentido, cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 28, n. 166, abr. 2020. p. 251-252.
87. É bem verdade que o acordo de não persecução penal, assim como os demais mecanismos de celeridade e consenso no processo penal, apresenta vantagens, mas também desvantagens e riscos. Conforme bem sintetiza Flávio da Silva Andrade, o instituto potencializa os espaços de solução consensual penal, tendo potencial para permitir soluções mais céleres e melhor emprego de recursos humanos e materiais, por parte do poder judiciário, o qual tende a experimentar uma redução de sua sobrecarga de processos e recursos. Contudo, o ANPP gera preocupações relacionadas ao abandono da busca de uma “verdade processual” em favor da “verdade consensual”, à hipervalorização da confissão inculpatória, à possibilidade de uma desigualdade na repressão penal entre os que aceitarem ou não a solução consensual, podendo haver impactos, inclusive, nas finalidades de prevenção geral e especial, comumente atribuídas às penas. Chama a atenção, ainda, para os riscos de que eventuais inocentes aceitem o acordo por temor de uma condenação, tanto por parte dos Acusados, quanto de seus advogados. Além disso, não se pode desconsiderar o potencial interesse dos próprios juízes e promotores, no

Da literalidade do *caput* do artigo⁸⁸, é possível se observar, de pronto, que o acordo somente poderá ser proposto e posteriormente celebrado, se não for o caso de arquivamento. Em outras palavras, “se não houver justa causa ou faltarem os pressupostos processuais ou as condições para o exercício da ação penal, deve ser promovido o arquivamento, nos termos do art. 28 do CPP”⁸⁹⁻⁹⁰.

Detalhadamente, Fábio Guaragni explica que o primeiro pressuposto para a confecção do acordo é a “maturação da investigação em patamar capaz de permitir a formulação da denúncia, associada à presença das demais condições da ação”. Segundo o autor, deverá haver *justa causa em sentido amplo*, no sentido de indicar *tipicidade em tese, punibilidade em concreto e legitimidade de partes e justa*

acordo, e as possíveis consequências deste fato, tais, por exemplo, a utilização de acusações exacerbadas como instrumento de constrangimento para a obtenção do pacto. Cf. ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal negocial: controvérsias e desafios*. 2. ed. ver., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022. p. 275-281. Para uma análise detalhada das razões político-criminais da adoção do ANPP, cf. também: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (Art. 28-A, CPP) – versão modificada e adaptada à Lei Anticrime. In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 27-38.

88. “Art. 28-A. 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.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01.2022). Inclusive, Guilherme Madeira Dezem alerta para que não haja propositura de acordos de não persecução penal levianos, em casos nos quais, ainda que não haja elementos de informação suficientes para o oferecimento da denúncia e menos ainda para uma futura condenação, seja oferecido o acordo. Cfr. detalhadamente em: DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *Ebook*. p., cap. 6, s. 6.1.2.1.
89. MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 205.
90. No que toca aos pressupostos processuais, Pacelli fala em *pressuposto de existência* – órgão investido de jurisdição – e *requisitos de validade* – juiz competente e imparcial, capacidade processual (de estar em juízo) das partes e capacidade postulatória (representação por advogado), citação válida e preenchimento dos requisitos legais da denúncia ou queixa (art. 41 CPP). Cf. PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. p. 98-101.

causa em sentido estrito, significando que só deverá ser proposto o ANPP quando os elementos de investigação positivarem a *materialidade do delito* e indiciarem a *autoria*, “viabilizando carga probatória mínima para o exercício da ação penal, em juízo de cognição sumária”⁹¹⁻⁹².

O i) *não arquivamento da investigação preliminar* se trata, conforme classifica Leonardo de Bem, de um requisito objetivo positivo do ANPP, ao qual somam-se ii) que a infração tenha *pena mínima cominada inferior a quatro anos*; iii) e que não haja *violência ou grave ameaça* na infração⁹³.

Sobre estes requisitos, é importante destacar que, para a aferição da pena mínima cominada, devem ser levadas em consideração as eventuais causas de

-
91. GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). *Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 1. p. 487.
 92. Há inegável controvérsia doutrinária com relação às condições da ação no processo penal, nomeadamente no que se refere à uma maior ou menor aproximação àquelas aplicadas no processo civil. A doutrina majoritária sustenta serem aplicáveis ao processo penal as clássicas condições do processo civil, com as devidas matizações. Seriam elas a *possibilidade jurídica do pedido* – tipicidade dos fatos imputados ao Acusado, acrescida das condições de procedibilidade, quando aplicáveis –, o *interesse de agir* – pressuposto, no processo penal, uma vez que o *ius puniendi* é necessário para a aplicação da lei penal, – a *legitimidade de partes* – do Ministério Público, nos crimes de ação penal de iniciativa pública, ou da vítima, nos crimes de ação penal de iniciativa privada – e a *justa causa* – particularidade do processo penal, entendida como o suporte probatório mínimo quanto à existência material do crime e à autoria. Neste sentido, cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *Ebook*. n. p., cap. 4, s. 4.2. Distanto um pouco mais da concepção civilista, Aury Lopes Jr. propõe que sejam consideradas condições da ação no processo penal o *fumus commissi delicti* – fato aparentemente típico, ilícito e culpável –, a *punibilidade concreta* – não tenha operado uma causa de extinção da punibilidade –, a *legitimidade das partes* – ativa (Ministério Público ou vítima) e passiva (autor do delito, desde que imputável), e a *justa causa* – indícios razoáveis de autoria e materialidade e controle razoável do caráter fragmentário da intervenção penal –, acrescidas de outras eventuais condições específicas, que em alguns casos, condicionam a propositura da ação penal (por exemplo, a requisição do Ministro da Justiça). Cf. LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *Ebook*. n. p., cap. V.
 93. BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 220.

aumento e diminuição da pena que possam ser aplicáveis ao caso concreto⁹⁴. Além disso, ao mencionar a *violência* ou *grave ameaça*, há que se entender que o artigo se refere àquelas praticadas contra a pessoa e a título doloso, sendo a violência apta a impedir o oferecimento do acordo aquela presente na conduta e não no resultado⁹⁵.

Impõem-se, ainda, três requisitos objetivos negativos⁹⁶, quais sejam: i) o *não cabimento de transação penal*⁹⁷; ii) *não ter se beneficiado, o agente, de ANPP, transação*

94. “Art. 28-A. [...] § 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o *caput* deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01.2022). Ainda: “ENUNCIADO 29 (Art. 28-A, § 1.º.) Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõe os enunciados sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.” (COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM, s./d., n. p.). Neste exato sentido: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único. 279-280.

95. “ENUNCIADO 23 (Art. 28-A, § 2º) É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.” (COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM, s./d., n. p.). Cf. também: LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único. p. 280.

96. “Art. 28-A. [...] § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: I – se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; [...] III – ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e IV – nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01.2022).

97. “Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta”. “Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.” (BRASIL. *Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995*: dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras

penal ou suspensão condicional do processo, nos cinco anos anteriores à infração; e iii) o crime não ter sido cometido no âmbito de violência doméstica ou familiar e tampouco ter sido praticado contra mulher por razões da condição de sexo feminino⁹⁸⁻⁹⁹.

Além disso, são previstos requisitos de caráter subjetivo, sendo dois deles positivos: i) a necessidade do acordo e ii) sua suficiência para a reprovação e prevenção do crime, e dois negativos: i) a reincidência do agente e ii) quando houver elementos probatórios que indiquem conduta habitual, reiterada ou profissional (salvo se insignificantes as infrações pretéritas)¹⁰⁰⁻¹⁰¹.

O conceito e os limites da reincidência no ordenamento jurídico-penal pátrio são trazidos pelos Artigos 63 e 64 do Código Penal, verificando-se, ela, “quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior” e não prevalecendo, a condenação anterior, caso tenha “entre a data do cumprimento ou extinção

providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm]. Acesso em: 10.01.2022). Para maiores considerações sobre as particularidades deste instituto, vide: JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do procedimento sumaríssimo no Brasil: uma análise dos mecanismos de celeridade e consenso previstos pela Lei 9.099/95. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, n. 2, jul.-dez. 2018. p. 56-60.

98. Cf. os Arts. 5º e 7º da Lei 11.340/2006, em: BRASIL. *Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006*: cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm]. Acesso em: 21.01.2022.
99. BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 233.
100. “Art. 28-A. [...] § 2º O disposto no *caput* deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses: [...] II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.” (BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01. 2022).
101. BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 245-261.

da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação.”¹⁰²

Já no que toca à habitualidade do delito ou profissionalismo da conduta, conforme sustenta Leonardo de Bem, fez-se uma importação de dois institutos do Código Penal italiano¹⁰³, a qual é bastante criticável, não apenas por não ter definido, o diploma brasileiro, o que por eles se entenderia, mas também porque não se observou que na Itália, estes institutos pressupõem a reincidência, ao contrário do Brasil, no qual eles aparentam serem aplicáveis para investigados primários¹⁰⁴. Feita esta ressalva quanto à impropriedade destes conceitos, parcela da doutrina entende que estes três institutos têm como objetivo impedir a realização do acordo por aqueles investigados que façam do crime uma atividade rotineira, um verdadeiro meio de vida¹⁰⁵.

102. BRASIL. *Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941*: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01.2022.

103. “Art. 102. Abitualità presunta dalla legge. E’ dichiarato delinquente abituale chi, dopo essere stato condannato alla reclusione in misura superiore complessivamente a cinque anni per tre delitti non colposi, della stessa indole, commessi entro dieci anni, e non contestualmente, riporta un’altra condanna per un delitto, non colposo, della stessa indole, e commesso entro dieci anni successivi all’ultimo dei delitti precedenti. Nei dieci anni indicati nella disposizione precedente non si computa il tempo in cui il condannato ha scontato pene detentive o è stato sottoposto a misure di sicurezza detentive. Art. 103. Abitualità ritenuta dal giudice. Fuori del caso indicato nell’articolo precedente, la dichiarazione di abitualità nel delitto è pronunciata anche contro chi, dopo essere stato condannato per due delitti non colposi riporta un’altra condanna per delitto non colposo, se il giudice, tenuto conto della specie e gravità dei reati, del tempo entro il quale sono stati commessi, della condotta e del genere di vita del colpevole e delle altre circostanze indicate nel capoverso dell’articolo 133, ritiene che il colpevole sia dedito al delitto. [...] Art. 105. Professionalità nel reato. Chi trovandosi nelle condizioni richieste per la dichiarazione di abitualità, riporta condanna per un altro reato, è dichiarato delinquente o contravventore professionale qualora, avuto riguardo alla natura dei reati, alla condotta e al genere di vita del colpevole e alle altre circostanze indicate nel capoverso dell’articolo 133, debba ritenersi che egli viva abitualmente, anche in parte soltanto, dei proventi del reato.” (ITALIA. *Codice penale 2022*: Aggiornato al D.Lgs. 195/2021. Disponível em: [www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale]. Acesso em: 24.01.2022).

104. BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 245-261.

105. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único. p. 281.

Não menos controvertidos são os dois requisitos subjetivos positivos supramencionados, quais sejam, a necessidade e suficiência do acordo para a reprovação penal do agente, havendo, inclusive, respeitável parcela da doutrina que sustenta que eles confeririam uma desmedida discricionariedade ao órgão acusador¹⁰⁶. De todo modo, sendo verdadeira concretização da orientação político-criminal do instituto em análise¹⁰⁷, entende-se que o objetivo deste requisito seria o de limitar a avença àqueles casos em que haja indícios de que ela contribuiria para “a realização da função preventiva do Direito Penal”¹⁰⁸. Para essa análise, levar-se-ia em conta se, no caso concreto, haveria circunstâncias que indicassem a existência de um *injusto mais grave* (gravidade do fato, circunstâncias da ação e consequências do fato) e de uma maior *culpabilidade do agente* (grau de reprovabilidade pessoal do autor)¹⁰⁹.

-
106. Neste sentido, por todos: MARTINS, Rodrigo. A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime no acordo de não persecução penal. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Penal Econômico) – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2021. *passim*.
107. Conforme explicamos em pormenor em: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de *compliance*? *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, p. 23-25, jul. 2021. p. 24. Para uma análise detalhada da orientação político-criminal do processo penal e de seus institutos, conferir: FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001. *passim*. Essa discussão também é levantada no âmbito de outros mecanismos de justiça penal negocial, tal como a colaboração premiada. Para maiores detalhes, conferir: BEDONE, Carla Ripoli. A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada à luz da teoria dialética unificadora. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 03, 2022. *passim*; AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, 2017. *passim*.
108. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 367. Em sentido próximo: “Ao harmonizar o ANPP à perspectiva preventiva e repressiva do crime, a lei indica sua feição funcionalista, inserida na concepção de um direito penal voltado às consequências de modo a impedir que a sua aplicação automatizada e meramente formal crie situações de descrédito ao sistema de justiça. É uma verdadeira cláusula aberta de controle que visa impedir uma atuação meramente formal, robotizada e acrítica.” (SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021. p. 214).
109. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal.

Por fim, a literalidade do Artigo 28-A exige, ainda, o cumprimento de um requisito objetivo-subjetivo, que seria a *confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal*¹¹⁰. Segundo Rodrigo Cabral, essa exigência possui duas razões de ser: uma i) *função de garantia*, no sentido de que não se estaria fazendo uma injustiça com a celebração do acordo, e uma ii) *função processual*, de fornecimento de uma “vantagem” ao Ministério Público, em caso de descumprimento do acordo pelo investigado¹¹¹.

Conforme sustenta Fábio Guaragni, o dispositivo legal exige contornos pormenorizados da confissão, com a revelação de detalhes do evento, que possibilitem assegurar que a pena mínima não se iguale ou ultrapassa os 04 (quatro) anos, confirmem a ausência de violência ou grave ameaça e positivem a existência do crime¹¹².

O requisito em análise, contudo, também levanta infundáveis controvérsias. Destaca-se, conforme explica João Paulo Martinelli, que em havendo justa causa no caso concreto, a exigência da confissão¹¹³ acaba por se aproximar de uma espécie de “castigo” para o Acusado, sendo desnecessária para a propositura da ação penal. Uma vez que o acordo depende de homologação pelo juiz, caso este venha, pelas mais diversas razões, a não o homologar, corre-se o risco de se ver, o Acusado, submetido a um processo penal com uma prova incriminadora produzida por ele próprio¹¹⁴.

In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 367-373.

110. BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 245-261.

111. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 275.

112. GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo Art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 293.

113. Para uma crítica ampla ao fortalecimento da confissão nos espaços de consenso do processo penal brasileiro, cf. VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. p. 170 e ss.

114. MARTINELLI, 2020, p. 311-313.

Ressalvadas as supramencionadas críticas a alguns dos requisitos previstos no Art. 28-A e a sua possível inconstitucionalidade, uma vez preenchidos, poderá ser celebrado acordo de não persecução penal, desde que cumpridas as condições ajustadas¹¹⁵. A princípio, a doutrina considera obrigatórias, devendo ser aplicadas cumulativamente, as condições previstas nos incisos I a IV, ressalvada a impossibilidade de reparação do dano por razões como a falta de recursos financeiros¹¹⁶. Por sua vez, no inciso V, seria prevista uma “cláusula aberta de negociação”, que permitiria a estipulação de uma obrigação proporcional e compatível com a infração penal, a ser cumprida pelo Acusado por prazo determinado¹¹⁷.

Sem desconsiderar a relevância de possíveis outras discussões relacionadas às demais condições a serem impostas no âmbito do acordo, a questão que aqui se coloca, sobre a qual versa o objetivo principal do presente trabalho, diz respeito à reparação do dano, especialmente no que toca aos crimes tributários amplamente considerados.

Conforme analisamos no tópico anterior, o parcelamento da dívida tem condão de suspender a pretensão punitiva nestes crimes, e, o pagamento integral do tributo, extingue a punibilidade do agente. Nestes casos, portanto, questiona-se: o ANPP teria cabimento nestes delitos? Em caso de resposta positiva, seria admissível a imposição da condição de reparação do dano?

-
115. “Art. 28-A. [...] I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena 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 nº 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 nº 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.” (BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941: Código de Processo Penal. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm]. Acesso em: 18.01.2022).
116. MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 213.
117. MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 69.

4. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL EM CRIMES TRIBUTÁRIOS

Nos termos analisados nos tópicos anteriores, há nítida controvérsia no que toca ao acordo de não persecução penal e sua eventual admissibilidade nos crimes tributários, em função da condição prevista no Art. 28-A, I, CPP, referente à reparação do dano¹¹⁸. E isto porque, conforme já demonstrado, o pagamento da integralidade tributo – que seria equivalente à reparação do dano, nestes crimes – teria o condão de extinguir a punibilidade do agente, *ainda que após o trânsito em julgado da decisão penal condenatória*.

Em função desta questão, já observamos em alguns julgados isolados, o entendimento de que não seria aplicável o ANPP aos crimes tributários, ou então de que, para tanto, a cláusula de reparação do dano seria obrigatória. É o que fora decidido, por exemplo, em caso apreciado em dezembro de 2021 pelo TRF-4, no qual o Juiz Federal de 1ª instância havia indeferido a homologação do acordo, pois não havia sido prevista cláusula de reparação do dano. Interposto recurso em sentido estrito pelo MPF, fora-lhe negado provimento, pelos mesmos fundamentos, entendendo o Desembargador Relator, que uma possível cláusula poderia englobar, por exemplo, o pagamento apenas do valor principal do tributo ou então exigir parcelamento e pagamento a prazo¹¹⁹.

Em outra situação, em processo apreciado pela 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo, o MPF deixou de oferecer o ANPP ao Acusado, dentre outras razões, pelo fato de que, ao seu ver, não haveria que se falar em acordo de não persecução penal em crimes tributários, uma vez que o pagamento do tributo acabaria por extinguir

118. É interessante mencionar a existência dessa discussão já no âmbito dos institutos despenalizadores da Lei 9099/1995. Isso porque, tanto a *transação penal* do Art. 76, quanto a *suspensão condicional do processo* do Art. 89, preveem a reparação do dano como uma de suas condições. Contudo, conforme bem aponta Nestor Santiago, a estipulação de outras condições, como a *aplicação de uma pena restritiva de direitos ou de multa*, no caso da transação, ou a *proibição de frequentar determinados lugares, de se ausentar da comarca sem autorização do juiz* e o comparecimento obrigatório e pessoal em juízo, no caso do sursis processual, tornam a regra da extinção da punibilidade pelo pagamento integral do tributo extremamente mais vantajosa para o Acusado, fazendo com que os institutos da Lei 9099/1995 tenham uma relevância bastante diminuta para os eventuais crimes tributários de competência do JECRIM. Cf. SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Extinção da punibilidade nos crimes tributários. *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5, p. 223-236, 2005. p. 232-233.

119. TRF-4. RCCR 5009825-12.2021.4.04.7108 RS. Rel. Des. Danilo Pereira Júnior. Sétima Turma. Data de Julgamento: 13.12.2021.

a punibilidade do agente. O Magistrado Federal entendeu, porém, que a reparação do dano não era condição inexorável para a celebração do acordo, determinando a remessa dos autos à CCR do MPF, nos termos Art. 28 do CPP, na redação anterior à Lei 13.964/2019¹²⁰. A 2ª CCR decidiu pelo retorno dos autos à Procuradora oficante, para análise do eventual preenchimento das demais condições do ANPP, pois, ao seu ver, “o simples fato de haver outra forma de extinção da punibilidade para o crime tributário (Lei nº 9.249/95, art. 34), não exclui a possibilidade de celebração do ANPP”, podendo haver a estipulação de pagamento do débito fiscal¹²¹.

Vislumbramos, portanto, para a resolução do problema aqui suscitado, as seguintes alternativas: (i) *se considera inaplicável o ANPP aos crimes tributários* (aqui englobando, pelas razões já abordadas, os crimes previdenciários e de descaminho); (ii) *é aplicável o ANPP a estes crimes, sendo possível a estipulação de cláusula de reparação integral do dano* (aqui consubstanciada, no pagamento integral do tributo ou contribuição social); (iii) *é aplicável o ANPP aos crimes tributários, sendo obrigatória a cláusula de reparação do dano, a qual não necessariamente corresponderá à integralidade do tributo* (podendo ser acordado, por exemplo, a exclusão da multa); (iv) *a cláusula de reparação do dano, nos crimes em análise, não seria obrigatória, podendo-se dela abstrair ou, caso prevista, ser acordado um valor não correspondente à integralidade do tributo*.

A primeira possível solução, qual seja, (i) *a inaplicabilidade do ANPP aos crimes tributários amplamente considerados*, é, ao nosso ver, a menos acertada. Primeiramente porque, da exegese do próprio Art. 28-A, do CPP, se observa que as hipóteses de vedação ao acordo foram expressamente previstas, não havendo entre elas, qualquer menção aos crimes tributários, previdenciários ou de descaminho. Ademais, parece-nos bastante contraditória a invocação de que, em havendo dois institutos benéficos, em tese, ao Acusado, a mera existência “abstrata” de um deles (qual seja, a da extinção da punibilidade do pagamento) levaria, inexoravelmente, à inaplicabilidade do outro (do ANPP) e não a tornar a cláusula em questão, despidiêda.

120. TRF-3. 5004708-06.2019.4.03.6181. 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Data de Julgamento: 23.04.2020. Cf. também: DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior. Acordo de não persecução penal e reparação do dano nos crimes tributários. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2020.

121. MPF/JF/SP-5004708-06.2019.4.03.6181-APORD – Eletrônico (Voto nº: 2028/2020). 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Data de Julgamento: 27.04.2020. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2020/comunicado_24_sessao_virtual-de-27-04-2020.pdf/view]. Acesso em: 29.01.2022.

Além disso, ao se considerar inaplicável este acordo aos crimes tributários, jamais se chegaria à discussão, no caso concreto, sobre se o Acusado possui condições financeiras para a reparação do dano, tal como expressamente disposto no Art. 28-A, I, CPP. Ou seja, a consequência inafastável desta proposta é a de que, se o Acusado não tiver condições para pagar a integralidade do tributo, ele não poderá fazer uso da extinção da punibilidade e tampouco do acordo de não persecução penal, em gritante contrariedade ao inciso supramencionado. Seria obrigado a se sujeitar ao processo penal e possivelmente a uma futura condenação, ainda que houvesse intenção de confessar o delito desde o princípio, indo de encontro aos pilares político-criminais de celeridade e de consenso, do instituto.

Em suma, portanto, entendemos ser aplicável, em regra, o acordo de não persecução penal aos crimes tributários, previdenciários e de descaminho, não merecendo prosperar a tese em sentido contrário¹²².

Há, porém, algumas ressalvas a serem feitas. A primeira delas é a de que, a princípio, o ANPP não poderia ser proposto para os crimes do Art. 2º da Lei 8.137/1990, uma vez que se tratam de delitos com pena máxima cominada de dois anos, sendo-lhes cabível, portanto, a transação penal, salvo se circunstâncias concretas do caso excluírem essa possibilidade.

Ademais, é interessante a observação feita por Fábio Guaragni, no sentido de que os crimes econômicos raramente incidem isoladamente, sendo, pelo contrário, bastante usual a ocorrência de concurso de delitos, o que levaria à eventual majoração ou soma das penas (a depender da modalidade). O autor explica, por exemplo, que, por regra de experiência, constata-se que os crimes tributários e previdenciários ocorrem, usualmente, de maneira sucessiva, ou seja, “mês a mês”. Muito embora uma máxima exasperação de 2/3, no caso do crime continuado, não levasse os tipos previstos pelos Arts. 1º, da Lei 8.137/90 e 168-A e 337-A do CP a ultrapassar o patamar de quatro anos, o autor alerta para a possível invocação do Art. 28-A, § 2º., II, CPP, como obstáculo ao acordo. Ou seja,

122. Em sentido semelhante, Andréa Carneiro também sustenta que as vedações à celebração do acordo foram previstas expressamente pelo legislador, nomeadamente no § 2º do Art. 28-A, não havendo qualquer menção aos crimes fiscais. Ademais, entende que eventual entendimento contrário importaria em ofensa ao princípio da igualdade, previsto no Art. 5º CF Ver, detalhadamente, em: CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. A possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal no bojo de investigações relativas aos crimes previstos no Art. 1º da Lei nº 8.137/1990. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 424-425.

poder-se-ia considerar que a sequência delitiva revelaria a habitualidade e reiteração na prática delituosa¹²³.

Além disso, não se pode desconsiderar a possibilidade de, ao serem praticados no cerne de uma organização empresarial, haver a imputação por crimes relacionados à associação ou organização criminosa, a depender do caso. Em assim sendo, como bem destaca o autor, a soma das penas destes delitos para com os delitos econômicos poderia fazer com que o patamar máximo de pena mínima fosse ultrapassado, sendo obstaculizado o acordo¹²⁴.

Feitas, portanto, essas ressalvas, e rechaçada a primeira hipótese de solução, também não nos parece acertada a segunda possível resposta, qual seja, a de que (ii) *seria aplicável o ANPP, sendo possível a estipulação de cláusula de reparação integral do dano*. Conforme analisamos no segundo tópico do presente trabalho, para o oferecimento e posterior celebração do acordo de não persecução penal, é fundamental que, no caso, não se observe razões para o arquivamento do feito. Em outras palavras, devem estar presentes as condições da ação, dentre as quais, a prática de um fato aparentemente típico, ilícito e culpável (*fumus commissi delicti*), a punibilidade em concreto, a legitimidade das partes e a justa causa (indícios suficientes de autoria e materialidade, acrescidos de um razoável controle da fragmentariedade penal)¹²⁵.

Ora, de pronto, é importante salientar que a Súmula Vinculante 24 prevê expressamente que “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo”¹²⁶. É, ainda, entendimento praticamente pacífico na doutrina e na

123. GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BADARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). *Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 1. p. 493-494.

124. *Ibidem*, p. 494.

125. Vide nota 92.

126. STF. *Súmula Vinculante 24*. Disponível em: [<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula773/false>]. Acesso em: 29.01.2022. Criticamente à Súmula, Marina Araújo destaca que, a partir de sua literalidade, pode se observar que a consumação do delito somente se dá com o lançamento definitivo, não sendo ele mera condição de procedibilidade, mas elemento da própria tipicidade. Contudo, ao entender da autora, essa concepção não faz muito sentido sob os olhos do direito penal. “Partindo do pressuposto que a responsabilidade penal só se afirma com uma ação ou omissão do indivíduo, não tem lógica considerar a consumação do crime a partir de um ato da autoridade fiscal. A decisão da autoridade fiscal pode retroagir no tempo e considerar o tributo

jurisprudência, que a súmula em questão se aplica, também, aos crimes de apropriação indébita previdenciária e sonegação de contribuição previdenciária¹²⁷, não se aplicando, porém, ao descaminho¹²⁸. Em sendo assim, por mais óbvia que possa parecer esta afirmação, destaca-se que, ao menos para os crimes tributários *stricto sensu* e para os crimes previdenciários, não há que se falar em acordo de não persecução penal antes do término do processo administrativo, pois, pelo entendimento sumulado, o fato ainda sequer seria típico.

Ademais, conforme exaustivamente analisado neste estudo, tanto o parcelamento do débito, quanto a sua quitação integral, possuem inegáveis efeitos na pretensão punitiva, ensejando, no primeiro caso, a sua suspensão e no segundo, a extinção. Dito isso, estando a pessoa jurídica relacionada ao Acusado inserida em programa de parcelamento da dívida, estará obstaculizada a propositura do ANPP, uma vez que a punibilidade concreta, no caso, estará suspensa, estando pendente, portanto, uma das condições da ação. E muito menos poderá ser oferecido o acordo, por óbvio, quando já tiver sido paga a integralidade do tributo.

Questão interessante se coloca, porém, com relação, não à adesão ao parcelamento ou ao pagamento anterior ao acordo, mas sim, à previsão de uma cláusula neste sentido, no próprio ANPP, prevendo como condição para sua celebração, a quitação do débito tributário ou, até mesmo, a adesão a um programa de parcelamento. Primeiramente, porque temos sérias dúvidas sobre se seria admissível que alguma das cláusulas do ANPP impusesse obrigações a serem cumpridas por terceiros. Em outras palavras, caso a adesão a um programa de parcelamento seja de responsabilidade da pessoa jurídica contribuinte e não da pessoa física

devido desde o momento da declaração do contribuinte, mas postergar a consumação do delito para o lançamento definitivo do débito, com presunção irreal dos fatos ocorridos, é desprezar a lógica do sistema penal a fim de equilibrar os interesses do Fisco e do Estado.” (ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*, São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. n. p., cap. 2, s. 2.1.3).

127. Por todos: STJ. *RHC 40.411/RJ*. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de Julgamento: 23.09.2014. Data de Publicação: 30.09.2014; STJ. *AgRg no RHC 129.703/SE*. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 28.09.2021. Data de Publicação: 06.10.2021; TRF-1. *RCCR 5227 PA 2004.39.00.005277-2*. Rel. Des. Olindo Menezes. Terceira Turma. Data de Julgamento: 08.04.2008. Data de Publicação: 25.04.2008.
128. Por todos: STJ. *HC 216.427/SP*. Rel. Min. Gurgel de Faria. Quinta Turma. Data de Julgamento: 03.12.2015. Data de Publicação: 02.02.2016; STF *HC 121.798/BA*. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Data de Julgamento: 29.05.2018. Data de Publicação: 13.06.2018.

acusada pelo crime, a estipulação de uma cláusula neste sentido estaria ultrapassando a pessoa do Acusado e obrigando a terceiros, o que não nos parece legítimo e admissível.

Ademais, no que toca a uma possível cláusula de reparação do dano, caso este seja considerado como a *integralidade do tributo ou contribuição social devida*, ela também terá o condão de inviabilizar a celebração do acordo. Isso porque, muito embora no momento da “negociação” das cláusulas e celebração do acordo, estivessem, em tese, presentes as condições da ação, o mero cumprimento da cláusula de reparação do dano levaria, inexoravelmente, à fulminação da punibilidade em concreto¹²⁹, vez que o pagamento integral do tributo gera esse efeito. Em outras palavras, há uma espécie de *falta de condição da ação em perspectiva*¹³⁰, que, a

129. É interessante observar que a natureza jurídica dos efeitos gerados pelo pagamento não é pacífica. A partir, por exemplo, da *concepção significativa da ação*, referencial teórico ao qual nos filiamos em outros estudos (cf. detalhadamente em: CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 29, n. 178, p. 213-244, abr. 2021. passim; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, n. 148, out. 2018. p. 198 e ss.; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n. 30, ago.-dez., 2015. p. 10 e ss.) a *pretensão de punibilidade*, entendida como “a afirmação, através de uma sentença condenatória firme, de que não concorre, no caso concreto, nenhuma razão para deixar de aplicar a pena.” (BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3. p. 557), insere-se no próprio conceito de crime, sendo que suas causas de exclusão, tais como o pagamento do tributo, afastam a própria existência do crime, tornando inexistente a conduta de sonegação fiscal. Cf. DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020. p. 396-397. Para maiores detalhes sobre a categoria da pretensão de punibilidade na concepção significativa da ação, vide: VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. p. 495.

130. São imperiosas algumas considerações quanto à essa ideia. Inicialmente, não desconhecemos a controvérsia doutrinária acerca do momento processual máximo em que seria possível o reconhecimento da *carência da ação* – para a *teoria da apresentação*, mesmo que aferida após produção probatória, teríamos uma decisão de reconhecimento da

nosso entender, impede a celebração do acordo, devendo, se for o caso, ser identificada pelo juiz e fundamentar a não homologação do acordo.

Por estas razões, rechaçamos, também, a possibilidade de estipulação de cláusula de reparação integral do dano, nos crimes tributários, previdenciários e de descaminho.

Superadas as duas primeiras hipóteses supramencionadas, passamos à análise das duas últimas possíveis respostas ao problema aqui colocado, cuja diferença central entre elas reside, basicamente, na obrigatoriedade ou não da cláusula de reparação do dano. Em outras palavras, uma vez reconhecida a admissibilidade do ANPP para os crimes tributários *latu sensu*, (iii) seria imprescindível o pagamento do tributo, ainda que não em sua integralidade, para a celebração do acordo ou (iv) a cláusula em questão não seria obrigatória, podendo ser celebrado o ANPP sem a reparação do dano ou mediante pagamento de valor inferior?

carência da ação, enquanto que, para a teoria da prospectação, nessa hipótese, teríamos uma decisão de mérito (Cf. CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012. p. 291). O grupo de casos que estamos analisando, porém, refere-se não à uma tardia aferição da falta de uma condição da ação, mas sim, à identificação prematura da falta de punibilidade em concreto, que certamente se verificará no futuro. Rigorosamente falando, parece-nos pouco discutível que a decisão que reconhece a extinção da punibilidade, pelo motivo que for, é uma decisão de mérito (Art. 397, IV, CPP). Nosso modesto objetivo, contudo, ao trazer esse conceito da *falta de condição da ação em perspectiva*, muito aquém de desvirtuar a ideia de *carência da ação* para englobar nela, com caráter de generalidade, hipóteses para as quais ela não foi pensada, é tão somente o de destacar que, no específico caso do ANPP em crimes tributários, ao exigirmos o pagamento integral do tributo, estaríamos impondo uma cláusula que inexoravelmente levaria à extinção da punibilidade (e conseqüentemente, ao arquivamento do feito) pelo seu simples cumprimento, fulminando a punibilidade em concreto no caso. A segunda e necessária ressalva diz respeito à uma possível comparação desta ideia à chamada *prescrição em perspectiva* (*virtual ou antecipada*), construção doutrinária infelizmente rechaçada pela jurisprudência dos Tribunais Superiores (Cf. S. 438 do STJ e RE 602.527 QO/RS, do STF. Ainda: MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal parte geral*: lições fundamentais. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 1313-1314). A despeito da proximidade entre a nomenclatura de ambas, não almejamos aqui as equiparar. Mas, ainda que assim o fosse, parece-nos que os fundamentos invocados pela jurisprudência para afastar essa modalidade de prescrição (tais como a falta de amparo legal, um desrespeito ao devido processo legal e uma desobediência à individualização da pena) não seriam cabíveis no caso da *falta de punibilidade concreta* pelo pagamento integral do tributo, não inviabilizando, portanto, o entendimento aqui esposado quanto à inviabilidade desta cláusula de reparação do dano, na propositura de ANPP em crimes tributários.

Para parcela da doutrina, seria imprescindível e inafastável a determinação da reparação dos danos, nos acordos de não persecução penal em crimes tributários. Contudo, uma vez que o pagamento do valor total do débito ensejaria a extinção da punibilidade, essa estipulação deveria abarcar apenas uma quantia parcial para pagamento ou parcelamento, devendo-se chegar a um acordo quanto a determinado percentual que “possa, de alguma forma, cumprir o requisito de *prevenção e reprovação da infração*, reparando, ainda que parcialmente, mas de forma substancial, o dano ao patrimônio público”¹³¹.

Essa não nos parece, porém, ser a solução ideal para o problema em causa. De fato, não podemos rechaçar, de pronto, a possibilidade de ajuste para pagamento em termos e quantias que sejam factíveis para o Acusado¹³² e que cumpram minimamente, ao entender ministerial, os pressupostos político-criminais do instituto (de prevenção e reprovação da infração).

Contudo, da própria literalidade do Art. 28-A, I, parece-nos ficar claro que a intenção do legislador não era a de considerar imprescindível a reparação do dano, fazendo ele, expressa ressalva para os casos de impossibilidade de o fazer¹³³.

131. AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, 2021. p. 244.

132. Até mesmo porque, é aparentemente consolidado na jurisprudência nacional o entendimento de que o pagamento parcial do tributo não tem o condão de afastar a punibilidade do agente. A extinção da punibilidade opera-se tão somente com o pagamento integral, não apenas do principal, mas também dos acessórios. Neste sentido: STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016. p. 206. Na jurisprudência, por todos: STF HC 80.611/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. Segunda Turma. Data de julgamento: 03.04.2001. Data de Publicação: 08.06.2001.

133. Neste sentido, também interpretando que a intenção do legislador não era a de prever que sempre dever-se-ia haver reparação do dano: WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Butelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 59-60; CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. A possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal no bojo de investigações relativas aos crimes previstos no Art. 1º da Lei nº 8.137/1990. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 428-429; CARVALHO, Jefferson de Abreu. *Crimes tributários: uma análise sobre a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal sem a reparação do dano*. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Penal Econômico) – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2021. p. 27 e ss.

Ora, é certo que a impossibilidade aqui mencionada, a princípio, nos parece ser tão somente a *impossibilidade material*, no sentido de não gozar o Acusado de recursos financeiros. Não vemos maiores razões, porém, para que não se possa realizar uma *interpretação analógica in bonam partem* do termo “exceto na impossibilidade de fazê-lo”. Ora, em tendo o legislador feito uso de fórmula genérica, em vista da inviabilidade de abarcar todas as hipóteses imagináveis de *impossibilidade*, parece-nos possível englobar, também, neste conceito, situações de impossibilidade jurídica, tal como no caso em tela, especialmente porque, trata-se de uma interpretação favorável ao Acusado, não violando o Art. 3º do CPP.

Um entendimento contrário, ao nosso ver, teria como primeira consequência adversa, o próprio esvaziamento do ANPP para os crimes tributários. Em outras palavras, considerar a reparação do dano, ainda que em valor um pouco inferior ao da integralidade do tributo, uma condição obrigatória, torna a avença pouco interessante para o Acusado, vez que este goza, como já vimos, de diversos outros instrumentos que, sem exigir a confissão do crime (da qual poderiam advir consequências em outras esferas¹³⁴) e o cumprimento de outras condições a serem impostas pelo MP, viabilizam a suspensão ou extinção da pretensão punitiva, a qualquer momento do processo, não impedindo, ainda, uma eventual celebração de um ANPP nos cinco anos subsequentes¹³⁵.

Essa percepção, aliás, pode também ser vislumbrada especificamente no crime de *sonegação de contribuição previdenciária*, pois, como bem alerta João Daniel Rassi, a despeito do cabimento em abstrato do ANPP, sua celebração poderia ser considerada improvável na prática, justamente em função de uma eventual imposição de reparação do dano. Contudo, invocando o já aqui mencionado

134. “Um dos pontos nevrálgicos desse acordo radica na confissão (formal e circunstancial) e, acima de tudo, nos efeitos extrapenais que dela decorrem, máxime para responsabilidade civil por ato ilícito, cuja sistemática retrata que nem sempre o ANPP será mais benevolente.” (VALENTE, Victor Augusto Estevam. *Reparação do dano e os reflexos da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal*. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 329).

135. Neste sentido, destacando que o ANPP pode ser desvantajoso para o Réu, em face de outros instrumentos: WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Butelli. *Acordo de não persecução penal*. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 59-60; SAAD, Marta. Comentários ao Art. 28-A. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *Ebook*. n. p., s. 4.1.

precedente de primeiro grau da 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo/SP¹³⁶ e na mesma linha do que aqui sustentamos, salienta que essa não seria a única condição passível de ser aplicada no caso, havendo a possibilidade de cumprimento de prestações diversas¹³⁷.

Ademais, não podemos desconsiderar ainda, que a não estipulação de cláusula de reparação do dano em sede de acordo de não persecução penal, em nada obstaculiza a execução em outras esferas, por parte do Estado, dos valores devidos¹³⁸. Conforme bem destacam Alexandre Wunderlich, Camile Eltz, Antônio Martins-Costa e Marcelo Ramos, se por um lado o ANPP é pensado, em sua maior medida, para celebração por pessoas físicas, a execução promovida pelo fisco é, majoritariamente, movida em face de contribuintes pessoas jurídicas, o que reforçaria, ao ver dos autores, não apenas a possibilidade de propositura do acordo,

136. Vide nota 120.

137. RASSI, João Daniel. Comentários ao Art. 337-A. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020. p. 1175.

138. Em sentido semelhante: AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, 2021. 2021, p. 245; SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020. p. 415-417; VALENTE, Victor Augusto Estevam. Crimes tributários em contextos de normalidade e de calamidade pública no Brasil: a necessidade de sistematização constitucional do Direito Penal Tributário em prol das garantias individuais. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, 2021. p. 538. Considerando, inclusive, que a utilização do acordo como meio de cobrança estatal poderia representar excesso de exação: MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-crimeal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 277, nota 51. A título de exemplificação acerca destas outras formas de resolução de conflitos tributários, destacando a Lei 13.988/2020 (Lei de Transações Fiscais): AGUILA, Tathiana Del. Aplicação de acordos de não persecução penal em crimes de natureza tributária previstos na Lei 8.137/90 no âmbito federal. In: MELO, Jacques Veloso de (Coord.). *Estudos sobre direito tributário empresarial: homenagem aos 10 anos do Veloso de Melo Advogados*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2021. passim. Cf. também: BRASIL. Lei nº 13.988, de 14 de abril de 2020: dispõe sobre a transação nas hipóteses que especifica; e altera as Leis nºs. 13.464, de 10 de julho de 2017, e 10.522, de 19 de julho de 2002. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/13988.htm]. Acesso em: 31.01.2022.

mas também a conclusão de que “a reparação do dano não deixará de ser buscada pelos órgãos, inclusive, em outras esferas e até em ações de improbidade”¹³⁹.

Por todo o exposto, portanto, a resposta à qual podemos chegar quanto aos questionamentos levantados é a de que, ressalvadas eventuais exceções pontuais, nas quais circunstâncias concretas venham a elevar a pena mínima cominada a patamar acima dos quatro anos ou a violar as outras exigências legais para tanto, os acordos de não persecução penal são plenamente aplicáveis aos crimes previstos pelos Arts. 168-A (apropriação indébita previdenciária), 334 (descaminho) e 337-A (sonegação de contribuição previdenciária), todos do Código Penal, bem como ao do Art. 1º da Lei 8.137/90 (sonegação fiscal). Além disso, caso as circunstâncias concretas impeçam o oferecimento da transação penal, não haveria óbice para o cabimento também aos crimes do Art. 2º desta Lei, a depender do caso.

Contudo, pelas razões expostas, não pode ser considerada obrigatória a cláusula de reparação integral do dano para esses crimes, *podendo* haver avença para o pagamento de quantia inferior ou então, ser desconsiderada a possibilidade de inclusão dessa cláusula, sob pena de não homologação do acordo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em uma conjuntura de infindáveis discussões acerca dos potenciais e riscos advindos da inegável expansão dos instrumentos de justiça penal negocial no Brasil, a Lei 13.964/2019 introduziu no Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal, instituto que já era disciplinado por Resoluções do CNMP e que, a despeito de agora gozar de incontroversa legalidade, ainda levanta muitos questionamentos concretos relacionados ao seu cabimento, procedimentos e limites.

No presente trabalho, procuramos abordar uma destas questões, qual seja, a do cabimento ou não do ANPP nos crimes tributários. E a relevância desta indagação surge da observação da condição prevista pelo Art. 28-A, I, do CPP, referente à necessidade de reparação do dano para a celebração do acordo. Ora, conforme pudemos demonstrar no primeiro tópico do trabalho, a despeito de uma conturbada evolução legislativa e jurisprudencial a respeito da questão, hoje é basicamente pacífico o entendimento de que a adesão da pessoa jurídica a

139. WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Butelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 59-60.

programa parcelamento do débito tributário é causa de suspensão da pretensão punitiva do agente a ela relacionado, bem como, o pagamento integral do tributo, é causa de extinção da sua punibilidade. Além disso, prevalece que estes institutos são também aplicáveis aos crimes previdenciários e, ao nosso ver, também de descaminho, sendo essas espécies enquadráveis no gênero *crimes tributários latu sensu*.

Muito embora, a partir destas constatações, haja posicionamentos que vão no sentido da inaplicabilidade do ANPP para os crimes em análise, demonstramos que essa não é a melhor solução, não apenas por não haver previsão expressa nesse sentido, mas também pelo fato de que um tal entendimento seria extremamente prejudicial para Acusados que não gozassem de condições financeiras para o adimplemento, pois estes ver-se-iam impossibilitados de fazer uso da solução negociada e também da suspensão ou extinção da pretensão punitiva.

Igualmente, não compactuamos das teses que vão no sentido da possibilidade de estipulação de cláusula de reparação integral do dano, nestes casos, e tampouco daquelas que consideram as mesmas obrigatórias, ainda que não imponham o pagamento integral do tributo. Conforme pudemos constatar, em vista dos supramencionados efeitos do parcelamento ou pagamento da integralidade do tributo, a inclusão de termo impondo seu cumprimento faz com que desapareça, ainda que em perspectiva, uma das condições da ação, representando, portanto, óbice à celebração do acordo que impediria sua homologação. Além disso, muito embora possa haver uma negociação quanto a um valor reduzido ou a termos diferidos de pagamento para fins de cumprimento do Art. 28-A, I, CPP, essa cláusula não pode ser considerada obrigatória, havendo que se interpretar analogicamente o termo “exceto na impossibilidade de fazê-lo” para englobar os casos de impossibilidade jurídica de reparação do dano.

Pelas razões expostas, portanto, podemos concluir que, uma vez preenchidos seus requisitos no caso concreto, o instituto do acordo de não persecução penal é plenamente cabível, em regra, aos crimes tributários, previdenciários e de descaminho, não havendo que se invocar a existência de institutos benéficos ao Réu como óbice ao auferimento da solução consensual. Por sua vez, o pagamento *parcial* do tributo ou contribuição social é condição possível, mas não necessária, para a celebração do acordo, devendo ser rechaçada, de todo modo, a imposição de quitação do débito no âmbito do ANPP, pois essa extinguiria a punibilidade do agente pelos crimes em comento.

Trata-se de uma solução que alcança, ao nosso ver, uma *concordância prática* entre a funcionalidade do instituto e a proteção dos direitos dos Acusados por crimes tributários, impedindo que o ANPP seja vedado ou tenha suas finalidades

“esvaziadas” para os crimes em comento, mas também que não sejam impostas cláusulas desproporcionais, abusivas ou, até mesmo, sem sentido, neste âmbito.

6. REFERÊNCIAS

- AGUILA, Tathiana Del. Aplicação de acordos de não persecução penal em crimes de natureza tributária previstos na Lei 8.137/90 no âmbito federal. In: MELO, Jacques Veloso de (Coord.). *Estudos sobre direito tributário empresarial: homenagem aos 10 anos do Veloso de Melo Advogados*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2021.
- AGUIRRE, Juan Rodrigo Carneiro; OLIVEIRA, Tarsis Barreto. O acordo de não persecução penal e seus reflexos nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 2, p. 225-252, 2021. Disponível em: [https://rcpjm.cpj.m.uerj.br/revista/article/view/42]. Acesso em: 05.01.2022.
- AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 3, n. 1, p. 253-284, 2017. Disponível em: [https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1.46].
- AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal negocial: controvérsias e desafios*. 2. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2022.
- ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho. Crimes tributários e previdenciários. In: SOUZA, Luciano Anderson; ARAÚJO, Marina Pinhão Coelho (Coords.). *Direito penal econômico*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. v. 2. *Ebook*.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 9. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. *Ebook*. Não paginada.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El derecho penal económico: un estudio de derecho positivo Español. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 26, n. 1, p. 91-139, jan.-abr. 1973.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- BEDONE, Carla Ripoli. A verificação das finalidades preventivas da pena no acordo de colaboração premiada à luz da teoria dialética unificadora. *Revista Científica do CPJM*, v. 1, n. 03, p. 113-138, 2022. Disponível em: [https://rcpjm.emnuvens.com.br/revista/article/view/63]. Acesso em: 16.04.2022.
- BEM, Leonardo Schmitt. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- BITENCOURT, César Roberto; ADORNO, Vania Barbosa. A nova anatomia dos crimes de descaminho e de contrabando. In: ESPIÑERA, Bruno; CRUZ,

- Rogério Schietti; REIS JÚNIOR, Sebastião (Orgs.). *Crimes federais*. 3. ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2021.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra o patrimônio até dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos*. 11. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015. v. 3.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial: crimes contra a administração pública e crimes praticados por prefeitos*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2021. v. 5.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 1*. São Paulo: Atlas, 2014.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte especial 2*. São Paulo: Atlas, 2016. v. 3.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada como condição para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. O requisito da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do delito para a celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (Art. 28-A, CPP) – versão modificada e adaptada à Lei Anticrime. In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Acordo de não persecução penal como instrumento de promoção de programas de *compliance*?. *Boletim IBCCRIM*, ano 29, n. 344, p. 23-25, jul. 2021.
- CANESTRARO, Anna Carolina; JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Concurso de agentes na perspectiva da teoria da ação significativa: um diálogo entre o sistema espanhol e o Projeto de Novo Código Penal Brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 29, n. 178, p. 213-244, abr. 2021.
- CARNEIRO, Andréa Walmsley Soares. A possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal no bojo de investigações relativas aos crimes previstos no Art. 1º da Lei nº 8.137/1990. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- CARVALHO, Cristiano Rosa de; BUENO, Reginaldo dos Santos. O pagamento como causa extintiva da punibilidade e o risco moral (*moral hazard*). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018.
- CARVALHO, Jefferson de Abreu. Crimes tributários: uma análise sobre a possibilidade de realização de acordo de não persecução penal sem a reparação

- do dano. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Penal Econômico) – Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2021.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- COMISSÃO ESPECIAL – GNCCRIM. *Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019: Lei Anticrime*. Disponível em: [<https://criminal.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2371>]. Acesso em: 21.01.2022.
- DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Júnior. Acordo de não persecução penal e reparação do dano nos crimes tributários. *Revista Consultor Jurídico*, maio 2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-mai-12/daguer-soares-acordo-nao-persecucao-penal]. Acesso em: 29.01.2021.
- DAVID, Décio Franco. A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo nos crimes tributários e seu reflexo sobre os acordos de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- DEZEM, Guilherme Madeira. *Curso de processo penal*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2022. *Ebook*. Não paginada.
- FALAVIGNO, Chiavelli Facenda. Comentários ao Art. 168-A. In: SOUZA, Luciano Anderson (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Almedina, 2001.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El bien jurídico protegido en los delitos tributarios. *Revista Penal México*, n. 7, p. 77-93, set. 2014-fev. 2015.
- GUARAGNI, Fábio André. Acordo de não persecução penal: os contornos da confissão exigida pelo Art. 28-A do CPP. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- GUARAGNI, Fábio André. Impressões sobre a incidência do acordo de não persecução penal (ANPP) nos crimes econômicos. In: MADEIRA, Guilherme; BARDARÓ, Gustavo; CRUZ, Rogério Schietti (Coords.). *Código de processo penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 1.
- HABIB, Gabriel. *Leis penais especiais*. 10. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018. volume único.
- HARADA, Kiyoshi. *Direito financeiro e tributário*. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2021. *Ebook*. Não paginada.
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Da delimitação do dolo eventual nos crimes de receptação: uma análise do art. 231º, n. 2, do Código Penal Português. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 26, n. 148, p. 177-206, out. 2018.

- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do procedimento sumaríssimo no Brasil: uma análise dos mecanismos de celeridade e consenso previstos pela Lei 9.099/95. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 90, n. 2, p. 49-71, jul.-dez. 2018. Disponível em: [https://doi.org/10.51359/2448-2307.2018.231966].
- JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Dos limites entre o dolo eventual e a culpa consciente: uma análise dos crimes de trânsito a partir da teoria da ação significativa. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 19, n. 30, p. 1-21, ago.-dez., 2015. Disponível em: [http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/index]. Acesso em: 16.04.2022.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada*. 8. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. rev. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. volume único.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Ebook. Não paginada.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Crimes contra a ordem tributária*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Direito penal parte geral: lições fundamentais*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; SILVA, Luís Felipe Sene da. Mecanismos de justiça consensual e o acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte especial*. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa: parte general*. 5. ed. adaptada a la L.O. 1/2015. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.
- MARTINS, Rodrigo. A (in)compatibilidade do requisito da necessidade e suficiência para a prevenção e reprovação do crime no acordo de não persecução penal. Trabalho de Conclusão de Curso (Especialização em Direito Penal Econômico) –Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo, 2021.
- MASI, Carlo Velho. O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 264-293, 2020. Disponível em: [https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/36]. Acesso em: 04.01.2022.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. O acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

- MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis; SAAD, Marta. Acordo de não persecução penal: desafios já diagnosticados da reforma trazida pela Lei n. 13.964/2019. In: SALGADO, Daniel de Resende; KIRCHER, Luis Felipe Schneider; QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro de (Coords.). *Justiça Consensual: acordos penais, cíveis e administrativos*. São Paulo: Editora JusPodivm, 2022.
- PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.
- PAULSEN, Leandro. *Tratado de direito penal tributário brasileiro*. São Paulo: SaraivaJur, 2022.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais, crime organizado*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- RASSI, João Daniel. Comentários ao Art. 337-A. In: SOUZA, Luciano Anderson de (Coord.). *Código penal comentado*. São Paulo: Thomson Reuters, 2020.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Direito penal econômico: uma política criminal na era compliance*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2020.
- RUIVO, Marcelo Almeida. Os crimes de sonegação fiscal (Arts. 1º e 2º, Lei 8.137/90). In: BOSSA, Gisele Barra; RUIVO, Marcelo Almeida (Coords.). *Crimes contra a ordem tributária: do direito tributário ao direito penal*. São Paulo: Almedina, 2018.
- SAAD, Marta. Comentários ao Art. 28-A. In: GOMES FILHO, Antonio Magalhães; TORON, Alberto Zacharias; BADARÓ, Gustavo Henrique (Coords.). *Código de processo penal comentado*. 4. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. Ebook. Não Paginada.
- SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.
- SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.
- SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Extinção da punibilidade nos crimes tributários. *Revista Opinião Jurídica*, v. 3, n. 5, p. 223-236, 2005. Disponível em: [http://dx.doi.org/10.12662/2447-6641oj.v3i5.p223-236.2005].
- SCHÜNNEMANN, Bernd. Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 41, n. 2, p. 529-558., maio-ago. 1988.
- SILVA, Amanda Scalisse. A reparação do dano e a restituição da coisa como condição para celebração do acordo de não persecução penal para crimes de natureza patrimonial e tributária. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- SOUZA, Susana Aires de. *Os crimes fiscais: análise dogmática e reflexão sobre a legitimidade do discurso criminalizador*. Coimbra: Almedina, 2021.

- SOUSA, Susana Aires de. Sobre o bem jurídico-penal protegido nas incriminações fiscais. In: IDPEE. *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. v. 3.
- SOUZA, Luciano Anderson de. *Direito penal: parte especial: arts. 155 a 234-B do CP*. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 3. *Ebook*.
- SOUZA, Luciano Anderson. *Direito penal: parte especial: arts. 312 a 359-H do CP*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. v. 5. *Ebook*.
- SOUZA, Renee do Ó; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas respostas sobre o acordo de não persecução penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et. al. (Coords.). *Acordos de não persecução penal e cível*. Salvador: JusPodivm, 2021.
- STOCO, Rui; STOCO, Tatiana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2016.
- TIEDEMANN, Klaus. El concepto de derecho economico, de derecho penal economico y de delito economico. *Revista chilena de derecho*, v. 10, n. 1, p. 59-68, 1983.
- VALENTE, Victor Augusto Estevam. Crimes tributários em contextos de normalidade e de calamidade pública no Brasil: a necessidade de sistematização constitucional do Direito Penal Tributário em prol das garantias individuais. *Cadernos de Direito Actual*, n. 15, p. 521-563, 2021.
- VALENTE, Victor Augusto Estevam. Reparação do dano e os reflexos da confissão pré-processual no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Orgs.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 28, n. 166, p. 241-271, abr. 2020.
- VIVES ANTÓN, Tomás S. *Fundamentos del sistema penal: acción significativa y derechos constitucionales*. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Butelli. Acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 42-64, 2020. Disponível em: [<https://revistadpers.emnuvens.com.br/defensoria/article/view/11>]. Acesso em: 04.01.2022.

Jurisprudência

MPF/JF/SP-5004708-06.2019.4.03.6181-APORD—Eletrônico (Voto nº: 2028/2020).
2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Data de Julgamento: 27.04.2020.

Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/comunicados-da-2a-ccr-1/2020/comunicado_24_sessao_virtual-de-27-04-2020.pdf/view]. Acesso em: 29.01.2022.

STF AP 613 QO. Rel. Min. Carmen Lúcia. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 15.05.2014.

STF ARE 999425 RG. Rel. Min. Ricardo Lewandowski. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 02.03.2017. Data de Publicação: 16.03.2017.

STF HC 116.828/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Primeira Turma. Data de Julgamento: 13.08.2013. Data de Publicação: 16.10.2013.

STF HC 121.798/BA. Rel. Min. Marco Aurélio. Primeira Turma. Data de Julgamento: 29.05.2018. Data de Publicação: 13.06.2018.

STF HC 80.611/RJ. Rel. Min. Néri da Silveira. Segunda Turma. Data de Julgamento: 03.04.2001. Data de Publicação: 08.06.2001.

STF HC 85.048/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. Primeira Turma. Data de Julgamento: 30.05.2006. Data de Publicação: 01.09.2006.

STF RE 602.527 QO/RS. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Data de Julgamento: 19.11.2009. Data de Publicação: 18.12.2009.

STF RHC 128.245/SP. Rel. Min. Dias Toffoli. Segunda Turma. Data de Julgamento: 23.08.2016. Data de Publicação: 21.10.2016.

STJ. AgRg no RHC 129.703/SE. Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro. Data de Julgamento: 28.09.2021. Data de Publicação: 06.10.2021.

STJ. HC 216.427/SP. Rel. Min. Gurgel de Faria. Quinta Turma. Data de Julgamento: 03.12.2015. Data de Publicação: 02.02.2016.

STJ. HC 362.478/SP. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de Julgamento: 14.09.2017. Data de Publicação: 20.09.2017.

STJ. HC 48.805/SP. Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura. Data de Julgamento: 26.06.2007. Data de Publicação: 19.11.2007.

STJ. RHC 40.411/RJ. Rel. Min. Jorge Mussi. Quinta Turma. Data de Julgamento: 23.09.2014. Data de Publicação: 30.09.2014.

STJ. Súmula 438. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp]. Acesso em: 18.04.2022.

TRF-1. RCCR 5227 PA 2004.39.00.005277-2. Rel. Des. Olindo Menezes. Terceira Turma. Data de Julgamento: 08.04.2008. Data de Publicação: 25.04.2008.

TRF-3. 5004708-06.2019.4.03.6181. 7ª Vara Criminal Federal de São Paulo. Data de Julgamento: 23.04.2020.

TRF-4. RCCR 5009825-12.2021.4.04.7108 RS. Rel. Des. Danilo Pereira Júnior. Sétima Turma. Data de Julgamento: 13.12.2021.



PESQUISA DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Tributário

Veja também Doutrina relacionada ao tema

- Do exaurimento da via administrativa para persecução penal dos crimes contra ordem tributária (art. 1.º da Lei 8.137/1990): contradições entre a Súmula Vinculante 24 do STF, e as decisões proferidas no HC 108.037/ES e na MC na RCL 17.303/MA (HC 236.784), em 21.02.2014, pelo STF, de Cláudio Tessari e Marcelo Luiz Scariot – *RTrib* 122/267-289 e *Crise Econômica e Soluções Jurídicas* 1;

DA ILEGITIMIDADE DA FIGURA DO "DELINQUENTE HABITUAL" COMO REQUISITO LEGAL NEGATIVO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

*THE ILLEGITIMACY OF THE FIGURE "HABITUAL DELINQUENT"
AS A NEGATIVE LEGAL REQUIREMENT FOR THE OFFERING
OF THE CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT*

JÉSSICA RAQUEL SPONCHIADO

Doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Mestrado em Direito pela Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Graduação em Direito pela Universidade Estadual Paulista – Júlio de Mesquita Filho – UNESP. Docente de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Anhembi-Morumbi/São Paulo, desde 2016, e Docente do Curso de Especialização em Criminologia, Direito Penal e Processo Penal da PUC/Campinas.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/5103956615910221>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-3228-8390>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124>].

jessicasponchiado@gmail.com

DAIANE AYUMI KASSADA

Doutoranda e Mestra em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – USP. Especialista em Ciências Penais e Graduada em Direito pela Universidade Estadual de Maringá – UEM.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4709159510908237>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0003-3569-6223>].

dai.kassada@hotmail.com

Recebido em: 27.01.2022

Aprovado em: 23.04.2022

Última versão das autoras: 28.04.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: Por meio do método dialético, procurou-se investigar possíveis contradições no interior do objeto de estudo, qual seja, a delinquência habitual como requisito legal negativo ao oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal

ABSTRACT: Through the dialectical method, we sought to investigate possible contradictions within the object of study, namely: habitual delinquency as a negative legal requirement for offering the Criminal Non-Persecution Agreement

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124>].

(ANPP) nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Em termos de estrutura, este trabalho, em primeiro lugar, irá expor aspectos acerca da utilização das noções relativas à delinquência habitual como um regresso ao modelo de direito penal do autor, de modo a ilustrar a carga simbólica que estas noções representaram em passagens do pensamento jurídico-penal, notadamente, como mecanismo de seletividade social. Em um segundo momento, este estudo examinará a figura do delinquente habitual à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, em especial, a inserção pela Lei 13.964/2019 do 28-A, § 2º, II, do CPP, o impacto teórico e prático quando da sua aplicação no caso concreto, os riscos às garantias penais e processuais penais do investigado que resultam com a sua incidência, comprometendo os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, bem como serão apresentados os impasses que podem ser identificados entre a redação legal conferida pelo legislador da Lei 13.964/2019 e a sua aplicação pela jurisprudência, revelando um evidente tratamento assistemático acerca deste tema.

PALAVRAS-CHAVE: Delinquência habitual – Acordo de não persecução penal – Direito penal do autor – Seletividade penal – Lei 13.964/2019.

(ANPP) under the terms of art. 28-A, § 2º, II, of the CPP. In terms of structure, this work, firstly, will expose aspects about the use of notions related to habitual delinquency as a return to the author's criminal law model, in order to illustrate the symbolic load that these notions represented in passages of thought, criminal law, notably, as a mechanism of social selectivity. In a second moment, this study will examine the figure of the habitual delinquent in the light of the Brazilian criminal legal system, in particular, the insertion by Law 13.964/2019 of 28-A, § 2º, II, of the CPP, the theoretical and practical impact when of its application in the specific case, the risks to the criminal and procedural guarantees of the investigated that result with its incidence, compromising the principles of culpability and the presumption of innocence, as well as the impasses that can be identified between the legal wording conferred by the legislator of Law 13.964/2019 and its application by jurisprudence, revealing an evident unsystematic treatment on this topic.

KEYWORDS: Habitual delinquency – Non-prosecution agreement – Author's criminal law – criminal selectivity – Law 13.964/2019.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Delinquência habitual e o modelo de direito penal do autor. 3. Tratamento diferenciado à delinquência habitual e o retorno à Antropologia Criminal. 4. O conceito de delinquência habitual vinculado à não aceitação dos valores ético-sociais. 5. Da análise das principais tentativas legislativas de inserção do *delinquente habitual* no ordenamento jurídico-penal brasileiro. 6. Das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 para inserção do *delinquente habitual* no ordenamento jurídico brasileiro. 7. Da inadmissibilidade da inserção da figura do *delinquente habitual* pela Lei 13.964/2019 como requisito para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal sob pena de indevida legitimação de um direito penal de autor. 8. Considerações finais. 9. Referências.

1. INTRODUÇÃO

A conferência de sentido e significado ao termo *delinquência habitual* carrega, em si mesmo, diversos momentos na história do Direito Penal moderno. Compreender o conceito relativo à delinquência habitual demanda o estudo histórico

de diversas Escolas Penais, assim como de emblemáticas Escolas Criminológicas. Ademais, a história deste conceito não pode ser dissociada da compreensão material relativa às condições políticas, sociais e econômicas de cada recorte de espaço e tempo a serem selecionados. Trata-se, portanto, de conceito complexo, notadamente, por ter relação com inspirações e modelos de ordem política totalitária ou autoritária.

Neste trabalho, não se pretende desenvolver esta dimensão de pesquisa histórica em torno do conceito relativo à delinquência habitual, o que demandaria um estudo próprio, mas, tão somente, demonstrar resquícios perigosos que este conceito carrega e os respectivos impactos de sua utilização como requisito negativo para propositura pelo Ministério Público do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto este previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, cuja inclusão ao ordenamento jurídico se deu por meio da Lei 13.964/2019.

O referido dispositivo legal, em seu § 2º, inciso II, prevê que o Acordo de Não Persecução Penal não se aplica se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem *conduta criminal habitual, reiterada ou profissional*, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas. Observa-se que o legislador, apesar de utilizar termos que tangenciem a noção de delinquência habitual, não vincula conteúdo a tais termos na ordem legislativa, de modo a relegar a conferência de sentido e significado ao momento da aplicação e interpretação das normas penais e processuais penais.

A Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal, apresenta, de maneira notável, uma inspiração expansiva do recrudescimento punitivo, principalmente, em torno das alterações realizadas em Leis Penais Especiais¹. Tantas foram as alterações distantes de um modelo clássico e liberal do Direito Penal, que se percebeu uma ideologia de conflito, de combate e de guerra a determinados segmentos de criminalidade.

Apesar desta inspiração, quase totalitária em torno da mencionada Lei, alguns poucos institutos novos (como o próprio Acordo de Não Persecução Penal, a reformulação das etapas relativas à Cadeia de Custódia, entre outros) apresentados poderiam, *a priori*, gerar a percepção de que, em determinados momentos, a Lei 13.964/2019 trouxe alterações restritivas à intervenção jurídico-penal e protetoras às liberdades pessoais. Todavia, ao se analisar a utilização de termos vinculados à noção de delinquência habitual como forma de impedimento à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, evidencia-se que a inspiração comentada

1. Por exemplo: Leis 12.850/2013, 8.072/1990, 11.671/2008, entre outras.

anteriormente também se encontra no próprio art. 28-A do CPP, ainda que de forma aparentemente velada.

A escolha legislativa em torno da utilização da percepção de delinquência habitual como forma de impedir o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) não demonstra uma desatenção do legislador, mas, sim, a contaminação intensa de certas ideologias penais conservadoras ao direito penal pela *liberdade* e defensoras do direito penal pela *segurança*.

As expressões relacionadas ao termo delinquência habitual marcaram a história do direito penal inserido em contextos históricos modelados por políticas de Estado totalitário ou autoritário. O uso legislativo de tais expressões, pouco comentado no cenário jurídico atual, demonstra até mesmo o desconhecimento da periculosidade própria do conceito e da complexa história que este carrega, não somente perante o contexto europeu de referência à dogmática penal brasileira, mas ao próprio contexto nacional.

Neste sentido, o presente trabalho pretende demonstrar a problemática em torno da utilização destas expressões como forma de impedir a concessão do ANPP. A estrutura deste estudo será dividida em duas etapas de análise.

Em primeiro lugar, serão expostos aspectos acerca da utilização das noções relativas à delinquência habitual como um regresso ao modelo de direito penal do autor, de modo a ilustrar a carga simbólica que estas noções representaram em passagens do pensamento jurídico-penal, notadamente, na condição de ferramentas de seletividade social.

Neste sentido, analisar-se-á o conceito relativo à delinquência habitual perante o pensamento jurídico-penal de Franz von Liszt e Hans Welzel. Trata-se apenas de uma ilustração a respeito da utilização deste conceito na condição de instrumento apto a políticas de higienização social, notadamente, em torno de segregar ou neutralizar pessoas que, de acordo com tais pensamentos, não se adequavam aos valores morais relativos ao trabalho e à família.

A análise da perspectiva de Franz von Liszt demonstrará que o conceito de delinquência habitual foi empregado em um momento específico da história do sistema capitalista de produção, no contexto do século XIX, quando, por causa das intensas assimetrias sociais proporcionadas pela radicalidade do modelo econômico liberal, o pensamento jurídico-penal clássico apropriou-se de correntes vinculadas ao positivismo criminológico, com destaque à Antropologia Criminal, como forma de legitimar políticas penais de seletividade social.

Por sua vez, examinar o pensamento jurídico-penal de Hans Welzel em torno da figura da delinquência habitual, em meados do século XX, permitirá observar

que, mesmo em contexto histórico diverso e mesmo diante das transformações metodológicas que a ciência jurídico-penal foi submetida, ainda pôde-se verificar que o conceito de delinquência habitual continuou a se apresentar como um instrumento favorável às políticas penais de seletividade social.

Desse modo, infere-se que os dois autores escolhidos (Franz von Liszt e Hans Welzel) para compreender a figura da delinquência habitual ilustram, de maneira evidente, o caráter de higienização social aplicado ao conceito, ainda que dentro dos moldes do Direito Penal de base liberal, conforme verificar-se-á oportunamente.

Em um segundo momento, este estudo examinará a figura do delinquente habitual à luz do ordenamento jurídico-penal brasileiro, em especial, a inserção pela Lei 13.964/2019 do 28-A, § 2º, II, do CPP, o impacto teórico e prático quando da sua aplicação no caso concreto, os riscos às garantias penais e processuais penais do investigado que resultam com a sua incidência, comprometendo os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência, bem como serão apresentados os impasses que podem ser identificados entre a redação legal conferida pelo legislador da Lei 13.964/2019 e a sua aplicação pela jurisprudência, revelando um evidente tratamento assistemático acerca deste tema.

Por fim, esclarece-se ao leitor que o método utilizado para o desenvolvimento deste trabalho refere-se ao método dialético, pois a análise relativa ao objeto de estudo – a percepção da delinquência habitual como impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal – se deu de modo a evidenciar ao leitor as contradições em seu próprio interior, demonstrando os impactos históricos, teóricos e práticos que a sua utilização – do modo pelo qual o legislador inseriu na redação do art. 28-A, § 2º, inciso II, do CPP – simboliza.

2. DELINQUÊNCIA HABITUAL E O MODELO DE DIREITO PENAL DO AUTOR

Os modelos de política criminal e de direito penal se vinculam aos modelos políticos de Estado. A história de Estados totalitários ou marcados pelo autoritarismo evidenciou que as bases filosóficas que fundamentaram o sistema jurídico-penal acabaram por adotar uma análise em torno do próprio indivíduo e não, propriamente, em torno da conduta praticada e do possível resultado danoso. Este direcionamento do sistema jurídico-penal à análise da própria pessoa em si pode dificultar, impedir ou, até mesmo, eliminar direitos e garantias protetoras às liberdades pessoais, de maneira a utilizar os discursos jurídicos pautados na defesa pela segurança e pela contenção de sujeitos perigosos. Contudo, sem apresentar definições e delimitações conceituais.

Donna (2005, p. 77) ilustra esta problemática a partir do contexto histórico do nacional-socialismo, perante o qual a estruturação dogmático-penal se deu conforme a *vontade popular* e o *espírito do povo alemão* de maneira a substituir a concepção dogmática individualista-liberal pela defesa dos interesses da comunidade nacional (SPONCHIADO, 2019, p. 165).

Neste sentido, Monika Frommel (1989, p. 625) demonstra que a consideração do delito como infração de deveres ético-sociais ou morais representa um retorno ao modelo jurídico-penal de base subjetivista, segundo o qual a pena é aplicada a partir de considerações subjetivas e relativas que proporcionam a antecipação da intervenção punitiva a título de contenção de fontes de perigo.

Assim, analisar-se-ão se as diversas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (as quais serão mencionadas em tópico específico) dirigidas à denominada delinquência habitual e reiterada revelariam a adoção de uma estrutura dogmática distanciada das bases do direito penal clássico-liberal, criado no contexto iluminista, e, por consequência, se estariam ou não mais vinculadas ao modelo de direito penal do autor, típico do contexto de Estados totalitários ou autoritários.

Conforme mencionado, o modelo de direito penal do autor resulta na eliminação de direitos e garantias individuais tão somente pela análise das condições pessoais do indivíduo. Tal restrição é defendida por meio da ampliação, ou, até mesmo, da distorção dos conceitos referentes ao interesse e à valoração social.

Todavia, perante este modelo de inspiração normativa, enfrenta-se um problema: anula-se a verificação empírica dos resultados externos socialmente danosos e transfere-se a resposta jurídico-penal para a condição pessoal dos indivíduos tidos como *antissociais* (DONNA, 2005, p. 77). Este modelo transforma o sistema jurídico-penal em instrumento simbólico de controle ao sentimento social de insegurança, sem nenhuma demonstração científica e empírica da necessidade, merecimento e eficácia das propostas à reincidência e à suposta delinquência habitual.

O propósito de tal estruturação dogmática se orienta pelo sentimento de intensificar a punibilidade e alcançar qualquer eventual desobediência. Em contraposição à tendência clássica, a qual prioriza as garantias do indivíduo, a concepção de *direito penal pela segurança* prioriza os interesses da *comunidade* (DONNA, 2005, p. 80). Assim, legitimam-se o recrudesimento das penas e a exclusão de garantias penais e processuais penais, de maneira a aumentar o controle do Estado sobre o indivíduo.

Benno (2018, p. 7-10) aponta que o modelo de *direito penal pelo conflito* (distante da proteção à liberdade individual perante o poder punitivo estatal) não

incrementa exceções ao modelo liberal clássico, mas o transforma em termos estruturais e funcionais. Busca-se uma legitimação do Direito Penal, ainda no contexto do Estado de Direito, às necessidades e às expectativas sociais modificadas. Todavia, a lei penal passa a representar um instrumento normativo pautado pelo domínio da insegurança (SPONCHIADO, 2019, p. 260).

O tratamento diferenciado à reincidência e à delinquência habitual, conferido pela Lei 13.964/2019, parece revelar uma transformação de normas penais e processuais penais em meros instrumentos que facilitariam a legitimação de um novo sistema jurídico-penal reduzido à perspectiva de intimidação e que simbolizaria o controle do sentimento de insegurança, de maneira a atingir, de imediato, os indivíduos que recebem a classificação de delinquentes habituais. Assim, se revelaria uma total inversão das estruturas clássico-liberais, já que nestas a legitimidade do sistema jurídico-penal é medida pela intensidade do controle ao próprio poder punitivo do Estado diante da intervenção nas liberdades pessoais. A Lei 13.964/2019, em específico no que tange à delinquência habitual² e ao Acordo de Não Persecução Penal, fundamenta-se, tão somente, em *sentimentos sociais* punitivistas em evidente retrocesso às pesquisas de ordem empírica sobre as reais necessidades do sistema criminal.

Para além da crítica, deve-se ressaltar que, em vez desta transformação das normas penais e processuais penais em instrumentos simbólicos de contenção da insatisfação social, a reforma promovida pela Lei 13.964/2019 deveria ter refletido em torno do desenvolvimento de políticas públicas de organização do trabalho aos condenados e aos egressos do sistema penitenciário, o que, por sua vez, poderia apresentar um rendimento à prevenção da habitualidade criminosa em termos mais significativos do que o mero tratamento punitivo.

A seleção do trabalho como forma de reintegração do condenado à sociedade e como meio de prevenção à delinquência é evidente na reforma da parte geral do Código Penal, efetivada em 1984, notadamente, em torno da configuração da Teoria da Pena. O mesmo pôde ser observado perante as inspirações da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984), em seu contexto de 1984. Contudo, não foi este o propósito das alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, notadamente, pelo fato de estar inserida em um contexto no qual se pleiteia a formulação de um direito penal pela segurança e não pela liberdade.

2. Destaca-se que o foco a ser conferido neste estudo consiste na análise apenas da figura da delinquência habitual e não diretamente o impacto ao instituto da reincidência promovido pela Lei 13.964/2019, pois este último demandaria um estudo próprio.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Ao contrário das inspirações da década de 80, a Lei 13.964/2019, ao resgatar a noção arcaica de delinquência habitual e colocá-la na condição de impeditivo ao Acordo de Não Persecução Penal, demonstrou a sua conotação subjetiva, relativa, típica de um modelo de direito penal orientado pelo conflito, pelo combate e pela suposta contenção de perigo.

Alamiro Velludo Salvador Netto, em sua pesquisa denominada “*Plea bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil”, analisa a importação de modelos de acordos penais ao contexto brasileiro, de modo a realizar a seguinte observação:

“Parece ser irresponsável incorporar qualquer concepção ou instrumento jurídico sem um elevado nível de conhecimento das suas razões de existir em determinado contexto social. Sem estas conceituações básicas e propedêuticas, as discussões se transformam em debates tépidos, repletos de argumentos sem consistência, muito mais baseados em subjetividades intuitivas do que propriamente em fundamentos sólidos e racionais. O sistema criminal não pode apegar-se a falsas soluções, como se a prática existente no estrangeiro fosse, por si só, apta a revelar o segredo mágico para a superação dos sérios problemas do Brasil.” (SALVADOR NETTO, 2019, p. 231.)

Acrescenta-se, ainda, que “a realidade brasileira deve dispensar quaisquer formulações que aumentem, ainda mais, a seletividade do sistema de justiça e a correlata vulnerabilidade de muitas das pessoas que com ele estão cotidianamente envolvidas” (SALVADOR NETTO, 2019, p. 231).

Portanto, a previsão expressa da delinquência habitual no ordenamento jurídico brasileiro, na condição de impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, merece a devida reflexão científica, não somente em torno do peso histórico que esta figura carrega em si, mas também para que não se transforme em uma formulação que aumente, ainda mais, a seletividade do sistema de justiça criminal, conforme examinar-se-á ao longo deste trabalho³.

3. O art. 28-A, § 2º, II, do CPP, apesar de excluir do rol impeditivo a delinquência habitual orientada a infrações penais insignificantes, não elimina a problemática de se tornar uma formulação apta à seletividade penal. O Princípio da Insignificância, na condição de excludente de tipicidade material, é apto a absolver a pessoa que praticou a conduta e não de ser elemento de acordo penal. Ademais, é notável a dificuldade de reconhecimento da insignificância, perante delitos de baixa lesividade, no contexto jurisprudencial brasileiro. Acerca deste tema, cf. FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013;

3. TRATAMENTO DIFERENCIADO À DELINQUÊNCIA HABITUAL E O RETORNO À ANTROPOLOGIA CRIMINAL

O objetivo deste tópico é ilustrar a vinculação da noção relativa à delinquência habitual com modelos de direito penal orientados à segurança e à contenção de fontes de perigo, de modo a considerar que tal conceito carrega uma história, nitidamente, vinculada a políticas de seletividade e higienização social, tão utilizadas no contexto de medidas de segurança. Assim, evidencia-se que o próprio conceito de delinquência habitual traz consigo uma história incompatível com os pressupostos básicos do Direito Penal clássico.

Por conseguinte, selecionou-se, neste tópico, o pensamento de Franz von Liszt, pois tal autor demonstra, de forma objetiva, a vinculação necessária entre a formulação do conceito de delinquência habitual e os postulados da Antropologia Criminal. A adoção de tratamentos desiguais à categoria da delinquência habitual estipula uma proposta político-criminal cujas consequências dogmáticas e processuais exigem a adoção de um modelo de sistema criminal do autor.

De acordo com Liszt (1962, p. 54), a mais severa punição deve ser reservada ao delinquente habitual, mas não pode ser justificada somente perante a ideia de pena retributiva. As finalidades da pena relativas à ressocialização, à intimidação e à neutralização seguem a orientação de tutelar os bens jurídicos, de modo que a cada uma destas três finalidades se reserva a classificação de três tipos diferentes de delinquentes, entre os quais destaca-se a categoria da delinquência habitual.

A delinquência habitual é considerada por Liszt como uma manifestação social patológica. O autor denomina o grupo de indivíduos relacionados à delinquência habitual como *proletariado*, refletindo de forma nítida a estratificação e a desigualdade social que marcou a história do século XIX, no âmbito da crise do liberalismo econômico. Esta categoria de delinquência é vinculada aos mendigos e aos ociosos, de ambos os sexos, bem como aqueles viciados em drogas, prostitutas e sujeitos de vida de duvidosa idoneidade. Agrupa-se na denominada delinquência habitual os degenerados tanto em termos físicos como espirituais, os quais contribuem para formar o exército de massas inimigas da ordem social (LISZT, 1962, p. 54).

MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011-2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi:10.11606/D.2.2016.tde-17122015-082357. Acesso em: 19.01.2022.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Os reincidentes são classificados em três categorias. A primeira refere-se aos “irrecuperáveis”. Em relação a estes, Liszt (1962, p. 56) assevera que a sociedade apresenta uma necessidade de proteger-se contra tais, sendo a única possibilidade o isolamento perpétuo ou, ao menos, o aprisionamento por tempo indeterminado. Para Liszt, compete às estatísticas criminais indicar quais seriam os delitos cometidos de forma habitual.

Neste ponto, Liszt defende que a Antropologia Criminal é essencial para ajudar o desenvolvimento no âmbito jurídico-penal. Observa-se, então, a ligação do Direito Penal com outras ciências consideradas tão somente como “auxiliares” ao sistema jurídico-penal, notadamente, às formulações de Teoria da Pena (LISZT, 1962, p. 56). A Antropologia Criminal e a Estatística Criminal são selecionadas para cumprirem esta tarefa de auxiliarem nas fundamentações ao sistema punitivo diferenciado à delinquência habitual (SPONCHIADO, 2015, p. 156).

Esse discurso de Liszt é arriscado no contexto social brasileiro notadamente quando se observa a já conhecida elevada taxa de encarceramento por crimes patrimoniais e tráfico de drogas no Brasil. É necessário ressaltar o conhecimento criminológico acerca da realidade carcerária brasileira composta por tais delitos de forma acentuada, assim como a seletividade social, que se torna evidente ao se analisar, principalmente, a seleção de classes marginalizadas (SPONCHIADO, 2015, p. 156).

No contexto brasileiro, a pequena criminalidade patrimonial, ou seja, os delitos patrimoniais que não são cometidos por meio de violência ou grave ameaça, recebe, cotidianamente, a característica de criminalidade massiva e habitual, disseminando-se o discurso de que se deve legitimar o merecimento de pena e afastar o princípio da insignificância a esta categoria de crime.

Por conseguinte, por mais que o art. 28-A, § 2º, II, do CPP, tenha excluído do rol impeditivo a delinquência habitual orientada a infrações penais insignificantes, a problemática não está encerrada, uma vez que resta evidente a dificuldade de reconhecimento da insignificância no contexto jurisprudencial brasileiro, notadamente, perante a pequena criminalidade patrimonial, especialmente quando envolve a delinquência habitual.

Liszt (1962, p. 56) já asseverava que a categoria notável de delinquentes irreuperáveis, habituais, ou melhor, a categoria da criminalidade habitual, seriam aqueles que praticam os crimes contra a propriedade. O penalista clássico elenca os seguintes crimes: furto, receptação, extorsão, roubo, entre outros. Caberia, então, aos crimes contra a propriedade, o efeito mais nefasto da pena, ou seja, a neutralização dos delinquentes habituais. Defendia-se, até mesmo, o isolamento do réu por tempo indeterminado, o trabalho obrigatório e a maior exploração

possível da força de trabalho de modo a ressaltar as ideias da filosofia utilitarista como respaldo às fundamentações punitivas (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

Como exceção, Franz von Liszt (1962, p. 59) expõe a possibilidade de ressocialização por meio do trabalho e da instrução para aqueles indivíduos que se encontram no início da carreira criminosa. Estes elementos se transformam em meios para se atingir a finalidade de resistência aos supostos estímulos criminosos. No que diz respeito à delinquência habitual, o referido autor propõe uma limitação temporal quanto ao tempo máximo de prisão aos indivíduos considerados “recuperáveis”, qual seja, 5 (cinco) anos, visto que a libertação posteriormente a este período se faz crucial. Todavia, deveriam permanecer sob vigilância policial por mais 5 (cinco) anos (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

No que se refere aos delinquentes ocasionais, categoria distinta da delinquência habitual, a ação delitiva representaria apenas um episódio, influenciada pelo ambiente, e mínimo seria o perigo de uma repetição da mesma. Nestes casos, a pena deveria somente restabelecer a autoridade da lei violada. Nesta categoria ocasional, Liszt (1962, p. 56) engloba os delitos independentemente da gravidade, com exceção àqueles supramencionados, ou seja, os crimes patrimoniais. Pertencem à delinquência ocasional todos aqueles delitos que a estatística criminal não demonstrou que seriam cometidos de forma habitual (SPONCHIADO, 2015, p. 157).

4. O CONCEITO DE DELINQUÊNCIA HABITUAL VINCULADO À NÃO ACEITAÇÃO DOS VALORES ÉTICO-SOCIAIS

No presente tópico, selecionou-se os ensinamentos de Hans Welzel sobre a delinquência habitual com o objetivo de demonstrar a carga histórica que o conceito carrega em si mesmo e sua utilização como instrumento de higienização social, de modo a atingir, excessivamente, àqueles indivíduos marginalizados da sociedade que não se vinculam às imposições morais dominantes.

Ora bem, se as alterações legislativas promovidas pela Lei 13.964/2019 se valem de conceitos cuja historicidade se demonstra vinculada a contextos de intensas assimetrias e conflitos sociais, não se pode olvidar a adoção proposital do termo como uma forma atual de *higienização social*.

Jakobs (2015, p. 387), ao analisar a obra emblemática de Hans Welzel, denominada *Personalidade e culpabilidade*⁴, expõe que, para Welzel, a liberdade não

4. Análise realizada na obra: JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: PAWLIK, Michael; Cornacchia, Luigi (Orgs.). *Hans Welzel*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

é colocada como possibilidade de escolha entre *valor* e *desvalor*; ao contrário, é considerada livre somente a ação conforme o sentido de valores ético-sociais dominantes em uma dada comunidade.

A partir desta apreensão acerca da liberdade humana, ou seja, a liberdade como a autodeterminação conforme o sentido de valores, Welzel (2009, p. 115) distingue dois grupos de criminalidade. O primeiro grupo seria relativo à criminalidade ocasional. Perante esta, o Direito Penal deveria apresentar uma repressão por meio da análise que recai sobre o *desvalor da ação* proibida, bem como atribuir uma pena retributiva na medida da culpabilidade do autor reconhecido em sua qualidade de *pessoa*.

O segundo grupo de criminalidade se referia aos *indivíduos* que estariam fora da capacidade de vinculação às normas ético-sociais. Welzel (2009, p. 115) os classifica como *delinquentes por estado*, pois estariam determinados a delinquir uma vez que o delito seria resultado de sua própria personalidade. Os *delinquentes por estado* representam, em sentido amplo, a *delinquência habitual*.

Os indivíduos considerados delinquentes habituais não teriam assimilado as normas de conduta social no estrato inconsciente, assim como os delinquentes passionais não teriam desenvolvido as inibições necessárias aos impulsos primitivos. A culpabilidade, nesses casos, se refere a um elemento permanente: a estrutura defeituosa do estrato da personalidade. A reprovação, portanto, recairia sobre o caráter do autor (SPONCHIADO, 2019, p. 211).

Nesta linha de pensamento, os *delinquentes por estado* seriam reconhecidos de acordo com a origem, as condições de vida e a estrutura de caráter dos indivíduos a serem analisados. Welzel (1997, p. 10) coloca nesta categoria os indivíduos inseridos em famílias com graves degenerações caracterológicas ou que apresentam um histórico de antecedentes criminais – cujas condições educacionais seriam deficientes.

Ademais, o referido penalista inclui indivíduos que teriam uma suposta propensão à classe dos *delinquentes por estado*, os quais, em virtude da degeneração do caráter, seriam instáveis e insensíveis (WELZEL, 1997, p. 10). A conduta social destes indivíduos demonstraria a incapacidade para o trabalho e os fracassos escolares relacionados à ampla carência de vinculação aos valores éticos elementares que recairiam sobre a família e o trabalho (SPONCHIADO, 2019, p. 211).

nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed esiti storici del finalismo penale. Napoli: Editorial Scientifica, 2015. p. 387.

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

O conceito relativo a *delinquentes por estado* é dividido por Hans Welzel (1997, p. 10) em dois subgrupos: têm-se os indivíduos *associais* que seriam os responsáveis pela criminalidade de rua leve. Os mendigos, os vagabundos, os ociosos e as prostitutas eram postos como “associais” e, contra tais, caberia a aplicação de medida de segurança em casas de trabalho, uma vez que a pena – medida pela culpabilidade – era reservada às pessoas morais com capacidade de orientação aos valores ético-sociais, ou seja, aos delinquentes ocasionais. O segundo grupo, por sua vez, derivado do conceito de delinquentes por estado em sentido estrito, seriam os delinquentes habituais perigosos. Estes eram vistos como os responsáveis pela criminalidade grave, embora esta não se encontre definida nos textos analisados. Reservava-se a este grupo de delinquentes a aplicação de medida de segurança em estabelecimento de custódia.

Hans Welzel (1997, p. 10) afirma que a profunda carência de vinculação ética impede que o Direito Penal exerça sua força de inibição e conformação ética. A pena retributiva medida pela culpabilidade não afeta a periculosidade do autor. Nesta perspectiva, tais autores delitivos deveriam ser encaminhados a outro campo de medida assecuratória que, em conjunto com a pena, pudesse proteger os bens jurídicos de um modo preventivo (SPONCHIADO, 2019, p. 212).

Assim sendo, Hans Welzel (1997, p. 10) afirma que o juízo ético-negativo compete ao juiz criminal e a aplicação de pena ou medida de segurança deve ser pautada de acordo com a classe de autores delitivos: para os *delinquentes ocasionais*, mantém-se a capacidade de orientação conforme os valores ético-sociais e, portanto, legitima-se a aplicação de pena delimitada por meio de lei, a partir de tipos penais claros, definidos, de forma a não eliminar a liberdade de ação do indivíduo. Em contraposição, aos *delinquentes por estado*, com destaque aos *habituais*, parte-se da noção de periculosidade social (*os associais*) e reserva-se a aplicação de medida de segurança (SPONCHIADO, 2019, p. 212).

Pois bem, em termos conclusivos da análise a respeito da utilização do conceito de delinquência habitual pelos autores mencionados (Franz von Liszt e Hans Welzel), pode-se perceber que, apesar do contexto histórico-social de ambos os autores ser distinto, a semelhança se encontra na perspectiva *moralizante* empregada ao conceito de delinquência habitual.

O termo delinquência habitual pretende legitimar o tratamento diferenciado a determinados indivíduos perante os quais retirou-se a qualidade de *personalidade moral* e, portanto, permite-se a supressão de garantias e de direitos.

Todavia, o que se pode compreender, até o presente momento deste estudo, é que tal perspectiva aprisiona, sobremaneira, o sistema jurídico-penal à moral e

aos padrões ético-sociais construídos, notadamente, por uma moral religiosa em torno do *trabalho* e da *família*.

Em suma: a inserção efetuada pela Lei 13.964/2019 da figura da delinquência habitual e a colocação de tais noções, sem delimitação de conteúdo, como impeditivo à concessão do Acordo de Não Persecução Penal, claramente confere um tratamento diferenciado, seletivo, bem como elucida a tendência, perigosa, de confundir os limites entre *Direito* e *Moral*.

5. DA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS TENTATIVAS LEGISLATIVAS DE INSERÇÃO DO DELINQUENTE HABITUAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO

Theodolindo Castiglione (1963, p. 134) aponta que não haveria até então antecedente legislativo brasileiro sobre os delinquentes habituais ou por tendência. Contudo, aqui cabe realizar uma ressalva ao Código de Processo Penal Militar de 1969 que vigora até então, o qual prevê no parágrafo único do seu art. 651 uma ampliação do prazo para o requerimento de pedido de reabilitação em se tratando de criminoso habitual ou por tendência.

O Código Penal de 1940 atualmente vigente no Brasil (com a reforma da parte geral de 1984) não faz menção ao delinquente habitual. Tal ausência é justificada na sua *Exposição de Motivos* redigida pelo Ministro Francisco Campos, em particular no item 24, no qual consta que o referido diploma legal não estabeleceria uma classificação especial de criminosos (ocasionais, por tendência, reincidentes e habituais) e que os habituais estariam inseridos na categoria “reincidentes” e estes já possuíam um tratamento mais rigoroso conferido pelo Código Penal de 1940, não fazendo sentido diferenciá-los.

Contudo, para analisar se a inserção da figura do delinquente habitual – conforme inovação promovida pela Lei 13.964/2019 – está em consonância com os princípios (em especial, da culpabilidade/responsabilidade subjetiva) que norteiam o ordenamento jurídico-penal ou se configura mais um mecanismo que potencializa a seletividade do direito penal, é importante verificar a maneira pela qual tal tema foi tratado em sede de Projetos de Lei que já foram elaborados com este intuito e tiveram pretensão em vigorar no Brasil.

Neste sentido, torna-se importante mencionar que o anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria de 1962 previu, ao lado dos reincidentes, nos termos do artigo 60, § 1º, *a* e *b*, o criminoso habitual sendo aquele que: a) reincide pela segunda vez na prática de crime doloso da mesma natureza, punível com pena privativa de liberdade; b) embora sem condenação anterior, comete sucessivamente, em período não superior a cinco anos, quatro ou mais crimes da *mesma*

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

natureza, puníveis com pena privativa de liberdade, e demonstra, pelas suas *condições de vida* e pelas circunstâncias dos fatos apreciados em conjunto, *acentuada inclinação para tais crimes*.

Ressalta-se que a primeira hipótese é denominada pelo anteprojeto do Código Penal de Nelson Hungria de 1962 de *habitualidade presumida* (art. 60, § 1º, *a*) e a segunda hipótese de *habitualidade reconhecida pelo juiz* (art. 60, § 1º, *b*). Insta destacar que, neste último caso, verifica-se a possibilidade de haver um criminoso habitual ser tecnicamente primário e, mesmo assim, receber um tratamento mais gravoso.

Uma vez caracterizado no caso concreto que o criminoso era habitual, isto trazia implicações jurídico-penais mais gravosas. Isto porque o art. 60, *caput*, do referido anteprojeto, autorizava que a pena ou a soma de penas podia ser aumentada até o dobro, dilatava o prazo de um terço da regra geral estabelecida no art. 111 e ampliava o prazo para a reabilitação do criminoso habitual para dez anos (art. 116, § 1º).

Já no que diz respeito ao Código Penal de 1969, que não entrou vigor, na sua respectiva exposição de motivos redigida pelo Ministro Gama e Silva, no item 26 na parte “aplicação da pena” voltado aos “criminosos habituais ou por tendência” consta que estes “constituem o grande problema da repressão penal. É necessário reagir contra este tipo de criminalidade com instrumentos verdadeiramente eficientes”; um destes instrumentos supostamente eficientes utilizado pelo legislador de 1969 foi a de estabelecer uma pena relativamente indeterminada na hipótese de criminoso habitual. Outrossim, o referido item 26 dispôs que a mencionada *pena relativamente indeterminada* não se confundiria com a medida de segurança, uma vez que naquela “transfere-se a individualização para momento posterior à sentença, considerando a impossibilidade de determinar, rigorosamente, a medida da culpabilidade do agente e o momento de retribuição e da reparação, inclusive da recuperação social do delinquente, que se deve realizar sempre por via judicial”.

Assim, o Código Penal de 1969, no seu artigo 64, § 2º, *a* e *b*, manteve a definição do Anteprojeto de 1962 de Hungria em relação aos criminosos habituais. Ademais, consta no item 28 da *Exposição de Motivos* do referido diploma legal que, “se o criminoso for habitual, a pena aplicável será por tempo indeterminado. A duração mínima dessa pena (que não pode, em caso algum, ser inferior a três anos) é a pena fixada pelo juiz para a infração penal que está sendo julgada”. Porém, em nenhuma hipótese, a duração da pena indeterminada poderia exceder dez anos depois do cumprimento da pena mínima imposta, isto é, da pena referente à infração pela qual o criminoso foi julgado e que não poderia jamais

ser inferior a três anos (art. 64, § 1º). Ainda havia a possibilidade de o criminoso habitual, uma vez considerado semi-imputável, ter a substituição da pena por internação nos termos do art. 94.

Além disso, segundo o Código Penal de 1969, o livramento condicional ao criminoso habitual estava sujeito ao cumprimento mínimo da pena indeterminada e manteve os prazos para a prescrição e para a reabilitação nos termos que já constava no anteprojeto de Hungria de 1962.

Todavia, houve alterações inseridas no Código de 1969 pela Lei 6.016/73 no que diz respeito aos criminosos habituais (MUNHOZ NETTO, 1974, p. 20): i) estabelecendo que a duração mínima da pena relativamente indeterminada não poderia ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados (art. 64, *caput*)⁵, excluindo-se, por outro lado, a necessidade de ser tal mínimo superior a três anos; ii) tornou-se obrigatório ao magistrado, na sentença, classificar o criminoso habitual como de acentuada periculosidade, para o efeito de cumprimento em estabelecimento fechado (art. 38, § 1º, *b*)⁶, ressalvada a hipótese de revisão da declaração de periculosidade (art. 52, § 2º)⁷, com possibilidade de transferência para estabelecimento penal aberto (art. 38, § 4º)⁸.

Segundo Alcides Munhoz Netto (1974, p. 74), “embora a lei não o diga expressamente, a acentuada inclinação para o crime há de decorrer do costume adquirido pela repetição do ato delituoso, pois esta é a consequência necessária da denominação de habitual”. Em outras palavras, a habitualidade é, em princípio, um conceito criminológico e implica uma tendência para delinquir adquirida pela reiteração na prática delitiva.

5. Art. 64, *caput*, do CP/1969 com alteração da Lei 6.016/1973: Tratando-se de *criminoso habitual* ou por tendência, a pena a ser imposta será por tempo indeterminado. O juiz fixará a pena correspondente ao crime cometido, que constituirá a duração mínima a da pena privativa de liberdade, *não podendo ser inferior à metade da soma do mínimo com o máximo cominados* (grifos nossos).
6. Art. 38, § 1º, *b*, do CP/1969 com alteração da Lei 6.016/1973: Art. 38. As *penas privativas de liberdade* serão cumpridas: [...] § 1º O *estabelecimento penal fechado* será de segurança máxima. Nele cumprirão pena: [...] *b*) os condenados por tempo inferior a esses limites, que sejam de *acentuada periculosidade* (grifos nossos).
7. Art. 52, § 2º, do CP/1969, com alteração da Lei 6.016/1973: A *periculosidade*, declarada na sentença, *será revista no curso da execução da pena*, por iniciativa do condenado, do diretor do estabelecimento, do Conselho Penitenciário ou do juiz (grifos nossos).
8. Art. 38, § 4º, do CP/1969, com alteração da Lei 6.016/1973: § 4º A *internação em estabelecimento penal aberto* também constituirá fase de execução, podendo atingi-la o *condenado cuja periculosidade tenha cessado ou diminuído* (grifos nossos).

Evidentemente, tal tratamento diferenciado ao delinquente habitual não está relacionado ao fato praticado considerado como delito, mas sim ao seu modo de condução de vida e referida constatação afronta claramente um dos princípios basilares do direito penal, qual seja, o princípio da culpabilidade.

A partir da breve exposição de Projetos de Leis historicamente relevantes que pretenderam promover alterações na legislação penal brasileira, em particular no tocante aos delinquentes habituais, embora aqueles não obtiveram êxito em sua aprovação e respectiva vigência no Brasil, infere-se que tais tentativas de modificação, em especial, o texto legislativo do Código Penal de 1969, se deram em momento histórico da ditadura no Brasil, contexto em que o direito penal era utilizado ainda mais como instrumento de segregação e exclusão social.

Neste sentido, vale mencionar que, no contexto do direito nacional socialista na Alemanha, Edmund Mezger havia proposto uma classificação de tipos distintos de autor, entre eles, a categoria dos delinquentes habituais que estava na escala do denominado *delinquente de estado* (CARUSO FONTÁN, 2013, p. 4-5).

Assim, à culpabilidade pelo fato concreto praticado pelo sujeito, deveria se adicionar a culpabilidade pela condução da vida, já que a culpabilidade do autor não era apenas a culpabilidade pelo fato isolado, senão pela condução da sua vida que a feito se degenerar (CARUSO FONTÁN, 2013, p. 4-5).

Outrossim, apesar de tais tentativas em contextos históricos autoritários, verifica-se que, em que pese a indevida pretensão de inserir a figura do delinquente habitual, bem como conferir um tratamento mais gravoso em virtude da incidência desta, os referidos textos legislativos estabeleceram requisitos determinados para que se pudesse reconhecer a configuração da condição de delinquente habitual.

Conforme é possível se depreender, o conceito de *habitualidade presumida* presente nos projetos de leis mencionados não se confunde com a reincidência tal como conhecemos no vigente Código de 1940, uma vez que exige a prática pela segunda vez de crime *doloso* de mesma natureza punida com pena privativa de liberdade e não limita esta repetição de prática delitiva dolosa a um limite temporal e nem condiciona à necessidade do trânsito em julgado da sentença condenatória pela prática de delito anterior.

De outro, a reincidência no Código de 1969 (art. 53), bem como no de 1940 (arts. 63 e 64) caracteriza-se quando o agente comete novo crime, depois de transitar a sentença que, no país ou no estrangeiro o tenha condenado por crime anterior e os seus efeitos perdurariam no período de cinco anos.

É necessário mencionar que reincidência e delinquência habitual são conceitos distintos. Consoante ensinamentos de José Cerezo Mir (2005, p. 1091), sob

o viés criminológico, o delinquente habitual é aquele que, pela prática reiterada de delitos, há criado um hábito de delinquir e o mesmo não deve ser confundido com o reincidente, uma vez que este é sempre um conceito jurídico; já para a habitualidade, não é necessária condenação alguma, bastaria o hábito de delinquir.

Outrossim, a definição de *habitualidade reconhecida pelo juiz* dispensaria a necessidade de condenação anterior, mas exigiria prática ao menos de quatro crimes em um período inferior a cinco anos e possibilitaria que o magistrado considerasse as condições de vida do sujeito para reconhecer habitualidade do indivíduo em prática delitiva e, por consequência, aplicar as consequências jurídico-penais previstas, em especial, quando do cumprimento da pena.

Neste sentido, é possível afirmar que, enquanto na *habitualidade presumida*, os requisitos são objetivos para que possa ser reconhecida a figura do delinquente habitual, na *habitualidade reconhecida pelo juiz*, o magistrado tem ao seu dispor um requisito subjetivo para que possa aplicar as consequências jurídicas ao delinquente habitual, qual seja, *as condições de vida do indivíduo a qual se imputa as práticas delitivas*. Este requisito é extremamente impreciso e subjetivo que, de certa maneira, amplia a discricionariedade do juiz quando da sua análise e, por isso, deve-se exigir uma fundamentação mais robusta por parte do magistrado, sem prejuízo de se indagar acerca da inconstitucionalidade deste requisito para fins de responsabilidade penal subjetiva pelo fato praticado e não pelo modo de ser.

Infere-se que a persecução penal e eventual execução penal para os ditos delinquentes habituais são bastante gravosos, pois o seu reconhecimento implicaria nestes referidos projetos de lei, conforme já apontado, uma ampliação do prazo prescricional, tempo maior de pena a ser cumprida para obtenção da concessão do livramento condicional e, ainda assim, verifica-se o comprometimento da própria ressocialização do sujeito, já que também há ampliação do período para reabilitação.

Cumprе ressaltar mais uma vez que tal tratamento desfavorável diferenciado está totalmente alheio à magnitude dos injustos penais eventualmente praticados e à culpabilidade do agente. Expressão máxima desta referida constatação é a previsão no Código Penal de 1969 de uma pena relativamente indeterminada para responsabilizar o delinquente habitual pela prática de delitos que têm como referencial para dosimetria da pena o parâmetro estabelecido na lei, independentemente da gravidade das condutas e da culpabilidade do agente, ou seja, não deveria ser menor que a metade da soma do mínimo com o máximo cominados e, ainda assim, depois do cumprimento desta pena mínima estabelecida pelo juiz quando da prolação da sentença, o indivíduo poderia estar sujeito ao cumprimento de até dez anos a mais pelo mero fato de ser considerado como

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do "delinquente habitual" como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

delinquente habitual, o que revelaria um extremo descompasso com o princípio da culpabilidade e um autêntico direito penal do autor.

De outro lado, é possível afirmar que algumas das alterações trazidas pela Lei 6.016/73 no texto originário do Código Penal de 1969 buscaram flexibilizar, de certa forma, as regras contidas nesta última. Neste sentido, sublinha-se a obrigatoriedade do juiz de emitir uma declaração de periculosidade para que o indivíduo considerado delinquente habitual pudesse cumprir a pena em regime fechado, evitando-se, assim, uma automaticidade entre a figura do delinquente habitual e cumprimento de pena no regime fechado, bem como previu a possibilidade de revisão da periculosidade do agente e uma possível transferência ao cumprimento em estabelecimento aberto.

Apesar dessas inúmeras incongruências apontadas e que despertaria intensos debates acerca da figura do delinquente habitual previstos nestes Projetos de Lei, depreende-se que, embora a pretensão de inserir este último não estivesse em consonância com o direito penal do fato, tais textos legislativos buscaram de alguma maneira – devendo ser até questionável o seu conteúdo em si – traçar delimitações para a sua aplicação, seja definindo o seu conceito, seja apontando as suas respectivas consequências jurídicas e apresentando na sua respectiva Exposição de Motivos as razões pelas quais se entendia naquelas referidas oportunidades a necessidade de inserção do delinquente habitual como um requisito a ser levado em consideração no âmbito da persecução e execução penal, em especial, o que não se verifica nas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 que, ao incluir a figura do delinquente habitual em alguns institutos, notadamente como requisito legal negativo para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal, o legislador não trouxe sequer justificativas para tanto, conforme verificar-se-á nos próximos itens.

6. DAS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.964/2019 PARA INSERÇÃO DO *DELINQUENTE HABITUAL* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Observa-se que a Lei 13.964/2019 inseriu a figura do delinquente habitual em diversas alterações legislativas:

“Art. 63-F, § 1º, da Lei 11.343/06: Na hipótese de condenação por infrações às quais esta Lei (Lei de Drogas) comine pena máxima superior a 6 (seis) anos de reclusão, poderá ser decretada a perda, como produto ou proveito do crime, dos bens correspondentes à diferença entre o valor do patrimônio do condenado e aquele compatível com o seu rendimento lícito.

§ 1º A decretação da perda prevista no *caput* deste artigo fica condicionada à existência de elementos probatórios que indiquem *conduta criminosa*

habitual, reiterada ou profissional do condenado ou sua vinculação a organização criminosa.”

“Art. 28-A, § 2º, II, do CPP: O disposto no *caput* (oferecimento do acordo de não persecução penal) deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

[...]

II – se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem *conduta criminal habitual*, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.”

“Art. 310, § 2º do CPP: Se o juiz verificar que o agente é reincidente ou que está envolvido na *prática habitual*, reiterada ou profissional de infrações penais ou que integra organização criminosa, deverá denegar a liberdade provisória, com ou sem medidas cautelares, salvo se insignificantes ou de reduzido potencial ofensivo as condutas.” (grifos nossos)

Neste sentido, é possível depreender que as referidas modificações legislativas inseridas pela Lei 13.964/2019 conferem ao delinquente habitual um tratamento mais agravado, seja de ordem penal (decretação da perda de bens quando se tratar de infrações previstas na Lei de Drogas), seja de ordem processual penal (denegação de liberdade provisória e impossibilidade de ser contemplado pelo Acordo de Não Persecução Penal).

A partir destas alterações, é necessário analisar se estas estão em consonância com o denominado direito penal do fato consagrado em um Estado Democrático de Direito. Por esta razão, veda-se sancionar o indivíduo que pratica uma conduta considerada crime pelo ordenamento jurídico por questões pessoais, escolhas de vida e pela sua condição subjetiva. Em outras palavras, rechaça-se aquilo que a doutrina denomina de direito penal do autor.

Neste estudo, buscar-se-á examinar, com mais ênfase, a inserção do delinquente habitual no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, e suas implicações práticas no âmbito da persecução penal e sua dissonância aos princípios basilares que regem o direito penal.

7. DA INADMISSIBILIDADE DA INSERÇÃO DA FIGURA DO *DELINQUENTE HABITUAL* PELA LEI 13.964/2019 COMO REQUISITO PARA O OFERECIMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB PENA DE INDEVIDA LEGITIMAÇÃO DE UM DIREITO PENAL DE AUTOR

Inicialmente cabe destacar que o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) constitui uma modalidade de Justiça Negocial (ROSA, 2021, p. 644) incluído

pela Lei 13.964/2019 com a inserção do art. 28-A do CPP, que tem por objetivo o não oferecimento de uma ação penal em relação à prática de determinado delito quando o agente preenche os requisitos legalmente estabelecidos e, uma vez cumprido integralmente o ANPP, o autor dos fatos terá sua punibilidade extinta pelo juízo competente (art. 28-A, § 13, do CPP).

Assim, depreende-se do teor normativo do art. 28-A do CPP que são requisitos para que se possa admitir que o Ministério Público ofereça o Acordo de Não Persecução Penal: a) confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal pelo investigado; b) a infração penal em questão deve ser praticada sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos; c) o ANPP seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as condições alternativas ou cumulativamente previstas nos incisos do *caput* do art. 28-A do CPP.

Ademais, o legislador estabelece condições negativas para que seja autorizado o oferecimento do ANPP (art. 28-A, § 2º, do CPP), isto é, há previsão de algumas hipóteses fáticas que, caso se façam presentes na análise da conduta concreta, ao Ministério Público estará vedado contemplar o autor dos fatos com o ANPP.

Entre estas hipóteses previstas, a que interessa para fins deste estudo é a estabelecida no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, segundo o qual não se aplica o ANPP “se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem *conduta criminal habitual*, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas” (grifos nossos).

Neste sentido, verifica-se que o legislador conferiu tratamento mais gravoso no âmbito da persecução penal para aquele sujeito denominado “delinquente habitual” ao sinalizar que, se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual do autor dos fatos que se analisa, não será possível que o mesmo seja contemplado pelo ANPP.

Posteriormente aos referidos apontamentos ao longo deste estudo sobre as incongruências envolvidas em torno da figura do delinquente habitual e a constatação de que esta foi aventada em contextos autoritários no Brasil e que, ressaltada a previsão no parágrafo único do art. 651 do Código de Processo Penal Militar – diploma este elaborado a partir das atribuições conferidas pelo art. 3º do Ato Institucional 16/1969, combinado com o § 1º do art. 2º do Ato Institucional 5/1968 –, tal pretensão adquiriu relevo e efetiva vigência na legislação penal brasileira com as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, seria difícil imaginar que, depois da Constituição Federal de 1988 e todo o processo constante de democratização vivido no Brasil em que se busca a máxima efetivação dos direitos fundamentais, a inserção expressa no ordenamento jurídico penal da figura

do delinquente habitual estaria em consonância com a responsabilidade penal subjetiva e a um direito penal do fato que deve coexistir em se tratando de um Estado Democrático de Direito.

Conforme anteriormente se verificou, a Lei 13.964/2019, de forma arbitrária e completamente desprovida de fundamento, inseriu a figura do delinquente habitual como mecanismo relevante para obstar direitos fundamentais de ordem material e processual que devem ser preservados com a intervenção punitiva estatal, em especial a inviabilidade do agente ser contemplado pelo Acordo de Não Persecução Penal nos termos da lei.

Insta registrar que a Lei 13.964/2019 não traz em seu bojo uma exposição de motivos que justifique tais modificações legislativas, o que, desde já, deveria o teor contido dos dispositivos legais incluídos e/ou alterados ser analisado com a devida desconfiança da sua idoneidade, em especial o art. 28-A, § 2º, II, do CPP, que trata de requisitos negativos para oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal.

Além do mais, a pretendida inserção da figura do delinquente habitual se dá de modo bastante discutível, pois, ao contrário, do que constavam nos projetos de leis que buscaram a mesma pretensão, não traz a delimitação para incidência do conceito, mas torna tal instituto desprovido de significado e justificação razoável, já que não fornece critérios para o seu reconhecimento.

Assim, propicia ampla margem ao magistrado de definir o que se deve compreender por delinquente habitual e, na ausência de critérios objetivos, remanescem apenas requisitos subjetivos que, inevitavelmente, recairá na análise sobre a conduta de vida do sujeito e estará totalmente alheio ao que efetivamente interessa para o Direito Penal, qual seja, responsabilizar o sujeito por condutas determinadas efetivamente praticadas e consideradas infrações penais na medida de sua culpabilidade e da magnitude do injusto penal. Neste sentido, Paulo César Busato (2017, p. 95-96) aponta que atualmente:

“[...] não é mais aceitável uma ‘culpabilidade pelo modo de vida’, ainda que, cumpre reconhecer, para a análise da reprovabilidade da conduta quanto ao fato concreto por vezes seja necessário recorrer a dados da trajetória vital do autor, para a melhor compreensão de seu comportamento nas circunstâncias concretas.”⁹

-
9. Oportuno destacar também as ideias apresentadas por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem sobre o tema: “O agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não

SPONCHIADO, Jéssica Raquel; KASSADA, Daiane Ayumi. Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 175-205. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022. DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.124].

Por isso, embora a culpabilidade seja característica do sujeito, relaciona-se exclusivamente ao fato (BUSATO, 2017, p. 96)¹⁰.

A falta de definição e de delimitação para incidência da controvertida figura do delinquente habitual nas alterações promovidas pela Lei 13.964/2019 (exceção à ressalva “salvo se insignificantes as infrações penais pretéritas ou de reduzido potencial ofensivo”), tais como a não menção de mesma natureza da prática delitiva e não estabelecimento de lapso temporal ou sequer a quantidade de crimes a serem praticados para fins de configuração de habitualidade na sua conduta ou qualquer outro parâmetro objetivo, a exemplo da previsão que existia no texto do anteprojeto do Código Penal de 1969, podem resultar em análises jurídico-penais que revelem uma seletividade penal ainda mais acentuada e a possibilidade de potencializar ainda mais, de forma indevida e desproporcional, a intervenção punitiva estatal, podendo fomentar, inclusive, um maior encarceramento no já conhecido sistema penal brasileiro altamente degradante e perverso.

Um exemplo para ilustrar esta questão neste contexto seria o fato de que a prática de um crime de furto (art. 155, *caput*, do CP) posteriormente à prática de estelionato (art. 171, *caput*, do CP), cujo julgamento ainda não tenha transitado em julgado, portanto, não deveria ser considerado como fator de reincidência do sujeito quando da análise do delito de furto.

Neste caso, o sujeito permaneceria primário para fins de análise do crime praticado posteriormente (furto). Contudo, apesar de não incidir reincidência nesta hipótese, considerando o teor contido no art. 28-A, § 2º, II, do CPP, dispositivo legal incluído pela Lei 13.964/2019, a segunda conduta considerada como criminosa poderá eventualmente ser interpretada pelo membro do Ministério Público, a partir das condições de vida do sujeito, como uma habitualidade delituosa, já que não há delimitação legislativa do que se entender por “habitualidade” na

um direito penal de autor. A responsabilidade penal não atua no sentido de punir o ser, senão o fazer de uma pessoa, visto que ‘o direito é uma ordem reguladora de conduta humana’.” (Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 243.)

10. BUSATO, Paulo César. *Direito penal* – parte geral. São Paulo: Atlas, 2015. p. 95-96. Oportuno destacar também as ideias apresentadas por João Paulo Orsini Martinelli e Leonardo Schmitt de Bem sobre o tema: “O agente deve ser incriminado pelas condutas praticadas e não por sua pessoa, de sorte que se valora um direito penal de fato e não um direito penal de autor. A responsabilidade penal não atua no sentido de punir o ser, senão o fazer de uma pessoa, visto que ‘o direito é uma ordem reguladora de conduta humana’.” (Cf. MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal* – Parte geral. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p. 243.)

prática delituosa para fins de responsabilidade penal, resultando em um conceito com conteúdo impreciso e suscetível de legitimar um indevido tratamento mais gravoso ao suposto autor dos fatos.

Assim, nesta hipótese, apesar de não se considerar o fator reincidência na análise do furto praticado e, portanto, *a priori*, seja possível o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal nos termos do art. 28-A, § 2º, II, do CP, tendo em vista que a pena mínima é inferior a 4 (quatro) anos e preenchidos os demais requisitos previstos no *caput* do art. 28-A do CPP, com a vigência do referido dispositivo legal do art. 28-A, § 2º, II, do CPP, incluído pela Lei 13.964/2019, poderia abrir uma ampla margem de discricionariedade no sentido do membro do Ministério Público considerar a prática do segundo crime, independentemente da natureza do primeiro e com base nas condições de vida do suposto autor dos fatos, como indicador para configuração do delinquente habitual e deixar de oferecer, indevidamente, o Acordo de Não Persecução Penal neste exemplo, quando, em verdade, o investigado faria jus a este benefício legal que o isentaria de responder a um processo criminal se consideradas apenas a gravidade do injusto e a medida da culpabilidade referente ao fato concretamente praticado, bem como evitaria uma indevida eventual sentença condenatória com todos os efeitos deletérios que ela traz na vida do sujeito.

Esta questão deve ser objeto de atenção porque o próprio legislador sinalizou que a delinquência criminosa não se confunde com a reincidência no art. 28-A, § 2º, II, do CPP. Assim, tendo em vista que o legislador define o que deve ser entendido como reincidência e os efeitos jurídico-penais desta (arts. 63 e 64 do CP), mas não estabelece o que deve ser compreendido por delinquência habitual, a indagação que se coloca como indispensável consiste em responder quais seriam as condutas anteriormente praticadas pelo autor do delito em análise que deveriam compor o conteúdo normativo da figura da delinquência habitual que justifique o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público.

Assim, cabe destacar os seguintes questionamentos e apontamentos em torno desta imprecisão do conteúdo normativo da figura do delinquente habitual:

“O que configura uma conduta criminal como habitual, reiterada ou profissional? Não se encontrariam tais características já abrangidas pela reincidência? O que aconteceu com a presunção de inocência, sob a qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’? É em razão destes questionamentos que recomendamos bastante atenção quando a recusa ministerial em oferecer o acordo seja fundamentada tão somente na segunda parte do inciso II do § 2º do art. 28-A. O MP terá que fundamentar

em elementos concretos a suposta conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, explicando qual o raciocínio utilizado para o preenchimento desses conceitos, ante a ausência do detalhamento legal.” (BERMUDEZ; ROSA; ROSA, 2021, p. 70.)

Neste contexto, verifica-se uma clara assimetria quanto ao tratamento mais gravoso que se estaria conferindo no âmbito da persecução penal, tendo em vista o entendimento dos Tribunais Superiores em relação ao que não se deva ser compreendido como reincidência e tampouco resultar em efeitos jurídico-penais e processuais penais desfavoráveis ao agente e, assim, poderá fatalmente comprometer, de forma indevida e inconstitucional, o princípio da presunção de inocência.

Isto porque, conforme apontam Paola Gabriele Inda Teixeira *et al.* (2020, p. 355), se os Tribunais Superiores não admitem a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (cf. por exemplo, a Súmula 444 do STJ) também não deveriam autorizar o Ministério Público se recusar a oferecer o Acordo de Não Persecução Penal com o fundamento de que se trataria no caso concreto de hipótese de delinquente habitual levando em conta exclusivamente eventuais inquéritos policiais e ações penais em curso relativos ao agente.

Além disso, cabe destacar que o próprio legislador excepciona esta vedação (oferecimento do ANPP em se tratando de criminoso habitual) quando as infrações penais pretéritas forem consideradas insignificantes.

Consoante já sinalizado, a inovação legislativa promovida pela Lei 13.964/2019, embora tenha previsto a delinquência habitual como requisito negativo para o oferecimento do ANPP, o legislador não explicitou o conteúdo normativo acerca do que se deveria compreender por esta figura para verificar a sua configuração ou não no caso concreto.

Outrossim, tal inovação legislativa ainda pode ser considerada relativamente recente e esta questão específica abordada neste estudo ainda não foi objeto de debate nos Tribunais Superiores até então. Em outras palavras, os Tribunais Superiores (em especial, o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal) ainda não possuem tese firmada sobre se este requisito legal de vedar o oferecimento do ANPP em se tratando de delinquente habitual está ou não em harmonia com o ordenamento jurídico penal e processual penal brasileiro.

Contudo, é possível observar prováveis incongruências que os Tribunais Superiores poderão enfrentar se levar em consideração o tratamento que estes conferem ao delinquente habitual em outras temáticas, sobretudo, no âmbito da

aplicação do princípio da insignificância, em contraste com a própria redação legal conferida pelo legislador no inciso II, § 2º, do art. 28-A, do CPP, notadamente, na sua parte final.

Isto porque o Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, possui entendimento firmado de que não se aplicaria o princípio da insignificância se ficar demonstrada a habitualidade criminosa¹¹. Porém, no âmbito do ANPP, o legislador permite que este seja ofertado ao autor do delito, mesmo em se tratando de delinquente habitual, quando as infrações penais pretéritas sejam consideradas insignificantes e presentes os demais requisitos legais exigidos para tanto.

Nota-se, assim, o tratamento assistemático que se pode conferir ao delinquente habitual pela jurisprudência e pelo próprio legislador, o que revela a necessidade de analisar esta figura de forma mais detida por parte da doutrina e de constituir objeto de atenção por parte da jurisprudência e do legislador.

Até o presente momento, o que se poderia aventar é que o próprio legislador da Lei 13.964/2019 reconheceu que, ao menos, em se tratando de condutas pretéritas insignificantes não há que se conferir tratamento mais gravoso no âmbito da persecução penal ao autor do delito e, portanto, não há que se impedir que o mesmo seja contemplado pelo ANPP (desde que observados os demais requisitos legais estabelecidos no art. 28-A do CPP) justamente em virtude da desnecessidade e inadequada intervenção do poder punitivo em qualquer esfera estatal diante de condutas penalmente irrelevantes; ao mesmo tempo, o legislador sinaliza, neste contexto, um indicativo de que a figura do delinquente habitual é indiferente e não deveria obstar o reconhecimento do princípio da insignificância, o que deverá, certamente, provocar novas reflexões sobre estas questões pelos Tribunais Superiores para que seja resguardado um autêntico Direito Penal do fato em um Estado Democrático de Direito.

Desta maneira, a inserção da figura do delinquente habitual de forma desnecessária, como requisito negativo para viabilizar o Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público, tornou mais rigorosa a possibilidade de seu oferecimento mesmo diante da ausência de fundamentação idônea que justifique conferir tal tratamento excessivamente mais desfavorável ao agente neste contexto.

Assim, a referida figura do delinquente habitual, conforme se pôde verificar neste estudo, pode ser indevida e equivocadamente utilizada para suprir a ausência do fator reincidência – o qual também é bastante criticada pela doutrina,

11. Cf. STJ, 3ª S., EREsp 1.217.514/RS, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09.12.2015, DJe 15.12.2015.

porém, já teve sua constitucionalidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – com objetivo de conferir um tratamento mais rigoroso em termos de persecução penal em razão das condições de vida do autor do delito praticado, violando, assim, não só o princípio da culpabilidade, mas também o princípio da presunção de inocência na esfera da persecução penal, uma vez que, “no Direito Penal que se pretende minimamente comprometido com a dignidade do ser humano e com os postulados do Estado Democrático, tem-se um direito penal do fato – descrição de modelos de condutas proibidas – que considere também o autor, sem, contudo, descrever tipos de autor” (YAROCHEWSKY, 2019, p. 10).

8. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Compreender o modelo de Direito Penal a ser adotado por um Estado significa compreender, conjuntamente, o sistema político adotado e a própria configuração de dada sociedade. Neste sentido, as expressões que remetem à percepção de delinquência habitual, historicamente, vincularam-se a contextos políticos autoritários ou, ainda, a momentos da história ocidental perante os quais se pretendia, por meio do sistema jurídico-penal, selecionar aqueles indivíduos que não se adequavam à ordem de valores morais dominantes ou, em razão da miséria social, eram relegados à marginalização e à violência institucional.

A ilustração da vinculação da percepção de delinquência habitual a estes contextos se deu, no presente trabalho, por meio da exposição do pensamento clássico de Franz von Liszt (século XIX) e do pensamento de Hans Welzel, representante da Escola Finalista (meados do século XX). A pena criminal fora reservada a determinadas classificações de delinquentes, notadamente, os ocasionais, uma vez que, para a delinquência habitual, reservava-se e legitimava-se o império de atuação da medida de segurança.

A exposição destes pensamentos foi realizada com o objetivo de evidenciar que o conceito de delinquência habitual se torna perigoso no que tange ao poder conferido ao Estado, o qual pode suprimir a liberdade pessoal a seu critério de conveniência, apenas preenchendo o conteúdo que lhe convém em termos de finalidade. A história demonstrou que este conteúdo fora, nitidamente, preenchido para cumprir finalidades de higienização social, exploração máxima de trabalho e violações a direitos humanos.

Por conseguinte, ao se conhecer, minimamente, esta problemática firmada em torno das expressões que remetem à percepção de delinquência habitual, tornam-se necessários o estudo, a avaliação e a crítica em torno de sua utilização

pela Lei 13.964/2019, notadamente, no que tange a impedir o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) pelo Ministério Público.

Em termos de história brasileira, verificou-se que, ressalvada a previsão legal do parágrafo único do art. 651 do Código de Processo Penal Militar de 1969 de duvidosa constitucionalidade, inserido no contexto autoritário brasileiro, a figura do delinquente habitual não possuía destaque na ordem legislativa penal e processual penal brasileira até as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019. Torna-se estranho, portanto, que a utilização tenha se dado no contexto do Estado Democrático de Direito, apesar do autoritarismo que marca a história política do Brasil.

Ao analisar a inserção da figura do delinquente habitual pela Lei 13.964/2019, sobretudo o teor do art. 28-A, § 2º, II, do CPP, é possível afirmar que se trata de uma inovação legislativa que não está preocupada com o crime em si, mas, sim, ainda que de forma velada, de segregar seletivamente a pessoa sob a qual recai a imputação da prática de um determinado delito, revelando-se, um autêntico e inadmissível direito penal do autor, bem como a forma como tais modificações rigorosas foram feitas proporcionará um tratamento mais gravoso se comparado com o teor dos textos legislativos que também buscaram inserir a figura do delinquente habitual em um momento político autoritário vivido pelo Brasil.

Outrossim, não há indicativo legislativo do que se deve compreender por delinquente habitual para fins de obstar o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público (salvo no caso de infrações pretéritas insignificantes), o que permite a abertura de um espaço de juízo subjetivo arbitrário por parte deste último e probabilidade concreta de inobservar entendimentos jurisprudenciais consolidados dos Tribunais Superiores do que não deve ser levado em conta desfavoravelmente ao sujeito no âmbito da persecução penal, quais sejam, ações penais em curso e inquéritos policiais, não restando espaço algum para a figura do delinquente habitual em um ordenamento jurídico penal e processual penal que preze por um direito penal do fato, tal como o brasileiro.

Assim, a figura do delinquente habitual pode ser utilizada, de forma discricionária, como fundamento pelo Ministério Público para justificar o não oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal ao suposto autor do delito quando ele preencher todos os demais requisitos legais previstos no art. 28-A do CPP, e, por consequência, proporcionar um tratamento mais gravoso ao indivíduo pelas suas condições pessoais e de vida e em descompasso com a magnitude do injusto penal concretamente praticado e a culpabilidade que recai sobre o agente.

Conclui-se que a inserção da figura do delinquente habitual como requisito negativo para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal – tal como foi

feita pela Lei 13.964/2019 — na legislação penal brasileira deve ser urgentemente objeto de análise, de forma mais detida, pelos Tribunais Superiores, mormente pelo Supremo Tribunal Federal, bem como deve constituir objeto de maior debate doutrinário, tendo em vista a clara urgência de reconhecer a sua ilegitimidade sob pena de indevidamente comprometer um direito penal do fato que deve vigorar em um Estado Democrático de Direito e observar, especialmente, os princípios da culpabilidade e da presunção de inocência.

9. REFERÊNCIAS

- BERMUDEZ, André Luiz; ROSA, Alexandre Morais da; ROSA, Luísa Walter da. *Como negociar o acordo de não persecução penal: limites e possibilidades*. Florianópolis: Emais, 2021.
- BUSATO, Paulo César. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Atlas, 2015.
- CARUSO FONTÁN, María Viviana. Sobre el fundamento y la justificación de las medidas de seguridad aplicables al delincuente habitual “peligroso”. *Revista Penal*, Valencia, n. 31, p. 3-21, jan. 2013.
- CASTIGLIONE, Theodolindo. Criminosos habituais e por tendência perante o anteprojeto de Código Penal, de Néelson Hungria. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, Rio de Janeiro, v. 1, n. 2, p. 133-152, jul.-set. 1963.
- Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap). *Mídia, sistema de justiça criminal e encarceramento: narrativas compartilhadas e influências recíprocas: campo temático 1: relatório final* – Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (Cebap) e Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD). Brasília: CNJ, 2021.
- CEREZO MIR, José. El tratamiento penal de los delincuentes habituales. *Revista de derecho penal y procesal penal*, Buenos Aires, n. 12, p. 1091-1099, ago. 2005.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. Culpa y personalidad: para una reconstrucción ético-jurídica del concepto de culpabilidad en derecho penal. *Cuadernos de política criminal*, Madrid, n. 31, p. 5-38, 1987.
- DONNA, Edgardo Alberto. El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo: homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento. In: HIRSCH, Hans Joachim; CEREZO MIR, José; DONNA, Edgardo Alberto. *Hans Welzel en el pensamiento penal de la modernidade: homenaje en el centenario del nacimiento de Hans Welzel*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni, 2005.
- FERREIRA, Carolina Costa. *Discursos do sistema penal: a seletividade no julgamento dos crimes de furto, roubo e peculato nos Tribunais Regionais Federais do Brasil*. 1. ed. Curitiba: CRV, 2013.
- FROMMEL, Monika. Los orígenes ideológicos de la teoría final de la acción de Welzel. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*. Madrid, v. 2, n. 2, p. 621-632, maio-ago. 1989.

- FUZIGER, Rodrigo José. *Direito penal simbólico*. Curitiba: Juruá, 2015.
- JAKOBS, Günther. L'importanza di Welzel per l'attuale scienza del diritto penale. In: PAWLIK, Michael; CORNACCHIA, Luigi (Orgs.). *Hans Welzel nella prospettiva attuale – Fondamenti filosofici, sviluppi dogmatici ed eseti storici del finalismo penale*. Napoli: Editorial Scientifica, 2015.
- LISZT, Franz von. *La teoria dello scopo nel diritto penale*. Milano: Giuffrè, 1962.
- MARIN, Gustavo de Carvalho. *Verificação da proporcionalidade na interpretação do direito penal: análise da aplicação pelo Supremo Tribunal Federal 2011-2012*. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015. doi: 10.11606/D.2.2016.tde-17122015-082357. Acesso em: 19.01.2022.
- MARTINELLI, João Paulo Orsini; BEM, Leonardo Schmitt de. *Lições fundamentais de direito penal – Parte geral*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- MUNHOZ NETTO, Alcides. Criminosos habituais e por tendência. *Revista de Direito Penal*, Rio de Janeiro, 15/16, p. 18-33, jul.-dez. 1974.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro – Parte geral*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. v. 1.
- ROSA, Alexandre Moraes da. *Guia do processo penal estratégico* – De acordo com a Teoria dos Jogos e MCDA-C. Florianópolis: Emais, 2021.
- SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. *Plea bargaining* e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 155, ano 27, p. 229-264, maio 2019.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina. Reincidencia, habitualidad y profesionalidad en las últimas reformas penales. Especial referencia a la delincuencia patrimonial. *Estudios penales y criminológicos*, Santiago de Compostela, n. 33, p. 97-148, anual. 2013.
- SPONCHIADO, Jéssica Raquel. *Proteção penal da vida humana – Dos fundamentos metafísicos ao fundamento real*. São Paulo: LiberArs, 2019.
- SPONCHIADO, Jéssica Raquel. *Desafios da dogmática penal frente aos crimes patrimoniais na realidade socioeconômica brasileira*. 2015. 413 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Ciências Humanas e Sociais, Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Franca, 2015. Disponível em: [https://repositorio.unesp.br/bitstream/handle/11449/135984/000858405.pdf?sequence=1].
- TEIXEIRA, Paola Gabriele Inda et al. (In)viabilidade do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, ano 11, n. 27, p. 341-361, jul.-dez. 2020.
- WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán – Parte general*. 11. ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. *Da reincidência criminal*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2005.

YAROCHEWSKY, Leonardo Isaac. Delinquente habitual, por tendência e profissional no projeto “anticrime”: em algum lugar do passado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 10-12, abr. 2019.

ZABEL, Benno. Del hecho al conflicto? Sobre el cambio de función del Derecho penal de culpabilidad. *InDret – Revista para el Análisis del Derecho*, 01/2018. Disponível em: [<https://indret.com/del-hecho-al-conflicto-sobre-el-cambio-de-funcion-del-derecho-penal-de-culpabilidad/>].



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Apontamentos para a construção de um modelo único de responsabilidade penal, de Regina Geni Amorim Juncal – *RBCCrim* 172/161-206;
- A responsabilidade civil é independente da criminal, em termos: a propósito da contribuição da criminologia positivista à transformação da responsabilidade civil, de Maira Rocha Machado – *RBCCrim* 65/317-344, *Doutrinas Essenciais de Responsabilidade Civil* 1/403-427 e *Doutrinas Essenciais de Dano Moral* 4/407-431; e
- Constitucionalização penal e a criminologia crítica contemporânea, de Eduardo Moreira – *RDCI* 123/13-28.

CONTRIBUTO PARA A INTERPRETAÇÃO DAS FINALIDADES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – O SENTIDO E O ALCANCE DA EXPRESSÃO “REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO” NO ART. 28-A DO CPP

CONTRIBUTION TO THE INTERPRETATION OF THE PURPOSES OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT – THE MEANING AND SCOPE OF THE EXPRESSION “DISAPPROVAL AND PREVENTION” IN ART. 28-A, CPP

RODRIGO SÁNCHEZ RIOS

Doutor em Direito Penal e Criminologia pela *Università degli studi di Roma III – La Sapienza*. Professor de Direito Penal da PUC/PR. Advogado criminalista em Curitiba/PR.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/4079974860272595>].

ORCID: [0000-0001-9910-654X].

rodrigo@sanchezrios.com.br

VICTOR CEZAR RODRIGUES DA SILVA COSTA

Doutor em Direito pela PUC/PR. Mestre em Direito Penal pela UFMG. Professor de Direito Penal. Advogado criminalista em Curitiba/PR.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/9947142424896892>].

ORCID: [0000-0001-6010-6577].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133>].

victorsilva.costa@yahoo.com.br

Recebido em: 01.02.2022

Aprovado em: 07.04.2022

Última versão dos autores: 08.04.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a interpretação dada tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência à expressão “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, veiculada no art. 28-A do Código de Processo Penal, como requisito para a propositura do acordo de não persecução penal, incluído pela Lei 13.964/2019. O termo vem

ABSTRACT: This article aims to analyze the interpretation given by legal theory to the expression “provided that it is necessary and sufficient for reprobation and crime prevention”, conveyed in art. 28-A of the Code of Criminal Procedure as a requirement for proposing the non-prosecution agreement, included by the anti-crime law. The term has been filled with the meaning tending

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133>].

sendo preenchido com o sentido tendente a aumentar o âmbito de discricionariedade do órgão ministerial na propositura do acordo, o que não contribui com sua vocação político-criminal. Pleiteia-se, a partir de uma pesquisa bibliográfico-dedutiva, uma interpretação alternativa de forma a efetivar o seu potencial de alternativa penal.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Política criminal – Discricionariedade – Ministério Público – Alternativas penais.

to increase the scope of discretion of the prosecution in bringing the agreement, which does not contribute to its political-criminal vocation. Based on a bibliographic-deductive research, an alternative interpretation is claimed in order to realize its potential as a criminal alternative.

KEYWORDS: Non-prosecution agreement – Criminal policy – Discretion – Prosecution – Criminal alternatives.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Oportunidade e discricionariedade do Ministério Público na propositura do acordo de não persecução penal. 3. Finalidades do acordo de não persecução penal. 4. Alcance e limite da expressão *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime* no art. 28-A do CPP. 5. Considerações finais. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Nada obstante os acordos sobre o processo já se fazerem presentes na sistemática nacional há mais de 20 anos, apenas para citar a transação penal e a suspensão condicional do processo, o incremento de novos dispositivos negociais merece atenção destacada, nomeadamente a partir da introdução do acordo de não persecução penal, pela Lei 13.964/2019. Não só porque afetam a forma clássica de resolução de casos penais por meio da possibilidade de produção probatória e da decisão sobre a verdade dos fatos, mas também diante da alteração substancial no rol de princípios aplicáveis tanto ao processo penal quanto à dogmática dos pressupostos do fato punível.

Em última análise, trata-se de um mecanismo de política criminal tendente a simplificar a lógica burocrática da efetivação do direito material, decorrente de uma ideia preventivo-utilitarista, e com potencial de expansão ainda maior. Como expressão de diversificação da pena e efetivação do princípio da intervenção mínima, tem grande potencial resolutivo para a pequena e média criminalidade. Entretanto, ao se tratar da grande e complexa criminalidade, a envolver crime organizado, delitos econômico-empresariais de grande expressão monetária e ilícitos de proporção midiática, tem alta probabilidade de se degenerar em mecanismos de simples supressão de garantias, desequilibrando a paridade de armas própria de um processo que se pretende acusatório¹.

1. Apenas para citar dois princípios: culpabilidade (ao assumir a responsabilidade por terceiro) e publicidade (ao se negociar dentro de gabinetes, sem o necessário controle do processo de formalização).

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133].

A presença desses novos dispositivos de justiça negocial, como o acordo de não persecução penal, justifica a necessidade de debates sérios a respeito da implementação e alargamento de institutos congêneres para o ordenamento jurídico brasileiro. Entre os principais pontos controvertidos, pode-se apontar a alegada discricionariedade do Ministério Público em propor o instituto, invocando, sobretudo, a expressão contida no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, qual seja, apenas quando o acordo seja *necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. Sintomáticas são algumas decisões do próprio Supremo Tribunal Federal em referendar tal entendimento, admitindo ao Ministério Público a faculdade de não propor o acordo quando a estratégia político-criminal adotada pela instituição demonstrar não atender a medida diversificadora e os padrões preventivos almejados.

Essa foi a conclusão do Ministro Alexandre de Moraes, a partir de um acórdão da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 191.124 de Rondônia. Para o magistrado, o acordo de não persecução penal é um novo instrumento de política criminal para racionalizar a atuação do titular da ação penal, no marco de uma discricionariedade mitigada. Por esse motivo, há uma faculdade do órgão ministerial em optar pelo oferecimento do acordo, mesmo quando preenchidos os requisitos objetivos. De igual forma, se entender que, no caso concreto, o acordo não se mostrar necessário e suficiente para prevenção e reprovação da infração pode deixar de oferecê-lo. Os requisitos legais são condições necessárias para o acordo, porém, não suficientes para impor seu oferecimento por parte do *parquet*².

Contudo, essa interpretação, encampada em certa medida também por parte da doutrina³ não alcança o verdadeiro sentido almejado pela norma veiculada no art. 28-A do CPP. Isso porque, de um lado, aumenta sobremaneira a abrangência da discricionariedade do Ministério Público para a propositura do acordo e, de outro, inviabiliza sua vocação político-criminal de se mostrar como medida alternativa à pena privativa de liberdade. Um detido escrutínio sobre o limite e o alcance da discricionariedade do órgão acusador à luz das finalidades de tal acordo é indispensável para obter o maior ganho prático do instituto e, com isso, ser capaz de constituir uma alternativa factível ao sobrecarregado sistema criminal.

2. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AgRg no HC 191.124, rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, 1ª T., j. 08.04.2021, *DJe*-069 13.04.2021.

3. Vide, por todos, o importante trabalho de CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, 2020, p. 93 e ss. O autor considera a necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime como requisito objetivo para a propositura do acordo de não persecução penal.

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbcrim.v191in.%20191.133].

2. OPORTUNIDADE E DISCRICIONARIEDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROPOSITURA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Anunciada como solução para a crise do princípio da obrigatoriedade, a adoção da oportunidade não pode ser vista como panaceia de todos os males da justiça criminal. Na linha do defendido por Teresa Armenta Deu, pode ser apontada como bom ou melhor remédio, mas não exclui a necessidade de se pensar uma melhoria geral da administração da justiça penal em meios pessoais e humanos, a descriminalização de determinadas condutas e, com ela, a eliminação do processo para sua persecução etc.⁴. Assim sendo, continua a autora, o princípio da oportunidade surge diante da incapacidade da administração da justiça em cumprir seus objetivos manifestos. De forma similar à pena, sua introdução no sistema deve ser entendida como um mal necessário, ou, em outras palavras, utilizada quando não exista outro remédio melhor⁵.

Não se pode pretender, com a oportunidade, ter como única finalidade a aceleração da resposta jurisdicional ou a eficiência em sua prestação. Os princípios e as garantias fundamentais atinentes ao processo também devem ter peso na equação. Isso importa, para Teresa Armenta Deu, que as tendências de política criminal e as finalidades do próprio direito penal sejam observados como pontos de referência obrigatórios a indicar possíveis aberturas metodológicas⁶. Se, de um lado, a obrigatoriedade tem como pressuposto a igualdade perante a lei, a desigualdade inaugurada pela oportunidade deve, de toda forma, ser racionalmente fundamentada e constitucionalmente legítima⁷.

Para os defensores da utilidade do princípio da oportunidade, este é apontado como justificável para o enfrentamento de delitos nos quais haja escassa lesão social e indiquem a falta de um interesse público na persecução em geral, de modo a estimular a célere reparação da vítima e evitar os efeitos criminógenos do cárcere, favorecendo a ressocialização do acusado⁸.

Por certo, a obrigatoriedade, como comumente nomeada pela doutrina nacional, na linha de como atualmente se coloca no sistema processual, não pode ser concebida de forma absoluta pelo sistema, submetendo-se às questões peremptórias, como a prévia existência das condições da ação e dos pressupostos

4. ARMENTA DEU, Teresa, 2017, p. 113.

5. ARMENTA DEU, Teresa, 2017, p. 114.

6. ARMENTA DEU, Teresa, 2017, p. 114.

7. ARMENTA DEU, Teresa, 2017, p. 115.

8. ARMENTA DEU, Teresa, 2017, p. 116.

processuais⁹. Ao se admitir a necessidade de abandonar a perseguição de certas condutas qualificadas como delitivas, concordamos com Alberto Binder para quem torna-se indispensável a elaboração de uma *política de intervenção da justiça penal na complexidade social*¹⁰, fixando de modo claro seus critérios de seleção e, com isso, a divisão de tarefas diante das diversas formas de solução de conflitos¹¹.

Seria possível pensar uma diferenciação entre a legalidade, como dever funcional do MP de um lado, e, de outro, a obrigatoriedade, como hipóteses nas quais caberia certo poder de formular juízos por parte do órgão acusador¹². Partindo dessa perspectiva, Vasconcellos contrapõe a ideia de oportunidade à de obrigatoriedade, mas não à de legalidade. Enquanto esta pressupõe a atuação de agentes públicos em conformidade com a lei, entende-se obrigatoriedade como o dever das instituições estatais de perseguirem todo indício de infração penal. Assim, a oportunidade estaria ligada ao não oferecimento de denúncia nas hipóteses de fundada suspeita do delito¹³. Nesse último caso, se permitiria ao *parquet* a análise concreta sobre aduzir a acusação quando esta pudesse causar maior dano que vantagem ao interesse público, dada a pequena gravidade de uma lesão, excessivo volume de trabalho do Judiciário ou escassa finalidade preventiva da pena¹⁴.

Ao exercer sua função legislativa, o Estado pode prever situações nas quais determinados crimes, ainda que tipificados, possam ser perseguidos e castigados a depender do interesse de quem assim o deseje. Nessa perspectiva, o legislador delimita a esfera de seu poder discricionário, fazendo política criminal, e afetando, no âmbito do processo penal, a regulação da oportunidade¹⁵. Note-se que tal discricionariedade não pode ser confundida com arbitrariedade, mas concessão de uma faculdade legal na direção de certa finalidade¹⁶. Nesse sentido, Vinicius Vasconcellos reconhece a possibilidade de o órgão acusador se abster de dar ensejo à perseguição, seja por fundamentos econômicos, utilitários ou

9. COUTINHO, Jacinto, 1998, p. 185.

10. BINDER, Alberto, 2017, p. 159.

11. BINDER, Alberto, 2017, p. 159.

12. COUTINHO, Jacinto, 1998, p. 185. Nesse sentido, CAEIRO, Pedro, 2002, p. 48.

13. VASCONCELLOS, Vinicius, 2018, p. 46-47.

14. COUTINHO, Jacinto, 1998, p. 185. Cf. também DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 131.

15. GIACOMOLLI, Nereu, 2006, p. 65.

16. COUTINHO, Jacinto, 1998, p. 185.

político-criminais, nos exatos limites permitidos pela lei. Poder-se-ia conceber, portanto, uma *oportunidade legalmente regulada*¹⁷.

Isso não se confunde, é imperioso esclarecer, com as situações nas quais não haja dever de atuar por parte do Ministério Público, classificado erroneamente por parte da doutrina como legalidade mitigada. Tais são as hipóteses do arquivamento do inquérito, da representação nos delitos de ação penal pública condicionada ou da queixa nas ações penais de iniciativa privada, por exemplo. Em tais circunstâncias, como aponta Afrânio Silva Jardim, não há propriamente um dever de agir por parte do órgão ministerial, justamente pelo fato de tal dever pressupor a existência de indícios de autoria e materialidade aptos a embasar o caso penal¹⁸. De fato, quando a ação penal é condicionada pela vontade de uma das partes, não se trata especificamente de uma manifestação do princípio da oportunidade, mas, sim, do reconhecimento do princípio dispositivo que, tal qual rege o processo civil, também é dotado de certa expressividade no processo penal¹⁹.

A partir dessas situações limítrofes, Teresa Armenta Deu propõe uma classificação da oportunidade em duas frentes diversas²⁰. Uma primeira, sua expressão mais ampla, é aquela a qual se refere Jardim, para quem a previsão da discricionariedade, outorgada pelo legislador ao Ministério Público em casos específicos, não afasta nem nega vigência ao princípio da obrigatoriedade no processo penal. A obrigatoriedade continuaria a operar em sua plenitude de vigência²¹. Não é considerado como mitigação da legalidade, mas, sim, se está ante uma permissão legal para hipóteses de sua não incidência, a depender da relevância e da gravidade da hipótese concreta. O exercício da ação penal é temperado por uma determinada política de justiça ou de recursos necessários a fazê-la efetiva, por meio da exclusão da persecução quando presentes determinadas circunstâncias objetivas e subjetivas²². Nesse contexto se incluiriam os acordos de não persecução penal.

O dever de exercer a ação penal surge quando se está diante de uma situação fática ensejadora de sua obrigatoriedade, isto é, quando os elementos informativos do inquérito permitirem concluir pela possível ocorrência de um crime.

17. VASCONCELLOS, Vinicius, 2018, p. 51. No mesmo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2007, p. 71.

18. JARDIM, Afrânio Silva, 1994, p. 53.

19. ARMENTA DEU, Teresa, 2013, p. 453 e ss. Reproduzindo-a, DE-LORENZI, 2021, p. 57.

20. ARMENTA DEU, Teresa, 2013, p. 453 e ss.

21. Nesse sentido, ARMENTA DEU Teresa se refere à oportunidade regrada. Vide: ARMEN-
TA DEU, Teresa. 2013, p. 453 e ss.

22. ARMENTA DEU, Teresa, 2013, p. 453 e ss.

De outra sorte, não pode prever a norma, concomitantemente, um dever legal de atuar de um lado e um poder discricionário de outro. Seria, pois, uma contradição em seus próprios termos²³. Por isso, a importância de a própria lei prever as hipóteses de incidência da permissão. Por essa razão, a oportunidade deve sempre manter um vínculo com a legalidade por meio da previsão de pressupostos de sua autorização. Uma discricionariedade completamente desvinculada de parâmetros legais, ao livre critério do membro do Ministério Público, é suscetível de corromper as finalidades do processo e prejudicar a defesa dos direitos e das garantias fundamentais do imputado²⁴.

Sob uma perspectiva inversa, poder-se-ia falar em uma oportunidade em sentido estrito, segundo a qual seria invocada em determinados casos, quando a ação penal estivesse sob a discricionariedade quase ilimitada do membro do Ministério Público, aos moldes do que sucede com os modelos de *plea bargaining* norte-americano. Nesses casos, segundo Teresa Armenta Deu, a oportunidade é a regra por não vigorar o princípio da legalidade²⁵. Em um sistema como o brasileiro, a universalização desse pressuposto encontraria alguns problemas de execução, de um lado, ante a oficialidade do exercício da ação penal por parte do órgão ministerial (art. 42 do CPP²⁶), e, de outro, pela ausência de regulamentação legal dos acordos sobre a sentença²⁷.

Em relação à necessidade de previsão legal para a implementação dos acordos sobre a sentença, Bernd Schünemann chama a atenção para seu funcionamento no sistema processual alemão. Tais mecanismos passaram a ser admitidos pela prática forense, independente de uma previsão legal, a partir da década de 1970²⁸. Isso se deu ante a necessidade de uma resposta ao aumento da complexidade das provas exigidas para delitos igualmente complexos, sobretudo diante da expansão das normas penais, do próprio direito de defesa e de toda a estrutura recursal a ele atinente²⁹. É indispensável fixar os limites de admissibilidade

23. JARDIM, Afrânio Silva, 1994, p. 53.

24. ARMENTA DEU, Teresa, 2013, p. 453 e ss.

25. ARMENTA DEU, Teresa, 2013, p. 453 e ss. No mesmo sentido, ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2007, p. 70.

26. Art. 42. O Ministério Público não poderá desistir da ação penal.

27. Sobre uma perspectiva limitada de admissão de acordos sobre a sentença, vide: DE-LORENZI, Felipe, 2021, p. 57 e ss.

28. SCHÜNEMANN, Bernd, 2005, p. 100.

29. O tema foi levado à análise ao Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht – BverfG*), que julgou constitucionais os acordos sob certas condições (*BvR 1133/86*), bem

dos acordos sobre a sentença, a fim de se evitar abusos em uma sistemática sem regras³⁰. Isso porque há princípios indisponíveis em jogo no sistema de justiça criminal, em especial, o da culpabilidade, da presunção de inocência, da imparcialidade, e do devido processo como um todo³¹.

No Brasil, *mutatis mutandis*, similar complicador foi um dos principais argumentos de ilegitimidade quando da edição da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, ao instituir a possibilidade do oferecimento de acordos de não persecução penal por meio de uma norma administrativa, quando do início do processo expansivo da justiça penal negocial. Na ocasião, tentou-se reconhecer a instituição como agente de política criminal do Estado, tendo competência normativa para orientação de seus membros, nos termos do art. 130-A, § 2º, I, da Constituição Federal. Recorrendo à decisão do STF na ADC na MC 12, tentou-se justificar a possibilidade de editar normas cogentes de política criminal pelo fato de, como as resoluções do CNJ possuíam um caráter normativo primário, as editadas pelo CNMP também deveriam ter, por analogia³². Ainda, na tentativa de suplantar seu déficit de legitimidade legal, afirmou-se ter natureza jurídica de *arquivamento condicionado ao cumprimento de obrigações não penais*, fundado no então art. 28 do Código de Processo Penal³³.

Em contrapartida, notem-se as subseqüentes tentativas do legislador brasileiro em introduzir os acordos sobre a pena na legislação processual. Assim o foi com a proposta do art. 395-A do chamado *projeto anticrime*, segundo o qual o Ministério Público ou o querelante e até o próprio acusado, posteriormente ao recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, poderiam requerer, mediante acordo, a aplicação imediata das penas, sempre assistido por

como ao Tribunal Federal de Justiça (BGH), que o julgou admissível ante uma aplicação analógica do dispositivo da suspensão do processo sob condições (§ 156a StPO), em 1997. Essa decisão foi reafirmada em 2005 pelo Grande Senado Criminal do BHG. Os requisitos jurisprudenciais apenas foram transformados em lei positiva em 2009, com a introdução do § 257c no Código de Processo Penal alemão (StPO). Sobre a história da incorporação dos acordos no ordenamento processual alemão. Vide: DE-LORENZI, Felipe, 2021, p. 95-98.

30. SCHÜNEMANN, Bernd, 2005, p. 100.

31. Como fixou a decisão de 2013 do Tribunal Constitucional alemão ao julgar reclamações constitucionais sobre acordos firmados com fundamento no § 257c do StPO. Vide: DE-LORENZI, Felipe, 2021, p. 98. Cf., outrossim, BRANDÃO, Nuno, 2015, p. 171-173.

32. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, 2020, p. 30.

33. ARAS, Vladimir, 2020, p. 322.

seu defensor³⁴. Hipótese semelhante já havia sido aventada pelo projeto de novo Código de Processo Penal, em trâmite perante a Câmara dos Deputados, que em seu art. 283 prevê, sob a rubrica de procedimento sumário, a possibilidade de aplicação imediata da pena, com efeitos de sentença condenatória (§ 8º)³⁵.

Não se pode concordar, no entanto, com parcela da doutrina que enxerga sempre malefícios em um certo grau de discricionariedade atribuído ao Ministério Público para exercitar a ação penal³⁶. O não exercício da ação penal quando presentes seus requisitos deve ser sempre exceção, sujeita a requisitos previamente determinados e atender necessariamente a uma certa política criminal com pretensão de racionalização do sistema punitivo. Caso contrário, aí sim, será uma afronta infundada ao princípio da legalidade e da impessoalidade na administração da justiça.

O próprio Jorge de Figueiredo Dias, recentemente alterou seu posicionamento. Em seu curso de Direito Processual Penal de 1984 chegou a afirmar estar o princípio da oportunidade ligado, ao mais das vezes, a experiências totalitárias, revelando-se sua aceitação com enorme perigo para as realidades democráticas, quando submete o exercício da função punitiva do Estado a tentações de parcialidade e arbítrio³⁷. Entretanto, em uma conferência proferida em 2010 perante a Ordem dos Advogados de Portugal, posteriormente publicada em forma de livro, sustentou uma nova roupagem do processo penal democrático, devendo este assumir um incremento das estruturas de consenso em detrimento das formas de conflito entre os sujeitos processuais³⁸. Isso para tentar contornar a crise de credibilidade atravessada pela justiça criminal, permitindo, com isso, uma *eficiência funcionalmente orientada*, indispensável para fornecer respostas à sobrecarga do Judiciário, mas sem deixar de lado os princípios constitucionais de um Estado Democrático de Direito³⁹.

34. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. Projeto de Lei Anticrime. Disponível em: [www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549284631.06/projeto-de-lei-anticrime.pdf]. Acesso em: maio 2021.

35. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto do novo Código de Processo Penal. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=node014q6v31psxsl1uq28eoswx63b4423563.node0?codteor=1638152&filename=PL+8045/2010]. Acesso em: maio 2021.

36. Sobretudo JARDIM, Afrânio Siva, *Ação penal pública*, op. cit., p. 57.

37. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 129-130.

38. DIAS, Jorge de Figueiredo, 2011, p. 16. No mesmo sentido, BRANDÃO, Nuno, 2015, p. 161 e ss.

39. DIAS, Jorge de Figueiredo, 2011, p. 16.

Ao sistematizar as posições até aqui apresentadas, pode-se concluir pelo pouco ganho prático em se definir a oportunidade como mera negação do princípio da legalidade (obrigatoriedade) ou, ainda, como hipótese intermediária na forma de legalidade ou oportunidade mitigada ou regrada. É perfeitamente possível, e aí se concorda com Binder, discutir a oportunidade sem se recorrer à legalidade. E isso pode ser feito a partir de duas perspectivas: 1. a primeira, em uma dimensão ligada à política criminal; e 2) a segunda sob o panorama da administração da justiça penal, como uma organização com recursos limitados⁴⁰.

1. Em relação ao primeiro horizonte de análise, a oportunidade está diretamente relacionada ao princípio da intervenção mínima. É preciso analisar tal princípio com maior transcendência, ultrapassando seu papel de mera advertência moral ao legislador, tendo em vista a limitação de sua liberdade para editar quantas leis lhe aprouver⁴¹, de forma a dar satisfação às suas bases eleitorais. De fato, deve-se sustentar sua irradiação a todo o sistema de justiça criminal. E, a partir dessa constatação, é possível fundar o princípio da oportunidade sobre o princípio da *ultima ratio*⁴².

Assaz paradigmático, portanto, sustentar a incidência de certa margem de discricionariedade no exercício da ação penal, como forma de racionalizar o sistema punitivo e garantir a reserva de jurisdição para casos condizentes a situações legítimas de criminalização. Em outros termos, efetiva-se o princípio da intervenção mínima por meio do processo penal, ao reconhecê-lo como regulador de uma política criminal de base democrática⁴³. Não é demais rememorar: o legislador

40. BINDER, Alberto, 2017, p. 160.

41. BINDER, Alberto, 2017, p. 160.

42. Assim, BINDER, Alberto, 2017, p. 161.

43. Sobre as hipóteses legítimas de criminalização, não é possível, justamente pelos contornos do objeto do presente trabalho, avançar em relação à teoria do bem jurídico ou às hipóteses constitucionais sob as quais se assentam os princípios da necessidade e da subsidiariedade. Quando se designa sobre a legitimidade da criminalização refere-se, sobretudo, àquelas situações atinentes ao direito penal nuclear onde haja um bem jurídico identificável e que a lesão ou perigo de lesão para tal bem jurídico correspondam a um dano social intolerável. Situações de ínfimo dano social, abarcadas pelo princípio da insignificância, ou aquelas nas quais o dano seja de pequena ou média monta poderiam ser facilmente resolvidas por vias alternativas. Sobre a teoria do bem jurídico vide: BECHARA, Ana Elisa, 2015. *passim*. Ainda BADARÓ, Tatiana, 2016. *passim*. Sobre a necessidade de se repensar o sistema de sanções à luz do grau de lesividades dos delitos previstos na legislação, a reforma penal de 1984 iniciou a discussão ao assentar a possibilidade de medidas alternativas às penas privativas de liberdade a partir do *quantum* da pena, permitindo sua substituição por penas restritivas de direitos naqueles crimes cuja

penal rende-se facilmente a discursos populistas e midiáticos no momento de criminalizar condutas. A pauta punitiva representa um capital político altamente lucrativo, tanto em vertentes ideológicas à direita quanto à esquerda⁴⁴. Isso gera um descompasso em relação ao sistema penal como um todo, a ser resolvido, sem dúvida, pelas agências penais de controle.

Por isso mesmo, a fim de esclarecer os contornos do princípio da *ultima ratio*, deve-se buscar seu fundamento a partir de dois critérios: de um lado, como limite externo à política criminal, fundado na ideia da racionalização da violência e do balizamento das ações do Estado no controle da criminalidade, e, de outro, como padrão de eficiência, ao se definir como limite interno da política criminal, recorrendo a critérios como utilidade do uso da violência e do respaldo da ineficácia de outros meios a lhe darem suporte⁴⁵.

2. No tocante à segunda perspectiva de análise, vem à tona a questão sobre a efetividade do processo penal, diretamente relacionada à quantidade de casos colocados à apreciação diária do Poder Judiciário. Há muito se destaca a grave realidade da administração da justiça criminal, em especial, a brasileira. A busca de soluções para destravar o sistema penal deve passar por todas as suas esferas de atuação: da legislação às agências penais de controle; do direito material ao direito processual. A própria credibilidade do sistema punitivo se coloca em xeque quando não apresenta soluções satisfatórias para a grave criminalidade, refletindo uma sensação social de insegurança e impunidade⁴⁶.

pena concretamente aplicada não ultrapassasse quatro anos e que o crime não tivesse sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa (art. 44 do CP). Seguiu-se a isso a incorporação dos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo, pela Lei 9.099/1995, nos quais, os limites seriam o máximo de dois anos da pena abstratamente cominada (Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa) e o mínimo de um ano de pena abstratamente cominada (art. 89), respectivamente. Nos acordos de não persecução penal, por sua vez, o legislador estipulou como baliza a pena mínima não superior a quatro anos, abstratamente considerada, e quando o crime não seja praticado com violência ou grave ameaça (art. 28-A, *caput*, do CPP). Foge aos propósitos desse trabalho construir uma tipologia geral de classificação da criminalidade em pequena, média ou grave, que ainda pende de discussão na doutrina brasileira. Em que pesem as balizas fixadas pelo legislador sejam mais intuitivas que racionais, satisfazem para o raciocínio aqui construído.

44. Vide, sobretudo, o estudo de KARAM, Maria Lúcia, 1996, p. 79 e ss.

45. Proposta de BINDER, Alberto, 2017, p. 162.

46. JARDIM, Afrânio Silva, 1994, p. 59.

Sem embargo, não se pode esperar muito do legislador penal (material) em concretizar os princípios liberais aptos a limitar o exercício do poder punitivo. A efetivação do princípio da lesividade no âmbito exclusivo do direito penal, como sustentam alguns autores⁴⁷, parece uma realidade distante quando se fala em descriminalização, por exemplo. Veja-se, apenas em nível de elucidação, que a pauta conservadora do Congresso Nacional demandou postura ativa do Supremo Tribunal Federal em questões como a permissão do aborto de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF) e a descriminalização do uso e porte de substâncias entorpecentes (art. 28 da Lei 11.343/2006)⁴⁸, apenas para citar casos mais representativos.

De todo modo, sob qualquer pretexto teórico sob o qual se pleiteie a justificação da adoção do princípio da oportunidade no processo penal, o ponto crucial a ser apontado como constante é o da especial margem de discricionariedade aberta aos membros do Ministério Público, na análise da persecução concreta de um caso penal. O papel da crítica parece o de apontar os limites estritos sob os quais essa discricionariedade será exercida no tocante ao exercício da ação penal, identificando os critérios específicos e rígidos quanto a sua aplicabilidade, e outro, ao controle interno e externo do próprio órgão ministerial, mas também do Judiciário.

Como aponta Bernd Schünemann, ao comentar a introdução dos acordos penais na Alemanha, os verdadeiros problemas atinentes ao alargamento das hipóteses de oportunidade não se encontram em seus fundamentos, mas em seu controle e em seus limites. O Ministério Público passa de titular da ação penal àquele que decide sobre a vida ou a morte da persecução penal. Com o aumento do poder inerente ao seu âmbito de atribuições, via de consequência, deve haver um aumento de seu controle e fiscalização⁴⁹. No caso do acordo de não persecução penal, parte do problema é solucionado com o requisito da homologação judicial, que não deve se limitar, de todo modo, a seus aspectos formais, mas também em relação aos seus efeitos preventivos e retributivos⁵⁰. O mesmo não

47. JARDIM, Afrânio Siva, 1994, p. 59. Considerar ser a efetivação da insignificância um papel adstrito somente ao legislador é cair no erro interpretativo segundo o qual o direito penal não pode ser corrigido por padrões de política criminal que não estejam previstos em lei, mesmo quando for possível sua aplicação em benefício do acusado.

48. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE 635.629/SP, rel. Min. Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 08/12/2011. Publicação: 09/03/2012.

49. SCHÜNEMANN, Bernd, 2005, p. 105.

50. Na sistemática portuguesa, ao dissertar sobre uma possível adaptação do sistema de acordos alemão em sua própria realidade, Nuno Brandão (2015, p. 175) recorre ao que

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133].

sucede de forma tão simples nos acordos sobre a sentença, mas esse já é objeto de outro trabalho⁵¹.

O controle se justifica exatamente pela necessidade de evitação do chamado *overcharging*, tão debatido no processo penal americano, isto é, na estratégia do Ministério Público em inflar a acusação, imputando ao investigado um crime cuja punição possa ser maior do que aquela em decorrência do fato efetivamente cometido, na esperança de, ao risco de ser condenado a uma pena muito maior, induzir o processado à renúncia de seu direito ao processo e, conseqüentemente, confessar ou assumir a culpabilidade em troca de uma sanção diminuída⁵². O efeito da medida é sentido na prática, ao se constatar que 95% dos casos criminais nos EUA são resolvidos por meio de *plea bargaining*⁵³.

Ao defender uma postura ativa do Ministério Público na configuração de uma política criminal institucional, Paulo Busato considera não poder o órgão ministerial assumir uma postura de mero aplicador cego da lei ou de *despachante criminal*. Ao ter em conta que a atividade legislativa sempre se encontra atrasada em função da evolução social e tecnológica, pugna pela necessidade de o Ministério Público tomar frente pela responsabilidade da política criminal, estabelecendo escolhas adequadas ao tempo e alterando seu posicionamento quanto à aplicação sistemática da lei⁵⁴. Seguindo a mesma linha, Aras reconhece a maturidade do Ministério Público em exercitar a política criminal do Estado, implementando os instrumentos negociais no ordenamento processual penal pátrio, não só como seu executor, mas também como planejador⁵⁵. Submetendo-se o órgão

define como *jurisprudência de cautelas*. Sobre ela, continua: “de forma a diminuir o risco de punição de um inocente, impõe-se, a nosso ver, que o juiz verifique se o processo se encontra instruído com meios de prova que apontem claramente para a responsabilidade penal do arguido e ainda que este, mais do que declarar presencialmente diante do juiz a sua disponibilidade para aceitar uma pena privativa da sua liberdade, faça acompanhar essa sua concordância de uma confissão credível dos factos [sic] que lhe são imputados na proposta sancionatória do Ministério Público.”

51. Imperioso verificar as conclusões de DE-LORENZI, Felipe, (2021. *passim*) sobre os acordos sobre a sentença.

52. HUSAK, Douglas, 2013, p. 65.

53. HUSAK, Douglas, 2013, p. 65. Sobre o instituto do *guilty plea*, Milton Heumann esclarece que, em um incremento vertiginoso a partir da segunda metade do século XX, estima-se representar uma porcentagem de 85 a 90% das condenações criminais nos Estados Unidos. Cf. HEUMANN, Milton, 1978, p. 24.

54. BUSATO, Paulo, 2011, p. 67-69.

55. ARAS, Vladimir, 2020, p. 308.

acusatório aos princípios do regime jurídico-administrativo, seus atos seriam dotados de discricionariedade para escolher a melhor solução a atender ao interesse público, sujeito ao controle judicial⁵⁶.

No entanto, isso esbarra na legitimidade do Ministério Público em estabelecer uma política criminal própria. Pelo mesmo fato de, como agente público, estar sujeito ao regime jurídico-administrativo, deve se submeter à legalidade, estando sempre na dependência de uma atividade positiva prévia do legislador. O sistema normativo chileno, por exemplo, prevê na Lei Orgânica Constitucional do Ministério Público (LOCMP), em seu art. 17, que o Fiscal Nacional, equiparável ao Procurador-Geral, tenha poder normativo, isto é, a faculdade de produzir instrumentos de regulação com efeitos vinculantes, dentro de certas margens de competência⁵⁷. Em outras palavras, o Ministério Público teria força e prerrogativa para ditar certas propostas de política criminal. O mesmo não sucede no ordenamento jurídico brasileiro.

3. FINALIDADES DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como normalmente repisado pela doutrina pátria, a finalidade precípua do processo penal democrático é a de reconstruir um fato histórico por meio de provas legal e constitucionalmente admitidas⁵⁸. Atribui-se a James Goldschmidt a ideia segundo a qual o processo deve se destinar a uma finalidade meramente intraprocessual, não se colocando à dependência do direito material (objeto do processo), mas sim partindo de sua independência, funcionando como um influxo exercido sobre o direito substantivo⁵⁹. Para o autor, o processo constitui o procedimento pelo qual se almeja construir a coisa julgada, isto é, que uma pretensão seja judicialmente reconhecida como fundada ou não fundada⁶⁰.

De forma crítica, acusa-se esse pensamento de um certo tipo de formalismo pelo qual se supervaloriza o peso da segurança jurídica sobre outros valores que também deveriam guiar o processo penal. Ao lado da reconstrução histórica dos fatos, Figueiredo Dias aponta como finalidade do processo a abstrata ideia da

56. ARAS, Vladimir, 2020, p. 309-310.

57. Vide NAVARRO DOLMETSCH, Roberto, 2017, capítulo 1.

58. Para Jorge de Figueiredo Dias (1974, p. 46), “o processo penal, longe de servir apenas o exercício de direitos assegurados pelo direito penal, visa a comprovação e realização, a definição e declaração do direito do caso concreto, hic et nunc válido e aplicável”.

59. GOLDSCHMIDT, James, 2010, p. 821.

60. GOLDSCHMIDT, James, 2010, p. 822.

realização da justiça⁶¹. Tal concepção apenas se concretiza quando se delimita em torno do conceito justiça não só funções intrassistemáticas, de decisões tomadas por meio de procedimentos válidos e admissíveis, como também a necessidade de os vereditos serem justos conforme o direito material, correspondendo aos fatos declarados, a fim de se tornarem seguras e estáveis pela força do direito declarado⁶².

Isso serve para demonstrar, primordialmente, não ter o processo penal uma única finalidade. A partir de um ponto de vista antipositivista, há muito se sabe ser o conhecimento histórico e socialmente determinado⁶³. E isso não é diferente na seara da persecução. A fim de elucidar o movimento de reforma do processo penal na América Latina nos últimos 30 anos, Máximo Sozzo assevera ter a justiça criminal procurado efetivar diferentes programas ante as exigências do tempo e da sociedade⁶⁴. E cada um desses projetos procurou atingir distintos objetivos para uma nova justiça penal. O primeiro diz respeito a uma *justiça garantista*, pautada em uma maior capacidade de proteger e respeitar garantias e direitos não só dos acusados, mas também das vítimas do delito. O segundo, a uma *justiça transparente*, ao garantir amplo acesso às informações atinentes às instituições estatais, incremento de processo oral e abertura dos procedimentos para conhecimento e controle dos cidadãos. E, por fim, um programa de *justiça eficiente*, demandando celeridade em seu funcionamento, incremento à eficácia e eficiência ao proporcionar soluções ao maior número de casos em menor tempo e menor gasto⁶⁵.

No Brasil, especialmente no intervalo dos últimos 30 anos, não houve espaço para uma reforma global do processo penal, em que pese haja desde 2010 um projeto de novo CPP tramitando no Congresso Nacional⁶⁶. Interessante notar, todavia, as várias reformas pontuais frustradas em implementar de forma concreta um tão almejado sistema acusatório, inobstante a Lei Anticrime tenha gastado em vão palavras para afirmar, em um art. 3º-A do diploma processual, ter

61. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 43.

62. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 49.

63. Sobre uma visão explanatória da sociologia do conhecimento, principalmente a partir do séc. XIX, vide: LÖWY, 2015, p. 22 e ss.

64. SOZZO, Máximo, 2021, p. 9.

65. SOZZO, Máximo, 2021, p. 9.

66. CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei 8.045/2010. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263]. Acesso em: 07.07.2021.

o processo pátrio uma estrutura eminentemente acusatória. No entanto, nesse meio-tempo, surgiram os Juizados Especiais Criminais, a reforma dos procedimentos, a edição de medidas cautelares alternativas à prisão preventiva, a sistematização do instituto da colaboração premiada e, o que aqui nos interessa, o incremento da justiça negocial por meio da introdução dos acordos de não persecução penal.

Tal panorama serve para demonstrar o fato de, no Brasil, os diferentes programas para a implementação de uma nova justiça criminal, apontados por Máximo Sozzo, foram, em grande medida, concorrentes e cumulativos, tendo coexistido com diversas combinações e balanços nas últimas décadas⁶⁷. Esses diferentes esquemas de reforma correspondem, com efeito, a diversos programas de política criminal, aptos a demonstrar, de uma forma ou de outra, atenderem às finalidades do processo penal sempre com fins político-criminais. Depois da Constituição de 1988, com forte matriz acusatória, é possível afirmar uma prevalência de um programa garantista com o fim de compatibilizar o diploma processual de 1941 com as aspirações democráticas dos novos tempos. De outra sorte, desde o final dos anos 90, com a alegada crise da justiça burocrática e sua incapacidade de lidar com o alto volume de trabalho, o movimento parece ter se direcionado, com a maior expressividade, rumo a um propósito de eficiência, com tons marcadamente gerenciais⁶⁸.

A justiça da decisão, a qual se refere Figueiredo Dias, também depende de a prestação jurisdicional ser prolatada em prazo razoável. Isso sem se negar a paridade de armas, a ampla defesa, o contraditório; em suma, as garantias das partes para provarem suas alegações em juízo⁶⁹. Não se deve deixar de lado a segurança jurídica, em geral, e a segurança do processo, em particular. A ideia de instrumentalidade constitucional, defendida por autores como Aury Lopes Jr., passa por essa premissa: considerar o processo penal como instrumento a serviço da máxima eficácia dos direitos e das garantias do mais débil a ele submetido⁷⁰. O Estado, como guardião da legalidade, não pode descumprir as regras do jogo democrático.

Isto posto, indiscutível o processo penal dever se conformar à lógica constitucional, afinal é dela dependente, tanto em termos de validade formal quanto

67. SOZZO, Máximo, 2021, p. 10.

68. De forma análoga à realidade argentina, cf. SOZZO, Máximo, 2021, p. 10.

69. LOPES JR., Aury, 2018, p. 44.

70. LOPES JR., Aury, 2018, p. 47.

material. Aliás, inegável a identificação do direito processual penal, como faz Roxin, como *sismógrafo da Constituição*⁷¹: cada modificação no sistema político reflete-se imediatamente nas transformações do processo penal. Entre os diversos fins perseguidos pela persecução penal, podendo-se citar a apuração da responsabilidade de um sujeito culpável, a proteção de um inocente, a formalidade do procedimento contra arbitrariedades e a estabilidade jurídica das decisões, não há um caminho retilíneo a ser seguido, exatamente por tentar satisfazer pretensões opostas. Não se pode perder de vista, contudo, dever ter a administração da justiça penal no Estado de Direito a capacidade de unir suas finalidades primordiais com salvaguarda dos princípios e das garantias constitucionais⁷².

Ainda assim, mesmo a observação dos direitos e das garantias fundamentais sendo indispensável e de especial importância, uma instrumentalidade direcionada apenas a eles correrá o risco de fornecer uma visão parcial do sistema penal, limitada a uma finalidade meramente intraprocessual do procedimento. Imprescindível concluir, tal como faz Binder, haver uma estreita relação entre direito material e direito processual penal, de forma que correspondem na configuração de política criminal e fazem parte da mesma estrutura do sistema de justiça criminal⁷³. O penal só por meio do processo pode se realizar. No entanto, não pode o processo esgotar-se em servir ao exercício do direito material⁷⁴. E, acima de tudo, ambos devem ser igualmente efetivos na satisfação da política estatal do controle da criminalidade.

Os acordos sobre o processo e, especialmente, o acordo de não persecução penal não cumprem as mesmas funções do procedimento penal em geral. Isso porque seu objetivo é evitar o próprio processo. Por isso, é classificado como mecanismo de diversificação da pena privativa de liberdade. Isso não impede a verificação de pontos tangenciais inarredáveis. Mesmo não tendo por fim estabelecer a verdade dos fatos, até porque não há juízo sobre a culpabilidade do imputado, a verossimilhança das provas colhidas na investigação com a imputação é imperiosa para a aceitação de uma sanção, sob pena de acarretar uma insanável injustiça. As finalidades de ambos, contudo, não podem se afastar da harmonia almejada pelos objetivos do sistema penal como um todo. Os acordos de não persecução penal representam uma forma de racionalização do sistema penal, em geral, e do

71. ROXIN, Claus, 2000, p. 10.

72. ROXIN, Claus, 2000, p. 4.

73. BINDER, Alberto, 2009, p. 42.

74. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 47.

processo penal, em particular, à luz das consequências político-criminais observáveis por todo o sistema de justiça criminal.

Essa ideia de diversificação é salientada pela própria estrutura normativa do acordo de não persecução penal. Tanto a doutrina quanto a jurisprudência normalmente identificam o ANPP como negócio jurídico pré-processual destinado a concretizar uma certa política criminal por parte do Ministério Público⁷⁵. Isso se daria pela eleição de casos nos quais se verifique maior relevância para a persecução, estabelecendo uma alternativa à propositura da ação penal em certos crimes, de forma a racionalizar não só o emprego de recursos públicos, mas também a própria imposição de uma pena criminal⁷⁶. O art. 28-A do CPP encarta, sem margem para qualquer dúvida, uma norma de natureza mista, veiculando aspectos processuais, como também consequências penais ao prever que, uma vez cumpridas as condições negociadas, haverá a extinção da punibilidade em benefício do acusado (§13 do art. 28-A do CPP)⁷⁷.

A norma tem por finalidade, nesse sentido, conceder uma medida extrapenal mais benéfica para aquele que tenha cometido um delito com pena mínima inferior quatro anos, sob a condição de ter sido sem violência ou grave ameaça e, ao mesmo tempo, permitir uma solução processual abreviada com imposições de consequências sem efeitos penais. Simultaneamente, favorece a intervenção mínima, garantindo um mecanismo racional de eleição de casos a serem submetidos ao procedimento comum, e limita o desperdício de recursos públicos, ao aumentar a capacidade de resolução de casos penais⁷⁸.

75. Assim CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, 2020, p. 82.

76. Assim também entendem os precedentes do Superior Tribunal de Justiça: “O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo 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 para certos tipos de crimes, principalmente no momento presente, em que se faz necessária a otimização dos recursos públicos.” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HC 612.449/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., j. 22.09.2020, DJe 28.09.2020).

77. “Com efeito, 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 mista e mais benéfica ao réu, deve retroagir em seu benefício em processos não transitados em julgado (art. 5º, XL, CF).” (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AgRg no HC 575.395/RN, rel. Min. Nefi Cordeiro, 6ª T., j. 08.09.2020, DJe 14.09.2020.)

78. O instituto guarda semelhanças com aquele fenômeno que a doutrina denomina por administrativização da justiça penal, pela qual a solução aos casos penais é apresentada, majoritariamente, em procedimentos extrajudiciais. Cf. LANGER, Máximo, 2019, p. 2. Concordamos com Vinicius Vasconcellos (2020, p. 264), quando este afirma que “*embora se concorde que os institutos consensuais brasileiros atuais não podem ser definidos*

Pareceria perfeito se, em sua forma de funcionamento, não escondesse os recorrentes problemas enfrentados por qualquer espécie de negociação: a) possibilidade de imposição de sanções a inocentes⁷⁹; b) *overcharging* por parte do Ministério Público, com a inflação de acusações ou penas⁸⁰; c) deficiências do Estado em relação à persecução penal e sua compensação por mecanismos de coação⁸¹; d) a necessidade de uma confissão com efeitos ainda não bem delimitados sobre a culpabilidade do agente, com prejuízo à presunção de inocência, tendo em vista a sistematicidade do ordenamento processual; e) a renúncia de direitos fundamentais em geral⁸² etc. Por esse motivo, admitindo-se, por um lado, a utilidade dos acordos, de outro, não é possível deixar de submetê-los a um exame crítico com a definição de limites para sua incidência, tendo em conta a necessidade de preservação dos direitos e das garantias fundamentais dos imputados. Mesmo que o processo penal não esteja balizado por uma finalidade exclusivamente intraprocessual, ainda deve estar submetido à supremacia da Constituição, por um imperativo lógico-sistemático da ordem jurídica.

Poder-se-ia pensar assim, em uma funcionalização constitucionalmente orientada do processo penal, como exigência irrenunciável a um Estado Democrático de Direito⁸³. Na linha assentada por Figueiredo Dias, os acordos não se limitam apenas a uma ideia de eficiência e controle de gastos públicos por parte do Estado. Antes disso, congregam a realização dos interesses da sociedade e do Estado não só na administração da justiça, mas também na defesa dos interesses, das liberdades, dos direitos e das garantias dos implicados no processo⁸⁴. Submetendo os órgãos de persecução a certas exigências como transparência das investigações e garantia do pleno direito de defesa, aumenta-se a efetividade dos negócios processuais ao se permitir ao investigado uma tomada de decisão da forma mais voluntária e esclarecida possível⁸⁵.

como ‘mecanismos de condenação sem processo’, sustenta-se que se conformam a tais características, de modo a ocasionar o fenômeno de administrativização da justiça criminal em termos semelhantes”.

79. ALSCHULER, Albert, 2019, p. 127 e ss.

80. HUSAK, Douglas, 2013, p. 65 e ss.

81. VASCONCELOS, Vinicius, 2018, p. 161 e ss.

82. VASCONCELOS, Vinicius, 2018, p. 179 e ss.

83. Salientando as exigências constitucionais de uma tutela jurisdicional efetiva e do princípio da economia processual, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, 2011, p. 37 e ss.

84. DIAS, Jorge de Figueiredo, 2011, p. 17.

85. Parecem defender essa posição SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Dermeval Farias, 2016, p. 389: “O instituto da barganha, se bem delineado,

4. ALCANCE E LIMITE DA EXPRESSÃO *NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME* NO ART. 28-A DO CPP

Não é demais repisar ser o princípio basilar do poder punitivo, a orientar político-criminalmente todo o sistema penal, o da *ultima ratio*. A pena só deve ser uma medida necessária naquelas situações nas quais outras consequências não possam ser empregadas ou efetivadas. Da mesma forma, a imposição de penas em nome de uma estrita exigência de retribuição ou expiação é absolutamente incompatível com a ideia de Estado Democrático de Direito, secularizado e pluralista⁸⁶. Sob a pretensão de tomar para si a perseguição de toda a criminalidade existente em nome da estrita legalidade, o Estado apenas demonstrou sua incapacidade em monopolizar a administração da justiça penal, por meio de reações centralizadas.

De fato, forçoso aceitar em termos práticos a ambição de exterminar a criminalidade. Mas, mesmo com a aspiração de mantê-la em níveis suportáveis, torna-se difícil sem se pensar em outros mecanismos de enfrentamento do crime que não a mera punição⁸⁷, sempre atrasada ante as exigências sociais de proteção. Um paradigma razoável e limitado de justiça penal, de forma a racionalizar o uso de recursos públicos com os resultados pretendidos, além de preservar o âmbito da liberdade individual, deve se centrar em mecanismos de descriminalização (penal) e diversificação (processual)⁸⁸, especialmente como forma de incrementar a intervenção mínima, mas também de perseguir, antes de tudo, a prevenção em razão da média e grave criminalidade⁸⁹.

não parece veicular ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que o investigado, com assistência técnica de advogado, pode ou não concordar com os termos da proposta ofertada pela acusação, ou seja, há voluntariedade e possibilidade de argumentar quanto à proposta apresentada, bem como a possibilidade de recusá-la.”

86. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993, p. 61.

87. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993, p. 62.

88. Esclarece Jorge de Figueiredo Dias (1993, p. 67) entender por movimento de diversão ou desjudiciarização em direito penal como “o conjunto de processos usados pelas instâncias formais ou informais de controlo com vista a alcançar uma solução de conflitos jurídico-penais fora do sistema formal de aplicação da justiça penal (pelo menos, antes do momento jurídico-processual de determinação da culpabilidade e/ou sanção ...), afastando correspondentemente as pessoas daquele sistema e do respectivo ‘corredor da delinquência’, ou de parte deles” (grifos nossos).

89. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993 p. 64. Para Frederico Isasca (1992, p. 235), “pretensão do Estado não deve, em primeira linha e muito menos exclusivamente a punição – esta

O acordo de não persecução penal é, pois, um desses instrumento dessa nova política criminal, representando um mecanismo de diversificação processual da pena privativa de liberdade para a pequena e média criminalidade, com a substituição por consequências e obrigações destituídas de efeito penal. Amparado nas ideias de oportunidade e consenso, tem por objetivo, antes de tudo, não só favorecer a socialização, mas também evitar a dessocialização daqueles submetidos à justiça penal, de forma a preservar o efeito estabilizador da norma penal⁹⁰. Exatamente por esse motivo não se pode deixar de notar que o art. 28-A do CPP⁹¹ tenha repetido, com estranha proximidade, a disposição do art. 59 do CP⁹², segundo a qual as medidas a serem fixadas como condições do acordo devam ser necessárias e suficientes para reprovação e prevenção do crime. Parece haver certa imprecisão nessa definição de finalidades. Isso porque, como não há juízo sobre a culpabilidade do imputado, torna-se forçoso se referir à retribuição⁹³.

Tal previsão do dispositivo no diploma processual se justificaria, nos termos já apontados pela doutrina, sob dois vieses: um positivo e um negativo. Sob o ponto de vista positivo, funcionando as condições como equivalentes funcionais da pena, concretizando a ideia pela qual os acordos funcionam nas fronteiras

deve ser entendida e empregue como ultima ratio e portanto onde outras medidas não sejam possíveis ou eficazes – mas antes a prevenção contra o crime e sobretudo a prevenção contra a reincidência, que é a prova mais dramática, da tentativa falhada de reintegração social do delinquente”.

90. DIAS, Jorge de Figueiredo, 1993, p. 67-68.

91. “Art. 28-A. 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: [...]” (grifos nossos.)

92. “Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (grifos nossos).

93. Note-se que a Resolução 181/2017 do CNMP não incorreu na mesma controvérsia. Sua redação simplesmente se limitava a afirmar: “Art. 18. 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 circunstancialmente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente: [...]”.

entre direito e processo penal para dar solução aos casos penais. E como um requisito negativo: *caso exista algum elemento que não recomende, desde uma perspectiva preventiva do delito, a celebração da avença, não deverá ser celebrado o acordo de não persecução penal*⁹⁴.

Dessa ordem de argumentos, cabem dois grupos de questionamentos críticos fundamentais: em primeiro lugar, qual a natureza jurídica das condições tidas por consequências do acordo? Como poderia haver retribuição, por um equivalente funcional da pena, se não há juízo sobre a culpabilidade do acusado? Em segundo, mesmo se tido por equivalente funcional, a imposição de condições não pode ser considerada como requisito do acordo, mas sim sua consequência. Assim, poderia haver discricionariedade do Ministério Público em não oferecer o acordo sob essa justificativa?

Ademais, ainda sustenta a doutrina que a simples dúvida sobre o caráter preventivo do acordo acarretaria a inviabilidade de seu oferecimento. Isso porque haveria uma interpretação analógica do art. 44, III, do CP, segundo a qual, havendo dúvida quanto ao preenchimento dos requisitos da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos, recomendar-se-ia sua não realização⁹⁵. Desta alegação, caberia uma terceira interrogante: sendo o acordo um benefício penal para o acusado não se submeter ao processo, a dúvida não deveria beneficiá-lo, pela intervenção do princípio do *in dubio pro reo*? A premissa para o estabelecimento da analogia com os critérios de substituição das penas restritivas de direito também seria questionável, porquanto nessa situação tida por equivalente já houve juízo sobre a culpabilidade do acusado, constituindo elas, de forma imediata, uma medida político-criminal alternativa para enfrentar o crescente fenômeno do superencarceramento⁹⁶, e não para evitar o processo, como alternativa à propositura da ação penal.

Com efeito, ao se pretender levar em consideração, tal qual faz o art. 59 ou o art. 44 do CP, elementos como a culpabilidade e a reprovabilidade da conduta do agente como requisito para a celebração do ANPP, colocar-se-iam em xeque os princípios fundamentais da inafastabilidade da jurisdição (*nulla poena sine iudicio*) e o princípio da presunção não culpabilidade. Como bem lembra Costa Andrade, a submissão a condições deve manter intacta a presunção de inocência, ainda mais em acordos celebrados na fase pré-processual como o ANPP.

94. CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, 2020, p. 93.

95. BITENCOURT, Cezar Roberto, 2018, p. 682. Em exatos termos, CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira, 2020, p. 93.

96. DOTTI, René, 1998, p. 369 e ss.

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133].

Desta forma, as regras de comportamento devem se orientar primordialmente, ou de forma exclusiva, para fins de prevenção, estando excluída a retribuição por ausência de seus pressupostos de justificação material⁹⁷. A ideia de retribuição nesses acordos constitui uma verdadeira *contradictio in adiecto*. Como é possível, ao mesmo tempo, não haver interesse na persecução e punição por parte do Ministério Público e se pretender, mesmo assim, aplicar uma medida relacionada com a reprovação de um fato cometido⁹⁸?

Um sistema penal baseado na ideia de prevenção diferencia-se de forma evidente de um orientado pela retribuição. Em relação à primeira hipótese, as medidas devem ser tomadas à luz da gravidade do fato, enquanto, na segunda, estar atento sobretudo ao dano causado à vítima ou a terceiros em relação ao delito. Em atenção à gravidade do delito e à danosidade social, as condições devem atender às funções do direito penal e aos critérios da necessidade e merecimento de pena⁹⁹. Essa distinção se faz indispensável principalmente ante aqueles delitos sem um dano concreto, uma vítima direta ou situados na fase da tentativa, nos quais eventualmente caiba o acordo. Ao realizar um comportamento pós-delitivo positivo, como a reparação do dano, o autor do fato assume a responsabilidade dos seus atos e garante um efeito ressocializador e preventivo geral, ao reconhecer o valor da norma de comportamento¹⁰⁰.

A ideia subjacente à colocação do legislador talvez seja melhor representada como decorrência do princípio da proporcionalidade, isto é, da necessidade e adequação entre o fato praticado e a medida imposta à sua consequência, na medida em que seja dispensável o recurso ao processo e a outros meios de prova, sem necessariamente o juízo de valor sobre a reprovabilidade do agente. Qualquer consequência jurídica prevista pelo legislador e imposta pelas agências penais de controle, seja pena ou qualquer outra medida alternativa, deve atender à proporcionalidade como marco orientador do direito penal em um Estado Democrático de Direito. Isso não importa concluir, em outros termos, ter a proporcionalidade sempre de vir acompanhada da determinação da pena. O problema, aqui, reside muito mais na dimensão da consequência jurídica do que nas formas e nos métodos para determinar sua aplicabilidade ao caso concreto.

97. ANDRADE, Manuel da Costa, 1988, p. 354. Em referência, GALAIN PALERMO, Pablo, 2009, p. 626.

98. GALAIN PALERMO, Pablo, 2009, p. 627.

99. GALAIN PALERMO, Pablo, 2009, p. 628.

100. Referindo-se especificamente ao instituto da reparação do dano, vide GALAIN PALERMO, Pablo, 2009, p. 629-630.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

É possível depreender que qualquer alternativa de natureza processual para tentar se resolver o problema inerente à ineficácia do sistema de justiça criminal somente poderá ser levada a cabo se observado o modelo de política criminal informativo de dito sistema, as consequências das decisões para a administração da justiça criminal, bem como os limites estabelecidos pelo sistema constitucional de proteção do acusado contra a arbitrariedade estatal, como forma de controle do procedimento para se atingir ditas finalidades¹⁰¹.

O processo penal, considerado como instrumento para a realização do direito material, seja na afirmação, seja na negação dos pressupostos de punibilidade por meio das provas apresentadas em contraditório, tem, sem dúvida, uma finalidade político-criminal¹⁰². O processo realiza a política criminal na medida na qual medeia a realização da norma material. O acordo de não persecução penal, assim, tem desempenhado um papel político-criminal não só legislativamente, onde foi inicialmente concebido, mas também em nível jurisprudencial, onde as controvérsias sobre sua aplicação têm permitido ampliar seu alcance ante o funcionamento da justiça criminal. É o exemplo da discussão sobre a retroatividade do instituto do acordo para a aplicação aos processos em curso e com trânsito em julgado.

Atento, portanto, às finalidades próprias do sistema penal, a interpretação da expressão *desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime*, contida no art. 28-A do CPP, não pode ser outra, senão aquela já atribuída nos outros diplomas legais da mesma seara normativa. Isso porque atribuir exegese diversa macularia sua lógica interna, dificultando o acesso do destinatário ao conteúdo da norma, além de submetê-la a um casuísmo e a um subjetivismo dignos de subverter a impessoalidade como princípio da administração pública, em geral, e da justiça, em particular, e, em última análise, a igualdade garantida pelo ordenamento jurídico-constitucional como um todo.

Tal qual o Código Penal prevê em seu art. 59 critérios de prevenção e repressão são limites da aplicação da sanção, e não seu fundamento. Este apenas pode ser encontrado na culpabilidade, ao legitimar verdadeiro juízo de retribuição, o qual sequer chega a ser questionado no acordo. Nesse sentido, a interpretação da expressão da norma apenas pode ser restritiva, de forma a permitir a racionalização do sistema penal. Isso é indispensável para garantir maior objetividade

101. FERNANDES, Fernando, 2001, p. 71.

102. Sobre a função instrumental do processo penal, vide DIAS, Jorge de Figueiredo, 1974, p. 24 e ss. Da mesma forma, SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes, 2018, p. 51 e ss.

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133].

e limitação ao poder punitivo como um todo. Qualquer tentativa de ampliar a discricionariedade das agências penais de controle certamente caminha em direção inversa.

6. REFERÊNCIAS

- ALSCHULER, Albert. Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes. In: GLOECKNER, Ricardo (Org.). *Plea bargaining*. São Paulo: Tirant Lo Blanch, 2019.
- ANDRADE, Manuel da Costa. Consenso e oportunidade. In: *Jornadas de Direito Processual Penal – O novo Código de Processo Penal*. Coimbra: Almedina, 1988.
- ANDRADE, Mauro Fonseca; BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Observações preliminares sobre o acordo de não persecução penal: da inconstitucionalidade à inconsistência argumentativa. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, n. 37, dez. 2017.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto. Por un Ministerio Público ‘dentro de la legalidad’. In: *Justicia penal, derechos y garantías*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- ARMENTA DEU, Teresa. Justicia restaurativa y principio de oportunidad: ¿mediación en el proceso penal? *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, n. 45, jan.-jun. 2017.
- ARMENTA DEU, Teresa. Principio de legalidad y principio de oportunidad: una ponderación necesaria. *Principios y garantías procesales – Liber Amicorum en homenaje a la profesora M^a. Victoria Berzosa Francos*. Barcelona: J. M. Bosch, 2013.
- BADARÓ, Tatiana. *Bem jurídico penal supraindividual*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.
- BECHARA, Ana Elisa. *Bem jurídico-penal*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.
- BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009.
- BINDER, Alberto. O sentido do princípio da oportunidade no contexto da reforma da justiça penal na América Latina. In: BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal – parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2018. v. I.
- BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal: problemas e vias de solução. *Julgar*, Coimbra, n. 25, p. 161-178, 2015.

Rios, Rodrigo Sánchez; COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva. Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 207-233. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.
DOI: [https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.133].

- BUSATO, Paulo. O papel do Ministério Público no futuro do direito penal brasileiro. In: *Reflexões sobre o direito penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução n. 181/2017-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério et al. (Org.). *Acordo de não persecução penal*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CAEIRO, Pedro. Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema. In: *Legalidade versus oportunidade*. Lisboa: Editorial Minerva/Sindicato dos Magistrados do Ministério Público, 2002.
- COUTINHO, Jacinto. Introdução aos princípios gerais do processo penal brasileiro. *Revista da Faculdade de Direito da UFPR*, n. 30, 1998.
- DE-LORENZI, Felipe. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Ordem dos Advogados Portugueses, 2011.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal português: as consequências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.
- DOTTI, René. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. São Paulo: Ed. RT, 1998.
- FERNANDES, Fernando. *O processo penal como instrumento de política criminal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- GALAIN PALERMO, Pablo. Suspensão do processo e terceira via: avanços e retrocessos do sistema penal. In: MONTE, Mário Ferreira et al. (Orgs.). *Que futuro para o direito processual penal?* Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- GIACOMOLLI, Nereu. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- GOLDSCHMIDT, James. Teoría general del proceso. In: *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid: Marcial Pons, 2010.
- HEUMANN, Milton. *Plea bargaining*. Chicago: The University of Chicago Press, 1978.
- HUSAK, Douglas. *Sobrecriminalización: los límites del derecho penal*. Trad. Rocío Lorca Ferreccio. Madrid: Marcial Pons, 2013.
- ISASCA, Frederico. *Alteração substancial dos factos e sua relevância no processo penal português*. Coimbra: Almedina, 1992.
- JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública – Princípio da obrigatoriedade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

- LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, 2019.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2018.
- LÖWY, Michael. *Ideologia e ciência social*. São Paulo: Cortez, 2015.
- NAVARRO DOLMETSCH, Roberto. *Criterios de actuación jurídica del Ministerio Público – Análisis dogmático y compendio*. Santiago: Editorial Librotecnia, 2017.
- ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2000.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2005.
- SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- SOZZO, Máximo. Reforma de la justicia penal en América Latina – Promesas, prácticas y efectos. A modo de introducción. In: SOZZO, Máximo (Org.). *Reforma de la justicia penal en América Latina – Promesas, prácticas y efectos*. Buenos Aires: Ediciones Didot, 2021.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do direito penal – O direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, 2016.
- VASCONCELLOS, Vinicius. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira: acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 166. ano 28, abr. 2020.
- VASCONCELLOS, Vinicius. *Barganha e justiça criminal negocial*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333; e
- 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, de Elmir Duclerc e Lucas Vianna Matos – *RBCCrim* 187/233-258.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE RELEGITIMATION OF CRIMINAL LAW IN BRAZIL

Acesse o QR Code
para assistir aos
comentários da autora



POLLYANNA QUINTELA FALCONERY

Mestre em Direito Penal pela UFBA (2011). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

Lattes: [http://lattes.cnpq.br/6172213932205414].

ORCID: [https://orcid.org/0000-0002-1172-8879].

DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.13>.

pollyfalconery@hotmail.com

Recebido em: 03.02.2022

Aprovado em: 13.04.2022

Última versão da autora: 18.04.2022

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo parte da constatação de que o direito penal moderno enfrenta uma crise de legitimidade na pós-modernidade, tanto de cunho teórico (divergência entre institutos do direito penal da lesão e do risco, e convivência entre discursos penais antagônicos) quanto prático (sobrecarga do sistema, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador) e analisa, na esteira das respostas possíveis a essa crise, a possibilidade de utilização do acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.964/2019, como ferramenta de viabilização de políticas criminais aptas a tutelarem o bem jurídico protegido pela norma penal e a reparar o dano causado pela conduta criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Crise – Legitimidade – Direito penal – Política criminal.

ABSTRACT: This article starts from the observation that modern criminal law faces a crisis of legitimacy in post-modernity, both theoretical (divergence between criminal law institutes of injury and risk, and coexistence between antagonistic criminal discourses) and practical (system overload, selectivity of the most vulnerable, little efficiency in the protection of legal interests, both in the preventive and remedial scope) and analyzes, in the wake of possible responses to this crisis, the possibility of using the Criminal Non-Persecution Agreement, inserted in the national legal system by Law 13.964/2019, as a tool to enable criminal policies capable of protecting the legal interest ward by the criminal law and repairing the damage caused by the criminal conduct.

KEYWORDS: Non-persecution agreement – Crisis – Legitimacy – Criminal law – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A crise de legitimidade do direito penal. 3. O acordo de não persecução penal. 4. O acordo de não persecução penal como instrumento político criminal de relegitimação do direito penal no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

O direito penal, para cumprir sua missão de proteção subsidiária de bens jurídicos, necessita lidar constantemente com os problemas ligados à funcionalidade da pena privativa de liberdade, ao aumento da criminalidade e à crescente expansão dos tipos penais (hipertrofia legislativa). Todos esses problemas mostram-se, nesse novo século, ainda mais desafiadores, dado o contexto social, econômico e político, desenhado pelas características da atual sociedade pós-moderna. Essa é marcada pela não assunção de riscos, por um número crescente de sujeitos passivos, pelo individualismo de massas, pela expansão e sofisticação da criminalidade organizada, pelos frequentes ciclos de crises econômicas, pelo avanço da inteligência artificial e por formas de regressão social.¹

Nesse contexto, a expansão do direito penal no século XXI, dentro do contexto característico da sociedade pós-moderna, é retratada pelo reconhecimento de novos bens jurídicos coletivos, em nível constitucional (meio ambiente, transações econômicas, relações de consumo), como dignos de tutela penal, pelo recurso à legislação penal simbólica e por novas formas de violação a bens jurídicos já tutelados penalmente, em decorrência do avanço tecnológico. O direito penal moderno,² desse modo, caracteriza-se pelo uso de tipos de perigo abstrato (tutela

1. O filósofo Vladimir Safatle, em sua obra “Só mais um esforço”, analisando a nova ascensão do neoliberalismo após a crise de 2008, sua coalisão com o protofascismo e os ideais de extrema direita, aduz que o modelo neoliberal não vende mais as mesmas promessas da década de 1980. No atual cenário, ele vende o medo. Afirma que o capitalismo, na fase atual, não pode ser descrito como uma sociedade de satisfação administrada, como era feito na sua versão social-democrata da Escola de Frankfurt. Ele atualmente seria uma sociedade da insatisfação administrada. O poder, assim, não funciona mais por meio da anunciação dos objetos dos desejos, mas pela gestão da falta; é uma máquina de gestão social de desencanto. O método utilizado então é o esvaziamento da crítica estrutural em prol de críticas locais, dando à fonte da revolta um rosto. Assim, são certas leis, certos partidos, certas relações de poder que devem ser objeto de revolta. Para o filósofo, a forma de gestão da revolta direcionada a pautas locais desconexas do sistema fornece figuras sazonais de iras e catarse coletiva (SAFATLE, 2017, p. 33-35).
2. Luis Gracia Martín, em sua obra “Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência” conceitua o termo

do risco), pela busca de eficiência, pelo aumento do número de sujeitos puníveis (decorrentes da flexibilização das regras de imputação) e pela necessidade de tutela penal de bens transindividuais.

A nova expressão do direito penal traz problemas de coerência com institutos e garantias do direito penal liberal, também conhecido como clássico ou da ilustração.³ Tais problemas geram, no entender de Silva Sanchez, uma crise de legitimidade do direito penal e de sua dogmática, de ordem teórica, em razão da ausência de conformidade entre os institutos do direito penal da lesão e do direito penal do risco (SANCHEZ, 2011, p. 44). Zaffaroni ainda aponta a crise de legitimidade do discurso jurídico-penal, no âmbito prático, originária das discrepâncias entre o discurso do direito penal liberal garantista no âmbito teórico e a seletividade penal na prática, voltada para os mais vulneráveis ao sistema socioeconômico (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Nas últimas duas décadas, os penalistas buscaram formas de solucionar os problemas decorrentes da ausência de coerência entre as demandas do direito penal atual e os direitos e as garantias do direito penal liberal, bem como os decorrentes de sua desconformidade entre o discurso de garantias baseado na igualdade formal e a prática seletiva dos mais vulneráveis pelo sistema penal. As formas envolvem estratégias de negação da deslegitimação, de adaptação e de enfrentamento. As estratégias de negação deslocam o discurso jurídico-penal para justificativas funcionais sistêmicas, aceitando o sistema penal da forma que é porque necessário para a manutenção dos sistemas sociais. As estratégias de adaptação propõem a necessidade de modernização do direito penal sem renunciar aos princípios do Estado de Direito, com a instituição de um direito penal do Estado Social, defendida por Luis Gracia Martín. Por fim, as estratégias de enfrentamento buscam relegitimar o sistema a partir da contenção da expansão do

“direito penal moderno” como a produção dogmática em torno da pluralidade de problemas de caráter marcadamente político-criminal que surge na atualidade. Ele ainda conceitua a utilização do termo “moderno” para designar ruptura com a realidade histórica, conforme conceituado por Ignacio Sotelo (MARTIN, 2005, p. 35).

3. Na mesma obra, Gracia Martín critica a utilização da expressão “direito penal clássico” por Hassemer para designar o direito penal de cunho liberal, pois, para o autor, remeteria a uma estratégia dialética tendente a um ideal, a uma aspiração, o que, para ele, não se sustenta, visto que o direito penal surgido a partir do período iluminista possui conteúdo ligado aos valores liberais das democracias burguesas. Prefere então o autor utilizar as expressões direito penal liberal ou da ilustração (MARTIN, 2005, p. 40). Neste trabalho, utilizam-se todas as três nomenclaturas para designar a produção dogmática penal referente ao período anterior ao estágio atual do direito penal.

direito penal moderno, a exemplo do abolicionismo penal nos termos propostos por Hulsman; do minimalismo penal, defendido por Luigi Ferrajoli, pelos teóricos da Escola de Frankfurt, com destaque para Hassemer e a formulação do direito de intervenção; e por Silva Sanchez, com a teorização sobre o direito penal em duas velocidades.

Conforme se verifica, salvo as estratégias de negação, as soluções propostas para lidar com os problemas decorrentes da expansão do direito penal são direcionadas ao legislador penal.⁴ Contudo, nas últimas décadas, o debate no âmbito de política criminal legislativa mostrou-se insuficiente tanto para conter a expansão do direito penal quanto para racionalizar seu conteúdo. É possível apontar como causa dessa insuficiência o crescente consenso do reconhecimento da necessidade de tutela penal de novos bens jurídicos,⁵ a progressiva internacionalização da criminalidade e das legislações sobre suas formas de repressão, e, sobretudo, o recurso frequente do legislador ao simbolismo do direito penal. Tais circunstâncias levam ao recorrente fenômeno da hipertrofia da legislação penal.⁶

4. Os debates em torno da racionalização dos critérios de criminalização e as orientações de política criminal são de extrema importância na busca pela coerência e relegitimação do discurso jurídico-penal enquanto protetor subsidiário de bens jurídicos, orientado pela necessidade de proteção das condições básicas de subsistência da sociedade.
5. É possível apontar essa necessidade de expansão do direito penal sobre novos bens jurídicos, na medida em que há o progressivo reconhecimento de gerações de direitos fundamentais, não mais ligados apenas à liberdade individual, mas ao bem-estar coletivo – direitos de segunda e terceira dimensões –, mas também pelo avanço, na segunda metade do século XX, da teoria da força normativa da Constituição, que obriga o Estado a sair de uma postura de não interventor para ser promotor de direitos e garantias fundamentais ao desenvolvimento social. Nessa linha, é possível citar o autor Ingo Sarlet, que, no seu artigo “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais – entre proibição de excesso e de insuficiência”, argumenta que o reconhecimento, no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais, de um direito individual subjetivo a medidas de proteção – por parte dos poderes públicos – de seus direitos fundamentais importa no reconhecimento da tutela penal desses direitos como forma de o Estado protegê-los (SARLET, 2004, p. 319).
6. No cenário atual, é necessário considerar como dado fático a ausência de controle do fenômeno da hipertrofia da legislação penal. O recurso à legislação penal como resposta a pressões sociais é constante na história do Brasil; somado a ele, com a crescente ampliação do debate democrático nos espaços políticos, o uso do simbolismo penal também é observado como vitórias político-ideológicas de novas forças sociais emergentes nesses espaços (movimentos sociais – a exemplo da criminalização do racismo e da homofobia). Silva Sanchez descreve esse fenômeno como uso do direito penal pelos “gestores atípicos da moral”.

Diante de uma legislação penal excessivamente hipertrofiada, há a progressiva saturação do sistema penal, que acumula problemas operacionais relativos ao direito penal clássico (funcionalidade da pena privativa de liberdade, aumento da criminalidade, sobrecarga do sistema de justiça criminal) e ao moderno (aumento de tipos penais e dos sujeitos puníveis), sendo possível, em ambos os casos, identificar espaços ilegítimos de tratamento penal de situações-conflito que poderiam ser solucionadas por outras vias jurídicas e extra-jurídicas.

Desse modo, verifica-se que o legislador penal não consegue conter a produção normativa penal, uma vez que ela não possui uma orientação político-criminal definida e as demandas por criminalização partem dos mais diversos sujeitos, incluindo coletividades e o próprio Estado (crimes tributários e econômicos). Assim, abre-se espaço, nesse cenário político-criminal, para soluções alternativas práticas para diminuir a sobrecarga do sistema,⁷ seguindo a tendência de busca por eficiência dos institutos penais e processuais penais, típica do direito penal moderno.

No âmbito das reformas penais e processuais penais no Brasil de cunho eficientista, a recente Lei 13.964/2019, apelidada de Pacote Anticrime, previu uma série de alterações no Código Penal, de Processo Penal e em leis extravagantes. Entre as alterações legislativas, houve a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, que passou a prever a possibilidade de utilização da justiça negociada no sistema penal pátrio, por meio do acordo de não persecução penal.

O Acordo de Não Persecução Penal – ANPP – foi previsto no Brasil, antes mesmo da Lei 13.964/2019, por meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que regulamenta o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público. Assim, o acordo foi previsto e utilizado antes mesmo de sua previsão legal.⁸ Em seus considerandos, o CNMP trouxe como

7. É mais fácil propor medidas de reforma penal no campo procedimental, pois, em regra, o debate sobre tais questões desperta muito mais o interesse dos operadores do direito do que da sociedade civil em geral. As reformas no campo penal envolvem o debate sobre questões de valor e geralmente enfrentam resistência no meio social, sobretudo pela função atípica que também desempenha o direito penal moderno: de criação de consenso sobre valores positivos na sociedade individualizada de massas.
8. A previsão do acordo por meio de resolução gerou questionamentos acerca da sua constitucionalidade, uma vez que a norma possui tanto natureza penal (afeta a extinção da punibilidade) quanto processual penal (discorre sobre procedimento prévio ao processo) e, portanto, necessitaria de lei para sua instituição, não sendo a resolução o instrumento normativo adequado para sua regulamentação.

fundamento para sua previsão a sobrecarga do sistema de justiça criminal e a exigência de busca de soluções alternativas, para reservar o processo penal formal e a pena privativa de liberdade para os casos mais graves. O PL 6341/2019, que originou a Lei 13.964/2019, justifica, na sua exposição de motivos, a inclusão do art. 28-A no CPP na necessidade de revisão do princípio da obrigatoriedade da ação penal frente às exigências de enfrentamento de casos criminais complexos, bem como diante da tendência de se adotar no sistema jurídico brasileiro o acordo como meio de descongestionar os serviços judiciários. Aduz que o acordo de não persecução penal permite que o juiz criminal tenha tempo para os crimes mais graves.⁹

Assim, observa-se que o acordo de não persecução penal se insere no âmbito das políticas criminais voltadas a conferir eficiência aos institutos penais e processuais penais. Em que pese ter originado de uma demanda por eficientismo, a previsão de sua utilização para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, a necessidade de reparação do dano e a exclusão da pena privativa de liberdade com cláusula do acordo apontam para a possibilidade e necessidade de utilização desse instrumento como mecanismo de contenção da expansão penal, na esteira das soluções de enfrentamento da crise propostas.

Considerando que o acordo de não persecução penal é uma importante ferramenta político-criminal à disposição do Ministério Público, que há a necessidade de enfrentamento da crise de legitimidade do direito penal, tanto de ordem teórica quanto prática, mostra-se oportuno investigar de qual(is) forma(s) o acordo de não persecução penal pode ser operacionalizado como política criminal capaz de garantir a proteção de bens jurídicos, dentro da estratégia de contenção da expansão do direito penal, na busca pela sua relegitimidade.

-
9. Dispõe a exposição de motivos do PL 6341/2019: “O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. 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. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves” (BRASIL. Planalto. EM 00014/2019. Brasília, 31.01.2019. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm]. Acesso em: 15.04.2022, às 10h).

2. A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

O conceito de Estado moderno surge na Europa iluminista, imbuído de ideias que trouxeram um sistema de garantias jurídicas do cidadão frente ao Estado, que, no período absolutista, era confundido com o próprio monarca, principal detentor de direitos frente a seus súditos. Com a limitação do poder do rei, o indivíduo passa a ter direitos não só oponíveis a outros indivíduos, mas também ao próprio Estado.

Na segunda metade do século XVIII, a filosofia humanista e os movimentos iluministas criaram um sistema jurídico, inserido nele o sistema jurídico-penal, baseado na igualdade formal e na necessidade de garantia das liberdades individuais, sem o cometimento de abusos por parte do Estado, teorizado conforme um modelo contratual, em sintonia com os ensinamentos de Rousseau, em sua obra “Do contrato social”, lançada em 1762. Ainda nesse contexto, Cesare Beccaria lança as bases do direito penal liberal em seu livro “Dos Delitos e das Penas”, em 1764, que traz um rol de direitos e garantias que o Estado deveria respeitar ao exercer seu poder punitivo.

Aliada a essa ideia de cunho político-criminal, surgiram, ainda no século XVIII, as teorias da pena que visavam à legitimação do direito penal no novo modelo de Estado. As teorias absolutas, de cunho retributivista, tiveram em Kant e Hegel suas maiores expressões. Fundamentavam a pena como um fim em si mesmo, retribuição de um mal causado pela prática do ato definido como crime. São chamadas de teorias absolutas porque o fim da pena é independente e desvinculado de seu efeito social. A teoria da retribuição exerceu durante muito tempo uma influência predominante nos debates acerca da funcionalidade da pena tanto devido a sua plausibilidade teórica cotidiana (o conceito de pena como retribuição compensatória é conhecida desde a Antiguidade e permanece viva na consciência das pessoas com certa naturalidade) quanto a sua fundamentação por meio da filosofia do idealismo alemão¹⁰ (ROXIN, 1997, p. 83).

10. Kant, em sua obra “A metafísica dos costumes” (1798), fundamentou as ideias de retribuição e justiça como leis inviolavelmente válidas, gerais e fundamentadas *a priori*. Para Kant, todo ato humano responde à consciência individual e ao imperativo dela (dever). Desse modo, existem dois tipos de imperativos, o “hipotético”, que se faz com fins utilitários, e o categórico, que se faz por obrigação da consciência. Assim, ainda que não existisse Estado e sociedade, haveria a necessidade de aplicação da pena como critério de justiça, uma vez que a lei penal é um imperativo categórico (ANITUA, 2008. p. 192). Hegel, por sua vez, na sua obra “Linhas fundamentais da Filosofia do Direito” (1821), interpreta o delito como negação do direito e a pena como negação dessa negação,

Contrapondo-se às teorias absolutas, surgem as teorias relativas da pena, que entendem a missão da pena como meio de intimidação para a prática de delitos, seja voltada para o autor do crime (prevenção especial), seja voltada para toda a comunidade (prevenção geral).

Contemporâneo a Kant, o jurista e filósofo alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach, considerado o fundador da moderna ciência do direito penal alemão, dentro da linha das teorias relativas, traz a fundamentação da pena como um fator de coação psicológica para que os demais cidadãos não cometam delitos, uma forma de intimidação dos cidadãos pela lei, expressando a teoria da prevenção geral,¹¹ tanto em seu aspecto positivo – uma vez que se busca, com a aplicação da pena, o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico – quanto negativo, o efeito de intimidação nos outros que correm o perigo de cometer delitos semelhantes (ROXIN, 1997. p. 91).

Já no século XIX, dentro da linha das teorias relativas da pena, surge a teoria da correção de Karl Roder, fundamentando a prevenção especial. Ainda em meados do século XIX, o positivismo científico desponta, levando ao surgimento da criminologia etiológica, que teve no médico italiano Cesare Lombroso seu maior expoente, o qual insere dentro do debate de funcionalidade das penas a análise das causas do crime (criminologia etiológica) e, portanto, do tratamento do criminoso, a partir de suas diversas classificações.¹² Em 1876, Cesare Lombroso publica a primeira edição do livro *L'Uomo delinquente*, inaugurando a Escola Positiva italiana, que teve outros expoentes como Ferri, que incorporou

restabelecendo o direito. Diferencia-se de Kant ao se afastar do princípio de Talião e trabalhar com a ideia de equivalência entre delito e pena. Contudo, tanto Kant quanto Hegel se aproximam ao não reconhecerem fins preventivos à pena como intimidação e correção (ROXIN, 1997, p. 84).

11. Feuerbach (1775-1833) desenvolveu a “teoria psicológica da coação”, segundo a qual se imaginava que a alma do delinquente potencial havia caído em tentação como em um campo de batalha entre os motivos que o empurraram até o delito e os que o levavam a resistir a ele. Assim, a previsão da pena deveria provocar na psique do indeciso sensações de desagrado, de modo que possam prevalecer os motivos para impedir o cometimento do delito e, dessa maneira, a pena possa exercer uma “coação psíquica” (ROXIN, 1997, p. 90).
12. Sua ideia central é o atavismo, segundo a qual o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representante de um enorme anacronismo. Ao longo das cinco sucessivas reelaboradas edições de sua obra, Lombroso foi incorporando reformulações de sua teoria inicial do atavismo com contributos que reputava válidos (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 16).

fatores sociológicos à teoria lombrosiana, e Garófalo, que põs em relevo o elemento psicológico.

No século XIX, também surge a teoria do materialismo histórico de Karl Marx, fazendo oposição ao positivismo clássico, encarando o direito – e logicamente, o direito penal – como uma superestrutura ideológica de domínio de classes, tendente a desaparecer com o desaparecimento das classes sociais. Portanto, Marx não formulou justificativas para a pena, mas seu pensamento repercutiu, sobretudo, nas bases da criminologia crítica e da reação social, que trouxeram um novo debate ao cenário jurídico-penal na década de 1960, no século XX, revelando o sistema penal como criminalizador e rotulador de indivíduos, bem como seletivo para a punição e segregação dos indesejáveis, superando as ideias da tradicional criminologia etiológica nos campos biológico (Lombroso), social (Ferri) e jurídico (Garófalo).

Assim, as contribuições teóricas da criminologia da reação social foram capazes de iniciar um processo de deslegitimação do discurso jurídico-penal, que relevou o sistema penal como seletivo, reproduzidor de violência, criador de condições para maiores condutas lesivas, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e destruição de relações horizontais ou comunitárias (ZAFFARONI, 1991, p. 37).

Iniciado esse processo de crise da legitimidade do direito penal e de sua dogmática, os anos que se seguiram levaram ao agravamento dessa crise, em razão dos problemas gerados pela expansão do direito penal na sociedade pós-industrial, denominada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck como “sociedade de risco”.¹³

Partindo dessas reflexões, alguns doutrinadores penais passaram a analisar o fenômeno de expansão do direito penal no final do século XX e início do século XXI a partir de diferentes perspectivas.¹⁴

13. Para o sociólogo alemão Ulrich Beck, a sociedade do final do século XX, época marcada por um crescente desenvolvimento tecnológico e pela institucionalização do Estado de Bem-Estar Social, sobrepõe os problemas de distribuição de riscos gerados por esse desenvolvimento aos problemas gerados em torno da distribuição de riqueza (típicos de uma sociedade de escassez). Nessa sociedade, a demanda por segurança é crescente e a solidariedade social é marcada pelo medo, e há o processo de individualização (processo de dependência do mercado em todas as dimensões da conduta na vida) das massas (BECK, 2011, p. 26).

14. Em que pese o autor alemão Beck ter apontado tais características nos países desenvolvidos – principalmente os da Europa da segunda metade do século XX –, no Brasil, em decorrência do fenômeno da globalização, da assinatura de tratados internacionais e das políticas sociais desenvolvidas no início do século XXI, é possível observar traços

Silva Sanchez, em sua famosa obra “A expansão do Direito Penal”, analisa o avanço do direito penal na sociedade de riscos, apontando, como aspectos de tendência geral, a criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação, a relativização dos princípios político-criminais (SANCHEZ, 2001, p. 56).

Contudo, os discursos jurídico-penais de garantias típicos do direito penal clássico mantêm-se alinhados à ideia de igualdade formal, sem considerar as novas demandas por criminalização, as distorções entre discurso e prática e diferentes posições de vulnerabilidade social dos destinatários desses discursos.

Há ainda que se considerar que o discurso jurídico-penal garantidor, baseado na retribuição e na ressocialização, convive com outros discursos antagônicos: o policial, que é predominantemente moralizante, e o penitenciário, que é predominantemente terapêutico, circunstância que reforça a incoerência de suas ideias com a aplicabilidade do direito penal (ZAFFARONI, 1991, p. 40).

Do exposto, é possível observar que essas novas características de expansão do direito penal, cujos problemas geram demandas que o direito penal clássico não consegue responder, aliadas à convivência de discursos antagônicos, mantêm uma desordem de orientação político criminal, levando à crise de legitimidade do direito penal na pós-modernidade, tanto de cunho teórico (divergência entre institutos do direito penal da lesão e do risco, e convivência entre discursos penais antagônicos) quanto prático (sobrecarga do sistema, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador).

Zaffaroni, em sua obra “Em busca das penas perdidas” faz uma análise acerca da crise de legitimidade do direito penal. Partindo dessa deslegitimação, Zaffaroni identifica algumas soluções que foram sendo desenvolvidas por doutrinadores penais para seu enfrentamento. Elas podem ser identificadas sob a forma de mecanismos de fuga, a partir do discurso relegitimante sistêmico (funcionalismo sistêmico); e sob formas de confirmação da deslegitimação, a partir do plano político-criminal, com o abolicionismo penal e o minimalismo penal.

Analizando os discursos relegitimantes sistêmicos, Zaffaroni indica, em uma concepção sistêmica, que o discurso jurídico-penal seria o regulador do

característicos da sociedade de risco, mesmo ainda se convivendo em uma sociedade marcada pela escassez na distribuição social da riqueza. Portanto, as análises em torno da expansão do direito penal feitas pelos teóricos penalistas europeus também podem ser observadas no país.

“controle social” frente às condutas “desviadas”. Portanto, o discurso sistêmico parte da ideia de necessidade de manutenção do sistema social, sendo o direito penal funcional para garantir o consenso e equilibrar esse sistema. Aduz o autor que essa resposta à deslegitimação não enfrenta os problemas gerados pela divergência entre o discurso penal e a aplicação do direito, mas apenas se limita a responder que o direito penal é necessário para a funcionalidade do sistema social e, portanto, legítimo. Adverte que esse discurso abre espaço para a diminuição e até mesmo exclusão das garantias limitadoras do poder repressivo, levando ao exercício arbitrário do poder (ZAFFARONI, 1991, p. 87).

No tocante às respostas sob a forma de confirmação da deslegitimação, o abolicionismo penal, segundo o autor, nega legitimidade a qualquer sistema penal e propõe a solução de conflitos por instâncias e mecanismos informais. Parte da necessidade de se preencher o vazio da distância entre as ciências sociais e o discurso jurídico (ZAFFARONI, 1991, p. 93).

Na esteira do minimalismo penal, Ferrajoli entende ser o direito penal necessário para prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o direito que o próprio delito. Ferrajoli trabalha com a ideia de legitimação interna e externa do direito penal. A legitimação externa refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo, nessa esteira, o direito penal será considerado justo, a partir de sua avaliação com base em critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários (metajurídicos). Já a legitimação interna refere-se à validade da norma penal conforme as demais normas de direito positivo que disciplinam a sua criação. Entende que os princípios garantistas se configuram um sistema epistemológico de identificação do desvio destinado a assegurar o máximo de racionalidade e confiabilidade no juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 178).

Já o criminólogo Alessandro Baratta propõe a redução do direito penal à tutela dos direitos humanos, bem como a descriminalização e construção de alternativas ao sistema penal. Propõe a construção de uma política criminal alternativa, que reservaria ao direito penal um papel relativo, a relativização do “momento penal” é entendida como uma técnica de construção e resolução de problemas sociais, integrando-se com uma perspectiva extrapenal mais complexa de reconstrução dos problemas, tendo em vista uma resposta adequada e orgânica a eles (BARATTA, 2002, p. 221).

Ainda na esteira do direito penal mínimo, Hassemer vislumbra a adoção do direito de intervenção como mecanismo de retirar do direito penal demandas que não lhe pertencem, reduzindo a tutela penal ao que se denomina de direito penal nuclear, que visa à proteção dos bens jurídicos individuais, sem imputar

pena privativa de liberdade. Assim, Hassemer propõe que, por meio do direito de intervenção, seria possível esvaziar o direito penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, restringindo a pena privativa de liberdade aos tipos penais que tutelam bens jurídicos individuais (vida, liberdade, integridade física, patrimônio, dignidade sexual) (OLIVEIRA, 2013, p. 65).

Silva Sanchez propõe a adoção do direito penal em duas velocidades, na qual a primeira corresponderia ao direito penal liberal, voltado à tutela dos bens individuais e dotado de todas as garantias processuais e penais. Já o direito penal de segunda velocidade corresponderia ao âmbito de expansão do direito penal moderno, que se estende por tipos penais abstratos e tutela bens jurídicos coletivos, e no qual se permite a flexibilização de direitos e garantias, mas sem a previsão de pena privativa de liberdade.

Há ainda que se registrar a proposta de adaptação discursiva defendida por Luis Gracia Martín. O autor, partindo da ideia de que o estado atual das legislações penais desenvolve argumentações favoráveis à legitimidade da assunção pelo direito penal de novos conteúdos que contemplem a proteção dos bens jurídicos reconhecidos pelo Estado de Direito, propõe a necessidade de adequar as garantias penais às demandas do Estado Social, que reclamam a intervenção penal para a proteção de novos bens jurídicos da vida econômica, que costumam ser denominados coletivos, universais ou, também, supraindividuais. Para o autor, a consolidação do Estado Social Democrata de Direito exige a expansão do direito penal para abarcar a criminalização das condutas das classes superiores que mantêm as desigualdades e o distanciamento das classes sociais (MARTÍN, 2005, p. 48).

Constatada a crise do sistema penal gerada tanto pela divergência teórica e prática quanto pelas distorções entre a teoria do direito penal clássico baseada na igualdade formal e a desigual seletividade penal prática, gerando uma sobrecarga do sistema e consequentemente sua ineficiência, na esteira das soluções apresentadas pelos autores que buscam responder à crise pelo enfrentamento, verifica-se a necessidade de racionalizar o sistema pela contenção de sua expansão deslegitimante, uma vez que essa expansão torna o sistema penal incapaz de servir aos fins a que se propõe (proteção subsidiária de bens jurídicos e alcance das funções preventivas da pena).

Das soluções apresentadas para a crise de legitimidade do sistema penal, verifica-se que a resposta dada à crise pelo funcionalismo sistêmico não é suficiente para resolver os problemas ligados às distorções teóricas e práticas do sistema, uma vez que trabalha a coerência das leis penais com o todo o ordenamento jurídico, reclamando de outras áreas (assistência social, política, segurança pública) o enfrentamento das distorções práticas da aplicação penal. De fato, as distorções

da aplicação do direito penal não podem ser enfrentadas unicamente pelo prisma jurídico-penal, mas há a necessidade de enfrentá-las também por esse prisma.

A solução proposta por Luis Gracia Martín também não é suficiente para responder à crise em países periféricos que enfrentam graves problemas sociais e aumento da violência. É possível constatar que a resposta do autor à crise de legitimidade é reorientar a política criminal de criminalização primária de condutas para proteger os direitos sociais. Contudo, em países de economia central, essa resposta pode parecer adequada ao enfrentamento da crise, dada a experimentação do Estado de Bem-Estar Social. Contudo, em países periféricos como o Brasil, que não experimentaram esse estágio de desenvolvimento estatal,¹⁵ o redirecionamento da criminalização primária e a adequação dos institutos do direito penal clássico à tutela dos bens jurídicos supraindividuais mostram-se insuficientes para conter a crise de legitimidade gerada pela expansão do direito penal, bem como para resolver os problemas afetos à seletividade penal, sendo necessário o enfrentamento das questões de ordem prática.

Dentre as respostas que admitem a deslegitimação do direito penal, é possível extrair tanto do abolicionismo quanto do direito penal mínimo ferramentas para racionalizar a constante expansão do direito penal, seja por meio da redução do alcance da pena privativa de liberdade, seja pela ampliação das formas de resolução de conflito pela via da reparação.¹⁶

Nesse intuito, o acordo de não persecução penal, ao permitir o tratamento de situações-conflito fora do processo penal formal, ao excluir a pena privativa de liberdade de cláusula de acordo, bem como condicionar como requisito a reparação do dano, é instrumento apto a viabilizar política criminal de contenção da expansão do direito penal. Por tais características, faz-se necessário enxergá-lo sob tal perspectiva e identificar de que modo pode ser uma ferramenta de política criminal de racionalização do direito penal, frente à sua constante expansão.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal se insere no âmbito da justiça penal negociada, a qual tem o sistema de justiça americano como seu principal expoente,

15. A previsão constitucional de um Estado que reconhece direitos sociais não significa a efetivação desses direitos.

16. Roxin dispõe que a reparação do dano é vista como terceira via do direito penal, a qual possui um efeito ressocializador, pois obriga o autor a enfrentar as consequências dos seus atos e a aprender a conhecer os interesses legítimos da vítima (ROXIN, 1997. p. 109).

por meio dos institutos do *plea bargain* e do *plea agreement*, que correspondem a mais de 90% (noventa por cento) das condenações criminais nos Estados Unidos (CASTRO, 2019, p. 37).

De acordo com Máximo Langer, após a Guerra Fria, o sistema de justiça americano tornou-se o mais influente no mundo; ao longo das últimas décadas, foi possível observar a importação de institutos processuais e jurisdicionais para países de tradição de *civil law*.¹⁷ Entre essas influências, destaca-se o modelo de *plea bargain*, que se incorporou aos países de tradição de *civil law* com características próprias, divergindo do modelo americano, sobretudo pelas diferenças estruturais de seus sistemas: o adversarial,¹⁸ típico do direito penal estadunidense, e o inquisitorial,¹⁹ típico dos países de *civil law* (LANGER, 2017, p. 21).

Em 1926, com o julgamento do caso *Hudson vs. United States*, a Suprema Corte norte-americana declarou constitucional a imposição de pena de prisão pelos juízos após a *plea of nolocontendere*. Assim, os acordos passaram ser utilizados como mecanismos para se reduzir o trâmite dos procedimentos criminais. O sistema de *plea bargain* foi regulado nos processos em âmbito federal pela *Rule of Criminal Procedure 11*, em decorrência de sua revisão em 1966, prevendo apenas a necessidade de o juiz verificar a voluntariedade da declaração de culpa com o entendimento da natureza da acusação e das consequências da acusação (CASTRO, 2019, p. 52).

17. O autor explica que essa influência do direito americano vai desde a forma de abordagem do direito pela teoria geral, incorporando elementos de pragmatismo legal, associações entre direito e economia, influências em áreas específicas (direito constitucional, direito tributário, direito dos valores mobiliários, direito empresarial, direito de patentes, arbitragem comercial internacional; educação legal), e até mesmo na estruturação da profissão de advogado, a partir de modelos de grandes escritórios de advocacia (LANGER, 2017, p. 21).

18. Conforme denota Ana Clara Camargo, o sistema adversarial é pilar do direito penal norte-americano, derivado das 5ª e 6ª Emendas da Carta de Direitos e incorporado pela 14ª Emenda, e se baseia na ideia de que a verdade se estabelece no choque de argumentações de pontos de vista diferentes sobre fatos e direitos perante árbitros neutros e passivos (CASTRO, 2019).

19. Máximo Langer entende que a conceituação entre sistema adversarial e inquisitorial para definir as características do sistema jurídico-penal do país deve ser feita com base no sistema de tipos-ideais proposto por Max Weber, o qual parte da ideia de que não existem tipos puros, mas, sim, tipos que se aproximam ou se afastam do tipo-ideal. Assim, entende que os países de tradição do *comom law* possuem características mais próximas ao modelo adversarial e que os países de *civil law* se aproximam do tipo ideal do sistema inquisitorial.

A partir da década de 1970, o *plea bargain* passa a ser adotado de forma expressiva nos Estados Unidos. Nos anos 1990 e primeira década no século XXI, mecanismos de se declarar uma pessoa culpada sem julgamento passaram a se espalhar por outros países pelo mundo, na esteira do *plea bargain*, a exemplo da Itália em 1988, Argentina em 1997, do Chile em 2000, da França em 2004, da Alemanha em 2009, da China em 2012, Bélgica em 2016 (LANGER, 2019, p. 04), demonstrando ser, portanto, uma tendência mundial o desenvolvimento de mecanismos que declaram culpa sem julgamento, evitando o tempo e custo dos processos. No Brasil, a justiça negociada é introduzida em 2019 pela Lei 13-964/2019, com a previsão do acordo de não persecução penal no art. 28-A do CPP.

Em que pese a negociação entre as partes no sistema de justiça criminal ser uma influência do direito norte-americano, os mecanismos de viabilização da justiça negociada diferem de um país para o outro.

Nos Estados Unidos, o *plea bargain* presume uma concepção adversarial diante de um julgador passivo, ou seja, as partes podem negociar para chegar a um acordo sobre o fim da disputa e, como a acusação tem amplos poderes para alterar ou diminuir acusações, a ampla discricionariedade do promotor de justiça lhe dá meios poderosos e flexíveis de negociação com a defesa acerca da assunção de culpa (LANGER, 2019, p. 26).

Para a celebração dos acordos nos Estados Unidos, são considerados: seriedade do delito; probabilidade de condenação além da dúvida razoável; qualidade do acervo probatório; custo do processo; duração do julgamento e incerteza do resultado (CASTRO, 2019, p. 25).

Para Langer, o modelo inquisitorial de processo penal, típico dos países de *civil law*, é incompatível com o *plea bargain*, dada a diferença de interpretação e significado que os diferentes atores do sistema de justiça criminal compreendem tanto do processo quanto de seu papel dentro dele. Assim, uma diferença substancial está no papel que o órgão acusador exerce nos diferentes sistemas. Nos países de *civil law*, que se aproximam de um modelo inquisitorial, o promotor de justiça está comprometido com a verdade acerca dos fatos investigados e com a obrigatoriedade da ação penal, não podendo dispor da imputação e nem dos sujeitos imputados, uma vez presentes a prova da autoria e os indícios suficientes de materialidade. Assim, é possível verificar desde já que a posição de negociação do órgão acusador não é tão ampla como no modelo adversarial (LANGER, 2017, p. 34).

Contudo, ele ressalta que essa aparente incompatibilidade entre o *plea bargain* e os sistemas de justiça inquisitorial vem sendo superada, seja em razão de

reformas penais e processuais penais que inserem institutos de direito penal adversarial aos respectivos Códigos penais e processuais penais, seja em razão da necessidade de dar uma resposta jurídica mais célere às situações-problema levadas ao sistema de justiça criminal. Assim, um grande número de países de *civil law* tem demonstrado interesse em traduzir esses mecanismos de negociação para seus processos. Aponta o autor que as causas são diversas, mas que uma comum é o aumento da criminalidade nos últimos anos, sobrevivendo a necessidade de enfrentar mais casos criminais em menos tempo (LANGER, 2017, p. 76).

Analisando os institutos de justiça penal negociada em quatro países de *civil law*, Alemanha, Itália, Argentina e França, Langer verifica que eles não se confundem com o *plea bargain* norte-americano, uma vez que eles foram desenvolvidos para satisfazer às demandas práticas de solução dos processos criminais, adequando-se aos seus institutos jurídicos.

No Brasil, não foi diferente. Previsto antes mesmo da introdução legislativa, por meio da Resolução 181/2017 do CNMP, foi justificado na necessidade de retirar a sobrecarga do sistema de justiça criminal e reservar a pena de prisão e o processo penal formal para os casos mais graves.²⁰ Em seus considerandos, a Resolução refere-se à quantidade de processos criminais em trâmite no país, desperdícios de recursos e morosidade da justiça.

O acordo de não persecução penal então foi inserido formalmente no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao CPP.²¹

20. Essa estratégia de utilizar a justiça negociada no âmbito penal antes mesmo de sua previsão normativa não é exclusiva do Brasil. Na Alemanha, o *Absprachen* foi utilizado pelos sujeitos do sistema de justiça criminal antes mesmo de sua previsão legislativa e possibilitava que a defesa celebrasse um acordo com o juiz para que, uma vez confessado o delito, a pena não excedesse certo limite, ou certo número de acusações fossem retiradas (LANGER, 2017, p. 34).

21. Art. 28-A. 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; 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

O acordo de não persecução penal no Brasil, conforme se verifica de sua leitura, se distancia bastante do instituto do *plea bargain*, uma vez que, em razão dele, não se instala no ordenamento jurídico mecanismos do sistema adversarial, de forma que não é possível ao órgão acusador barganhar acerca da pena de prisão.

O indiciado que aceita celebrar o acordo não terá contra si uma ação penal, portanto, não se torna formalmente réu. E, caso descumpra os termos do acordo, a consequência será enfrentar o processo penal, não advindo desse descumprimento qualquer critério para aumento da pena em futura condenação ou vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A posição jurídica do promotor de justiça não se altera, continuando a ser uma “parte imparcial”,²² garantidora de direitos constitucionais dos investigados, cujo interesse é a apuração da verdade dos fatos. Desse modo, o Ministério Público não dispõe de amplos poderes de negociação, não havendo o que se falar em liberdade de exclusão de imputação, ou de dispor do procedimento investigatório criminal correspondente sem a certeza da materialidade e autoria do fato criminal investigado. Outrossim, não há negociação sobre o direito de liberdade do investigado, uma vez que a pena de prisão é expressamente excluída do acordo.

Desse modo, o acordo somente é proposto após o encerramento do inquérito ou do procedimento investigatório correspondente, e apenas se o promotor de justiça formar a *opinio delicti* no sentido da denúncia. Assim, o ANPP não é um meio de encerramento mais célebre do processo, como ocorre com o *plea agreement*, mas uma forma de evitá-lo, visto que ele é proposto antes do oferecimento da peça acusatória; portanto, não há o que se falar em processo penal durante toda a execução do acordo.

pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 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 nº 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.

22. A imparcialidade do Ministério Público nos sistemas de *civil law* e de tradição inquisitorial não pode ser encarada com a imparcialidade que se espera do órgão julgador, uma vez que, sendo parte e tendo contato com os elementos de investigação, está contaminado por essa visão dos fatos. Em razão disso, não raro essa imparcialidade atribuída ao Ministério Público é alvo de análises críticas por parte da doutrina penal pátria.

Outrossim, a confissão exigida para a celebração do acordo difere no *guilty plea*,²³ uma vez que, na hipótese de ser o acordo revogado, a confissão²⁴ é mais um meio de prova, dentre os demais, a ser valorado pelo juiz da causa, em futura ação penal.

Outro ponto a ser analisado é o alcance do acordo. O art. 28-A do CPP não traz um rol de crimes, mas critérios, quais sejam, a pena mínima deve ser inferior a quatro anos, excluindo de seu rol os crimes cometidos com violência e grave ameaça, além dos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, caso o acordo seja celebrado em favor do agressor.

Esses requisitos estão harmonia com o art. 44 do CP, que regulamenta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Dessa forma, observa-se que o legislador confere ao Ministério Público a possibilidade de antecipar a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, sem dar tratamento formal de pena, caso as condições do imputado assim lhe forem favoráveis, evitando todos os trâmites do processo penal formal, uma vez que o resultado prático do processo penal correspondente provavelmente teria desfecho equivalente. Assim, o imputado, juntamente com seu advogado ou defensor, poderá avaliar as provas que o Ministério Público dispõe para produzir em eventual ação penal e decidirá se é vantajoso para ele celebrar o acordo, uma vez que, caso assim não deseje, terá à sua disposição as ferramentas processuais para provar eventual inocência, sem advir nenhuma consequência processual negativa dessa recusa.

Contudo, há uma grande vantagem na celebração do acordo pelo imputado, pois ele não terá contra si ação penal em curso e nem execução penal durante o período de cumprimento do acordo e poderá ainda negociar com o órgão acusador a redução do tempo e as condições do cumprimento da pena restritiva de direito.

Contudo, não se pode encarar o ANPP apenas como uma antecipação da pena restritiva de direitos que provavelmente seria aplicada em uma ação penal

23. O *guilty plea* é uma admissão de culpa perante a Corte que, se aceita, tem como consequência encerrar a fase de instrução processual e a fase de julgamento (*phase of determination of guilt or innocence*) (LANGER, 2017, p. 35).

24. Há de se atentar que a necessidade de confissão para celebração do acordo levanta discussões na doutrina em torno da voluntariedade do instituto, uma vez que o imputado pode, diante das vantagens processuais penais (evitar a ação penal), preferir assumir culpa, mesmo entendendo ser inocente, a correr o risco de se submeter ao processo penal formal.

correlata, uma vez que ele evita a ação penal e consequentemente os efeitos extra-penais da estigmatização do processo criminal, bem como traz como condição de sua celebração a reparação do dano, inserindo nessa toada a possibilidade de solucionar o conflito dos envolvidos, atendendo às necessidades reais das pessoas, na esteira das respostas à crise de legitimidade do direito penal, propostas pelo direito penal mínimo e até mesmo por autores abolicionistas.²⁵

4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO POLÍTICO CRIMINAL DE RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Conforme exposto, o direito penal no século XXI enfrenta uma crise de legitimidade decorrente tanto das divergências teóricas entre institutos do direito penal da lesão e do risco, somadas à convivência entre discursos penais antagônicos, quanto de ordem prática, em face da sobrecarga do sistema penal, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador.

Constatou-se que a resposta a essa crise de legitimidade deve ocorrer buscando-se a racionalização da aplicação do direito penal, com a contenção de sua expansão, visto que ela é causa das distorções no próprio sistema.

As estratégias de contenção dessa expansão ocorrem tanto com o direcionamento do legislador para frear a criação de tipos penais que não afetem o núcleo dos direitos humanos e para desenvolver mecanismos alternativos de soluções de conflito (direito penal mínimo e abolicionismo penal) quanto com a progressiva retirada da previsão da pena de prisão em tipos penais que estariam situados fora do núcleo de proteção dos direitos individuais, uma vez se admitindo a inevitável expansão do direito penal para a tutela de bens supraindividuais (direito penal mínimo).

A previsão da celebração do acordo de não persecução penal no art. 28-A do CPP traz a possibilidade de realização da justiça negociada, mas obedecendo aos limites e contornos do modelo processual penal brasileiro de garantias, uma vez que possibilita ao investigado evitar uma ação penal, antecipando pena restritiva de direitos, sem o estigma gerado pelo processo e pela execução penal, após o encerramento das investigações sobre o fato. Ou seja, após a análise dos elementos

25. Hulsman, autor abolicionista penal, propõe como solução a substituição direta do sistema penal, não por um macronível estatal, mas por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas (ZAFFARONI, 1991, p. 99).

informativos produzidos durante a fase de investigação juntamente com a defesa técnica, que avaliará as chances de êxito do Ministério Público em eventual ação penal, bem como das provas que ele pode produzir em juízo para obstar a procedência dessa ação. Assim, o imputado tem a liberdade e as condições de avaliar se o acordo será ou não vantajoso para ele.

Previsto para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça, o acordo abarca uma quantidade significativa de tipos penais de perigo abstrato e de situações-conflito que poderiam ser tratadas fora do âmbito penal, mas que muitas vezes são definidas como crime pelo legislador em razão de sua utilização simbólica.

Desse modo, é possível utilizar o acordo como ferramenta de promoção de relegitimação do direito penal, na medida em que ele possibilita o tratamento não penal de situações-conflito criminalizadas, fruto da expansão do direito penal desassociada de orientação político-criminal. Pelo acordo de não persecução, o Ministério Público tanto pode se valer das condições já elencadas nos incisos I a IV do art. 28-A do CPP quanto fixar outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, conforme o inciso V do referido artigo.

A importância dessa discussão reside nas possibilidades de devolução de situações-conflito que podem ser solucionadas por outras vias jurídicas, mas que o legislador deu tratamento penal em razão da força simbólica para expressar a desaprovação da conduta. Outrossim, para a celebração do acordo, a legislação prevê a necessidade de se perquirir, por meio das condições impostas, as funções retributivas e preventivas da pena, uma vez que exige que ele seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Impõe ainda como condição a reparação do dano causado.

Desse modo, ao propor o acordo, o Ministério Público deve atentar para a finalidade almejada pela norma penal, sem olvidar as funções da pena que devem ser atingidas por meio das condições impostas.

Como exemplos de crimes sujeitos à celebração do ANPP, é possível citar crimes da legislação de trânsito; da Lei que institui o Sistema Nacional de Armas; situações de tráfico de drogas em circunstâncias de privilégio; crimes ambientais; criminalidade organizada; crimes contra o patrimônio cometidos sem violência, a exemplo de furto e estelionato; crimes contra administração pública, como corrupção, peculato; crimes de responsabilidade de prefeitos; crimes tributários, entre outros.

Diante dessas situações, o Ministério Público pode construir a solução mais adequada ao caso concreto para a promoção da proteção dos bens jurídicos que

a norma penal visa tutelar com a criminalização da conduta, mediante práticas de prevenção, reprovação da conduta, sem se valer do processo penal formal e da sanção penal privativa de liberdade, cuja aptidão para a promoção dos fins preventivos geral e especial é constantemente questionada. O acordo possibilita ainda ao Ministério Público, para fins de alcance das finalidades, proteção do bem jurídico, a reparação do dano, e a reinserção da vítima como protagonista da situação-conflito, com a instituição de práticas restaurativas.

Fixadas essas premissas, diante dos problemas de legitimidade do direito penal, oriundos da sua crescente e constante expansão, é possível, por meio da utilização do acordo de não persecução penal, desenvolver política criminal apta a concretizar a proteção do bem jurídico tutelado com a norma e a restaurar a situação-conflito dos envolvidos.

Para tanto, é necessário que o Ministério Público utilize o acordo de forma institucional e visando ao alcance de uma política pública específica. Essa tarefa exige, sob pena de torná-lo uma fase burocrática procedimental, a articulação com órgãos estatais e a sociedade civil organizada, para que se busque, nos mais diversos campos, a reparação do dano social causado com a conduta e se devolva à comunidade a proteção que se espera com a tipificação da conduta.

Nesse sentido, é necessário diagnosticar as situações criminais de conflito sob uma perspectiva geral, ou seja, enxergar o crime dentro da realidade em que ele foi praticado, analisando o contexto e os valores comunitários envolvidos, de modo que se possa verificar se o caso é isolado ou se é um problema criminal recorrente na localidade e de que maneira ele prejudica os interesses, o desenvolvimento e o bem-estar coletivo.

Uma vez feita essa análise, caso seja um caso isolado, o promotor de justiça deve oferecer o acordo visando restaurar a situação de dano causada pela prática do ato criminal. Caso seja um problema recorrente na localidade, ele deve compreender o acordo como uma ferramenta de política criminal.

Nesse segundo caso, passa-se a verificar as formas de se evitar as práticas delitivas, fixando propostas de prestação de serviço, de restrição de direitos como cláusulas do acordo e/ou condição específica que se mostre capaz de alterar a realidade, evitando que novos delitos sejam praticados tanto pelo autor do fato quanto por terceiros, na medida em que se deve articular o tratamento penal da situação em conflito com outras ações, a exemplo de saúde, educação, assistência social, programas de acesso a mercado de trabalho, entre outros.

Por fim, para celebrar o acordo, deve-se chamar a vítima ao feito para discutir as formas de reparação do dano, devolvendo a ela o protagonismo da situação-conflito tratada penalmente, sob a mediação do Ministério Público.

Feito o acordo, necessário buscar parcerias de operacionalidade e fiscalização dessas cláusulas, de forma a garantir que elas sejam efetivamente cumpridas.

Assim, por exemplo, se, em uma determinada localidade, há muitos crimes ligados a lesões no trânsito decorrentes da condução do veículo após a ingestão de álcool, deve ser feita uma análise da situação apresentada, conhecendo-se o perfil dos autores do crime (profissão, faixa etária, local onde moram – zona rural ou urbana), verificando-se o período de incidência dos delitos (noite, finais de semana) e os locais em que são praticados (povoados, rodovias, centro da cidade). Feita a análise, vai se buscar a melhor estratégia para celebrar os acordos, de modo a evitar que o agente volte a praticar a conduta que expõe a risco de lesão bem jurídico de terceiros, fixando as cláusulas do acordo nesse sentido. Assim, a cláusula do acordo deve contemplar formas de o imputado reparar o dano e repensar a ação praticada, internalizando como valor ético a não condução de veículo após a ingestão de álcool. Para tanto, necessário que na localidade existam cursos de reciclagem ou terapias de grupo, ou mesmo grupos de trabalho que forneçam esse serviço para que o imputado possa frequentá-lo, de modo que seja viável, pela celebração de vários acordos nesse sentido, executar uma política pública capaz de mudar a realidade do local.

Além dessa possibilidade, é necessário ainda desenvolver, no âmbito da celebração do ANPP, práticas de justiça restaurativas, que possibilitem a resolução da situação-conflito tutelada pelo tipo penal e que não se resolve pelo processo penal formal, reinserindo a vítima como uma das protagonistas da resolução do conflito, de modo que ela se sinta reparada pela lesão sofrida.

Portanto, verifica-se que o acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do CPP pode ser uma importante ferramenta de desenvolvimento de política pública. Contudo, ele somente assim o será se trabalhado de forma institucionalmente coesa pelo Ministério Público, o qual deverá fixar objetivos claros a serem alcançados com o acordo em face das diversas situações-problema, e de forma articulada com os demais agentes sociais, tanto órgãos estatais quanto a sociedade civil organizada, para viabilizar o cumprimento de suas condições.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal, ao permitir o tratamento de situações-conflito fora do processo penal formal, é instrumento apto a solucionar conflitos que o legislador deu tratamento penal por força do poder simbólico, mas que não estão necessariamente submetidos à pena de prisão, conforme os requisitos do art. 44 do CP, que trata da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Ao evitar o processo penal formal, prever cláusula aberta de cumprimento de condição proporcional e compatível com a infração penal e incluir a necessidade de reparação do dano, o ANPP apresenta-se como um instrumento de viabilização de políticas criminais aptas a tutelarem de forma mais eficaz o bem jurídico protegido pelo tipo penal, bem como solucionar situações-conflito que o processo penal formal é incapaz de resolver.

Conciliando o fundamento das propostas de solução de enfrentamento dos problemas da expansão do direito penal dado pela doutrina penal no sentido do direito penal mínimo com a recente previsão do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário enxergar o acordo para além de um mero instituto negocial penal, uma vez que ele pode ser uma ferramenta de promoção de políticas criminais voltada à proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral e especial, bem como pela reparação do dano.

Enfrentar a situação de crise de legitimidade do direito penal envolve compreender que tanto as distorções de cunho teórico quanto prático necessitam ser abordadas de maneira integrada com os demais ramos do direito, da ciência criminal e das ciências sociais. Os problemas gerados pela divergência entre o discurso penal e a prática do sistema reclamam tanto a adequação do discurso penal às novas necessidades de tutela penal – no sentido proposto por Luis Gracia Martín, não no sentido de suprimir as garantias, mas de dar interpretação que abarque a crescente demanda social de proteção de bens jurídicos coletivos – quanto reclamam a adequação prática do sistema ao discurso de garantias, de modo que os agentes envolvidos com a segurança pública não sejam reprodutores de violência institucional dos mais vulneráveis, seja realinhando o discurso policial com o penal garantidor, seja minimizando e reduzindo as vulnerabilidades sociais dos indivíduos, tanto por meio de políticas públicas que lhes garantam direitos sociais quanto pelo acesso às instituições democráticas e aos espaços de deliberação de política pública.

É insuficiente a adequação do discurso penal liberal ou clássico para enfrentar as distorções desse discurso com a seletividade penal prática sem enfrentar de maneira sistêmica todos os fatores que tornam esses indivíduos vulneráveis, que geram o aumento de violência, que os distanciam dos espaços de deliberação das políticas públicas que os afetam.

Assim, o enfrentamento da crise de legitimidade do direito penal, dentro do modelo jurídico de Estado Democrático Constitucional, exige o enfrentamento integrado dos problemas acerca dos quais as distorções geradas pelo sistema penal são apenas uma de suas expressões.

Nesse sentido, é certo que o ANPP não é a solução para crise, mas pode e deve ser encarado como uma resposta a ela, de modo a restabelecer, ainda que parcialmente (nos casos em que incide), a racionalização do direito penal, por meio do alinhamento dos seus institutos com os fins que busca. Portanto, o acordo é apto a ser uma importante ferramenta político-criminal de redução da expansão penal.

Desse modo, é de extrema importância o debate acadêmico e institucional ministerial do acordo de não persecução penal não limitado a seus aspectos formais e procedimentais, mas como instrumento de política criminal a serviço do enfrentamento dos problemas de legitimidade gerados pela expansão do direito penal.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos crimonológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo à modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- CASTRO, Ana Clara Camargo de. *Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. reimpr. Coimbra: E. Coimbra, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19-115, 2017. Disponível em: [<https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>]. Acesso em: 20.01.2022.
- LANGER, Máximo. *Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions*. *Annual Review of Criminology*, [S.l.], v. 4, p. 377-441, jan. 2021. Disponível em: [www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255].
- MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría do delito*. Trad. de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Ed. Civita, 1997. t. 1.
- SAFATLE, Vladimir. *Só mais um esforço*. São Paulo: Três Estrelas, 2017.
- SANCHEZ, Jesus-María Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 60-122, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276;
- Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro, de Miguel Reale Júnior e Paula Thieme Kagueia-ma – *RT* 1019/277-304; e
- Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada, de Christiano Jorge Santos e Fernando de Oliveira Zonta – *RePro* 317/33-55.

A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL SOB A ÓPTICA DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

THE REQUIREMENT OF CONFESSION IN NON-PROSECUTION AGREEMENT FROM THE PERSPECTIVE OF THE ECONOMIC ANALYSIS OF LAW

LUCAS RAMOS KRAUSE DOS SANTOS ROCHA

Doutorando em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Mestre em Direito pela UFRJ (2020). Especialista em Ciências Penais pela UCAM (2020). Bacharel em Direito pela UFRJ (2017). Pesquisador da FGV Direito Rio.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/8323653428260446>].
ORCID: 0000-0003-4329-3504.
lucas.krause@fgv.br

THIAGO BOTTINO DO AMARAL

Pós-Doutor pela *Columbia Law School* (2014). Doutor (2008) e Mestre (2004) em Direito Constitucional pela PUC-Rio. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (1999). Professor do corpo docente permanente do mestrado e do doutorado em Direito e Regulação e Coordenador do curso de graduação em Direito da FGV Direito Rio. Professor associado da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro.
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/3134056986747443>].
ORCID: 0000-0003-0557-5412.
DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.131>].
thiago.bottino@fgv.br

Recebido em: 01.02.2022

Aprovado em: 23.04.2022

Última versão dos autores: 28.04.2022

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: A implementação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento jurídico brasileiro é recente e não está livre de controvérsias. Por ser um instrumento de justiça penal consensual, o ANPP está sujeito a alguns princípios norteadores, em especial, os de celeridade e economicidade. A partir dessa premissa, o artigo

ABSTRACT: The implementation of the non-prosecution agreement (NPA) in the Brazilian legal system is recent and is not free from controversies. For being an instrument of consensual criminal justice, the NPA is subject to some guiding principles, in particular, celerity and economicity. From this premise, the article analyzes

analisa a constitucionalidade da confissão figurar como um dos requisitos obrigatórios para a realização do acordo. Com base na metodologia da problematização, são levantados os argumentos favoráveis e contrários à sua manutenção, com reforço da óptica da Análise Econômica do Direito. Ao final, são tecidas considerações acerca da análise documental realizada e indicada a inconstitucionalidade da exigência da confissão para a celebração do acordo.

PALAVRAS-CHAVE: Confissão – Acordo de não persecução penal – Justiça penal consensual – Análise Econômica do Direito – Direito Processual Penal.

the constitutionality of the confession to appear as one of the mandatory requirements for the agreement to be concluded. Based on the methodology of problematization, the arguments for and against its maintenance are raised, with the reinforcement of the perspective of the Economic Analysis of Law. At the end, considerations are made about the documental analysis carried out and it is indicated the unconstitutionality of the confession requirement for the conclusion of the agreement.

KEYWORDS: Confession – Non-Prosecution agreement – Consensual criminal justice – Economic Analysis of Law – Criminal Procedure.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A confissão no sistema jurídico-penal brasileiro e a construção normativa do ANPP. 3. Aplicabilidade da confissão e as contribuições da Análise Econômica do Direito. 3.1. Argumentos favoráveis. 3.2. Argumentos contrários. 4. Considerações finais. 5. Referências. Legislação. Jurisprudência.

Agradecemos aos colegas da disciplina de Reflexos Penais da Regulação Econômica, do Doutorado em Direito da Regulação da FGV Direito Rio, que contribuíram com revisões e comentários ao artigo.

1. INTRODUÇÃO

Dentro de um contexto de superpopulação carcerária,¹ morosidade processual² e alto custo do Poder Judiciário,³ a justiça penal consensual (também

1. O que levou o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 347, a declarar o estado de coisas inconstitucional da situação prisional do país pela violação massiva dos direitos fundamentais da população prisional (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347. Brasília, 27.05.2015. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 21.11.2021).
2. Dados divulgados pelo CNJ apontam que, atualmente, o tempo médio de tramitação somente dos processos criminais baixados na fase de conhecimento do primeiro grau é de 3 anos e 10 meses (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. p. 218. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf]. Acesso em: 23.10.2021).
3. Os gastos públicos com o Poder Judiciário foram avaliados em 62,3 bilhões de reais em 2013, o equivalente a 1,3% do PIB nacional do mesmo ano (ROS, Luciano da. O custo da

denominada justiça penal negocial ou, ainda, justiça premial) surge como forma de solucionar o litígio penal de forma não encarceradora, mais célere e menos custosa, orientada pelos princípios da celeridade e da economicidade.

A celeridade remete à noção de que os processos devem ter início, meio e fim, dentro de um prazo mais que razoável, célere.⁴ A principal implicação desse quesito diz respeito à sensação de impunidade que certos crimes podem gerar à luz do pretense argumento de que o excesso de recursos manejados pela defesa pode culminar na prescrição da pretensão punitiva ou executória estatal.

A seu turno, a economicidade trata dos incontáveis gastos que gravitam o processo criminal. Gastos esses que não se restringem aos cofres públicos, mas também ao próprio acusado, que é impingido com custos de defesa (saliente-se, não somente os financeiros), bem como para eventuais particulares atuando no polo acusatório, seja como assistentes de acusação, seja como querelantes.

No Brasil, o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) é a mais recente espécie do gênero de acordos oferecidos no âmbito penal,⁵ sendo baseado nessa nova modalidade de justiça.

Desde a sua criação, o ANPP atravessou numerosas polêmicas, algumas delas chegando ao Supremo Tribunal Federal (STF).⁶ Enquanto as primeiras discussões, hoje superadas, tratavam da competência do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) para criar o acordo a partir das Resoluções 181/17 e 183/18, atualmente o que mais se discute relativamente ao ANPP são as violações de princípios basilares da Constituição da República Federativa do

Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, 2015. p. 2-3).

4. Celeridade, em grande medida, também implica redução de custos judiciais, descongestionamento da fila de processos a serem julgados e aumento do tempo útil para a resolução de casos mais graves e complexos que demandam maior atenção (Cf. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 397).
5. Alguns dos principais acordos penais presentes na legislação brasileira são: a remissão prevista na Lei 8.069/90; a transação penal e a suspensão condicional do processo, previstas na Lei 9.099/95; o acordo de leniência previsto na Lei 12.846/13; a colaboração premiada prevista na Lei 12.850/13; e o mais recente deles, o acordo de não persecução penal previsto na Lei 13.964/19.
6. Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5.790 e 5.793 propostas, respectivamente, pela Associação de Magistrados Brasileiros (AMB) e pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB).

Brasil de 1988 (CRFB/1988) e da Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH), como segurança jurídica, indisponibilidade da ação penal, impessoalidade, imparcialidade, não autoincriminação, silêncio, ampla defesa, contraditório e devido processo legal. Especificamente sobre a obrigatoriedade do requisito da confissão, além da problemática principiológica, traz para a prática questões prejudiciais frequentemente apontadas pela Análise Econômica do Direito (AED), como o risco de falsas confissões.

De forma que seja possível analisar a hipótese de inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão, especialmente com reforço da óptica da AED, a pesquisa é desenvolvida, qualitativamente, com caráter jurídico-compreensivo, atravessando as mais diversas fontes bibliográficas, legais e jurisprudenciais. O artigo é permeado pela metodologia da problematização,⁷ que foca em uma análise crítica de tema que se encontra, até certo ponto, pacificado (no caso do requisito da confissão, está consolidado na Lei 13.964/19 e é recorrentemente aplicado no âmbito pré-processual criminal). Para a realização dessa tarefa, a metodologia é guiada por seis princípios norteadores: (i) identificação da área do objeto a ser questionado; (ii) identificação dos seus argumentos; (iii) avaliação dos argumentos articulados; (iv) desenvolvimento de argumentos alternativos; (v) relação dos argumentos com seus respectivos públicos; e (vi) avaliação dos argumentos alternativos.⁸

A estrutura está dividida em duas seções principais. A primeira trata das questões centrais pertinentes para a compreensão do ato da confissão, além de uma breve contextualização da sua relação com o acordo de não persecução penal, criado em 2017 e consolidado em 2019 pela Lei 13.964/19. A segunda seção comporta a análise do direito concernente à confissão, trazendo os principais argumentos favoráveis e contrários à sua manutenção como requisito obrigatório, assim como as contribuições da literatura mais moderna e da AED. Ao final, são reunidos de modo sintetizado os principais pontos analisados no artigo e é tecida uma possível conclusão sobre a inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão.

7. ALVESSON, Mats; SANDBERG, Jörgen. Generating research questions through problematization. *The Academy of Management Review*, [S.l.], v. 36, n. 2, 2011. Disponível em: [http://crts.bilkent.edu.tr/readings_2015/Alvesson%20Sandberg%20generating%20research%20Qs%20thru%20problematisation%202011.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

8. *Ibidem*, p. 260-266.

2. A CONFISSÃO NO SISTEMA JURÍDICO-PENAL BRASILEIRO E A CONSTRUÇÃO NORMATIVA DO ANPP

A regulação da confissão encontra amparo nos art. 197 a 200 do Código de Processo Penal (CPP).⁹ Trata-se de meio de defesa e resultado eventual do interrogatório,¹⁰ porque dependente da livre manifestação de vontade do acusado, sendo seu conteúdo material restrito tão somente ao reconhecimento da autoria do delito.

A confissão pode ser simples ou qualificada.¹¹ A primeira diz respeito às situações nas quais a declaração do acusado materializa a assunção de culpa pelos tipos penais a ele imputados. A outra, por sua vez, concerne aos casos em que a manifestação é constituída também pela assunção de culpa, entretanto, com elementos a mais que permitem o livramento do sujeito das penalidades previstas, como teses defensivas descriminantes e exculpantes.

Com relação às características, são destacadas: divisibilidade, retratabilidade e relatividade. Quanto à divisibilidade, sublinha-se a noção de que a confissão pode ser separada em partes mais, ou menos, alinhadas com o conjunto probatório, de modo que o magistrado pode conferir valorações diferentes para essas cições.¹² A retratabilidade corresponde à possibilidade de retirada da manifestação realizada, sendo permitido ao juiz se convencer ou não da veracidade da retratação, assim como o faz com a própria confissão.¹³ Por último, a relatividade, que equivale à ideia de que a confissão deve ter correlação lógica com todo o arranjo de provas constituído, de forma que não seja vista isoladamente, sem se correlacionar com o quadro probatório processual, como era feito quando era intitulada rainha das provas.¹⁴

Importa compreender também que a confissão possui função objetiva, ou seja, não deve estar associada a uma necessidade subjetiva de arrependimento

9. BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 28.01.2022.

10. BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015. p. 447.

11. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

12. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 16.

13. *Ibidem*, p. 15-16.

14. *Ibidem*, p. 16.

do imputado para a concessão dos benefícios dela dependentes. Nesse sentido, justifica-se o posicionamento atual dos tribunais em não aplicar a atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal (CP)¹⁵ nos casos em que aparece a forma qualificada do ato, porque não há o desembaraço das complexidades da instrução, nem a colaboração do acusado para alcançar o fim do processo de modo mais célere.¹⁶

Aplica-se diretamente a lógica da eficiência encampada pela Análise Econômica do Direito. Se não há colaboração para reduzir os custos da máquina pública, não há benefícios a se conceder ao acusado, pouco importando haver ou não a presença de uma suposta redenção.

O tempo em que se buscava o arrependimento do imputado na confissão para consagração de benefícios ficou na época do sistema inquisitório, em que a busca da verdade e a expiação de pecados eram a única forma de receber de volta o indivíduo no espaço social e na igreja.¹⁷ Apesar disso, ainda hoje é possível se encontrar traços desse período, a exemplo da fase da investigação policial, na qual vige a lógica da suspeição da presunção de culpa, de modo que os acusados devem se provar inocentes e não os agentes da persecução o oposto.¹⁸

As Constituições presentes nos Estados Democráticos de Direito, bem como os sistemas processuais penais modernos, visam proteger o interesse social na repressão dos delitos, ao mesmo tempo que também garantem os direitos da pessoa imputada.¹⁹ Busca-se, hoje, o equilíbrio entre o interesse coletivo e o direito individual.

A confissão, com todas as suas características e implicações já expostas, pode ainda ser classificada como judicial ou extrajudicial. A primeira é aquela

-
15. “Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] III – ter o agente: [...] d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime” (BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-Lei 2.848*, de 07.12.1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 29.01.2022).
 16. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 17.
 17. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
 18. KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social – USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/article/view/86542]. Acesso em: 27.04.2022.
 19. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 380.

produzida sob o crivo do contraditório, perante a autoridade judicial e respeitados os dispositivos constitucionais e legais pertinentes. A outra é declaração de vontade manifestada em qualquer momento, local ou circunstância que não se enquadre no primeiro caso. A confissão extrajudicial é realizada fora do processo e, caso não confirmada posteriormente em juízo, não deve servir como atenuante,²⁰ nem como prova para a decisão final do julgador.²¹

Seja a confissão judicial, seja a confissão extrajudicial, qualquer uma delas servirá para preencher o requisito obrigatório para a consecução do acordo de não persecução penal. Nos termos do art. 28-A, *caput*, do CPP, tem-se que:

“Art. 28-A. 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.”²² (Grifo do autor).

A relação da confissão com o ANPP vem desde o surgimento do instrumento, sendo ele formalmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Resolução 181 do CNMP, em 07 de agosto de 2017. O acordo sempre dispôs sobre a necessidade da confissão formal e detalhada, mais precisamente, nos termos do art. 18²³ da referida norma. Todavia, sem justificativa explícita para tanto.

Pouco tempo depois, a citada resolução foi objeto de questionamento nas ADIs 5.790 e 5.793, protocoladas no Supremo Tribunal Federal. Apesar de não ser o objeto central das ações, o requisito da confissão também foi colocado em debate nos seguintes termos “Com efeito, o ‘acordo de não persecução penal’:

20. Ver, por exemplo, os HC 69.188/SP, julgado pelo STF, e o HC 217.687/SP, julgado pelo STJ.

21. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 16.

22. BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 29.01.2021.

23. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução 181*, de 07.08.2017. Brasília, DF. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

[...] 5. Viola o inciso LVI porque a imposição de confissão para obter o benefício, fora das hipóteses legais, configura obtenção de prova por meio do MP de forma ilícita”.²⁴

Diante dos questionamentos de constitucionalidade da norma pela AMB e pelo CFOAB, o CNMP publicou a Resolução 183/18 com a finalidade de pôr fim às discussões suscitadas.²⁵ Sem sucesso, todavia, já que as alterações promovidas na resolução anterior não foram suficientes para provocar a perda de objeto das ADIs, mantendo-se em cena os debates sobre a sua inconstitucionalidade.

Em 24 de dezembro de 2019, com o advento da Lei 13.964/19 (Pacote Anticrime), as discussões perdem grande parte da sua força, já que a norma põe fim à questão central levantada nas ações – a falta de competência do CNMP –, o que leva a AMB a reconhecer a perda do objeto da ADI 5.790 e o CFOAB a reconhecer a perda parcial do objeto da ADI 5.793.

3. APLICABILIDADE DA CONFISSÃO E AS CONTRIBUIÇÕES DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A Lei 13.964/19 acrescentou ao Código de Processo Penal o art. 28-A, que dispõe sobre o acordo de não persecução penal. Estipula requisitos que devem ser cumpridos pelo agente, de forma a se tornar apto a participar das negociações como um sujeito racional e livre para fazer escolhas voluntárias, conforme as premissas sustentadas pela justiça penal negocial e pela Análise Econômica do Direito. Entre os requisitos, está a necessidade da confissão, devendo essa ser feita formal e circunstancialmente.

É formal, porque materializa a ideia de que deve estar expressamente estabelecida nas cláusulas do acordo.²⁶ Circunstancialmente, porque todos os fatos descritos nessas cláusulas devem estar vinculados estritamente ao acordo, além de estarem especificados com todos os detalhes possíveis, não havendo brechas ou

24. Supremo Tribunal Federal. ADI 5.790. Repte.(s): Associação dos Magistrados Brasileiros. Intdo.(a/s): Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06.10.2017. Disponível em: [<https://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5283027>]. Acesso em: 23.10.2021.

25. Ressalte-se que, na Resolução 183/18 do CNMP, não há grandes alterações com relação à temática da confissão, havendo apenas uma vocabular, substituindo o termo “detalhadamente” por “circunstanciadamente”.

26. Não foram encontradas controvérsias sobre esse aspecto da confissão.

lacunas que possam obstaculizar o efetivo cumprimento.²⁷ Escritas as cláusulas, é o acordo submetido à apreciação judicial em audiência na qual o magistrado analisa a voluntariedade da parte em formular o acordo, com oitiva do investigado/réu, bem como analisa a legalidade dos requisitos e as condições referentes ao ANPP.

O marco teórico que permeia a AED é o utilitarismo penal. Os fundamentos da teoria se encontram em Cesare Beccaria – que essencialmente pregava a concepção de que as penas deveriam dissuadir criminosos de repetir suas condutas ilícitas e outras pessoas de cometê-las uma primeira vez²⁸ – e Jeremy Bentham – responsável pela tese de que a delinquência só seria praticada pelo homem quando as forças do proveito do crime superassem as forças da dor da punição²⁹ –, sendo posteriormente ampliada por Gary Becker – sustentando a visão de que os agentes criminosos fazem uma escolha racional pelo cometimento dos ilícitos, havendo, para tanto, um cálculo de custo-benefício para a tomada de decisão.³⁰ Busca-se, de modo geral, entender o agente da atividade criminosa como um sujeito racional e as melhores formas de tornar o sistema penal mais eficiente.

Quando se restringe à esfera dos acordos criminais, os principais elementos destacados são: os incentivos e desincentivos à cooperação, as relações de trocas entre as partes e a dissuasão da prática de novos crimes. A lógica é a de que o sujeito racional buscará maximizar os seus interesses e, para tanto, irá oferecer a sua cooperação como permuta por condições melhores na execução, redução da pena ou na própria não persecução penal, ao mesmo tempo que aumentará os custos do cometimento do ilícito ao sujeitar os demais agentes, se existirem, à delação no possível acordo.³¹

Não há, na Análise Econômica do Direito, a busca de uma revolução moral e/ou cívica no comportamento do acusado, a finalidade precípua é levar ao

27. Inclusive, a literatura internacional também caracteriza o termo desta forma. Cf. MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, 1999. p. 382.

28. BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.

29. BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham – William Tait. 1843. v. 1. p. 399-400. *Online Library of Liberty*, n.d. Disponível em: [https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1].

30. BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, [S.l.], v. 76, n. 01, p. 167-217, 1968.

31. BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 66.

encontro do órgão de persecução penal informações sobre ilícitos que, por seus próprios meios, dificilmente encontraria.³² Em linhas gerais, implica a AED a noção de que, se da cooperação não se extraem benefícios para máquina pública, não há razão para conceder benefícios ao acusado.

Alguns autores criticam a própria ideia de justiça penal consensual e, consequentemente, da possibilidade de realização do ANPP, sob o fundamento de que pode gerar uma suposta flexibilização de direitos e garantias fundamentais, como do direito ao silêncio e da presunção de inocência;³³ apesar disso, o instrumento se mantém válido. A seguir, são analisados os argumentos favoráveis e contrários à manutenção da confissão no art. 28-A do CPP como requisito obrigatório para a realização do acordo de não persecução penal, com algumas contribuições da óptica da Análise Econômica do Direito para ambos os posicionamentos.

3.1. Argumentos favoráveis

Os principais argumentos a favor da confissão como requisito obrigatório para o ANPP são: i) potencial probatório para persuadir racionalmente o magistrado; ii) convicção de que o acordo será realizado com o verdadeiro responsável pelo delito; iii) estabelecimento de um consenso entre as partes para o correto estabelecimento das condições; e iv) contribuição pedagógica e moral na mudança de comportamento do acusado.

i) O potencial probatório da confissão para persuadir racionalmente o magistrado tem relação direta com as funções de garantia e processual da confissão. Enquanto a função de garantia³⁴ age sobre o conteúdo material atinente ao objeto e ao sujeito praticante do ato, a função processual³⁵ trata da vantagem obtida pelo órgão de persecução no caso de eventual necessidade de manejo da ação penal pelo descumprimento do acordo.³⁶

32. Idem.

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

34. LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S. l.], v. 3, 2021. p. 158-160. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.

35. Idem.

36. KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Direito Penal e Processo Penal*, [S. l.], v. 2, n. 1, 2020. p. 57.

É um argumento muito presente na Análise Econômica do Direito: faz-se o acordo para dar benefícios ao imputado, mas também para receber outros em contrapartida. No caso, o benefício para o órgão ministerial é o de que a confissão poupa recursos para demonstrar futuramente, em caso de violação do acordo, a responsabilidade penal do indivíduo. Apesar de esse ponto ser importante para a AED, destaca-se que é muito criticado pela literatura norte-americana.

Seguindo essa linha de pensamento, tem-se ainda o Enunciado 27 do Conselho Nacional de Procuradores-Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União (CNPGE) e do Grupo Nacional de Coordenadores de Centro de Apoio Criminal (GNCCRIM), que corrobora a função processual da confissão ao dispor que, “[h]avendo 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)”.³⁷

Espera-se também que haja uma eventual mudança de paradigma para a possibilidade de previsão expressa, em lei em sentido estrito, da utilização da confissão para os casos de descumprimento do ANPP.

O raciocínio de mudança de paradigma se sustenta em duas perspectivas: uma atual e uma futura. A primeira é a de que não há qualquer regulamentação expressa hoje permitindo a utilização da confissão no caso de quebra das condições do acordo, senão a fundamentada no Enunciado 27 do CNPGE/GNCCRIM.³⁸ A segunda, por sua vez, está no terreno das possibilidades, ou seja, considerando-se a atual obrigatoriedade da confissão, espera-se que no futuro uma lei em sentido estrito regulamente o uso dela no processo penal para os casos de descumprimento, portanto, visando a uma situação por vir.³⁹

Entretanto, ainda que não haja previsão legal, atualmente, há potencial de utilização, sob o ponto de vista argumentativo e de convencimento judicial. A título

Disponível em: [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/issue/view/204/154>]. Acesso em: 26.11.2021.

37. GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). *Comissão Especial: enunciados interpretativos da Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: [www.cnpge.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf]. Acesso em: 26.11.2021.

38. LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. p. 287.

39. LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S. l.], v. 3, 2021. p. 158-160. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.

de ilustração, basta lembrar-se dos aspectos práticos da característica da retratabilidade da confissão, desenvolvida na seção anterior: embora prevista em lei, na prática é pouco considerada.

ii) A convicção de que o acordo é realizado com o real responsável pelo delito é refletida na função de garantia incorporada pela confissão. Ao servir como ferramenta de equilíbrio da assimetria informacional, aumenta o grau de convicção que o membro do Ministério Público possui sobre estar conferindo os benefícios ao verdadeiro infrator, ao invés de estar punindo alguém que não cometeu crime algum. Ela reduz, pelo menos em tese, a possibilidade de realização do ANPP com um inocente.

iii) Com relação ao estabelecimento de um consenso entre as partes, a confissão funciona como forma de reduzir a assimetria de informações, nos moldes da AED, entre acusado e órgão de persecução penal, permitindo uma melhor disposição de condições para o acusado. Assim, com a revelação dos fatos praticados pelo agente, presume-se que haveria uma suficiente paridade de informações, o que permitiria ao promotor quantificar corretamente as condições decorrentes do ANPP, beneficiando o indivíduo submetido ao acordo.

Nesse sentido, afirma-se que a “previsão da confissão para celebração do acordo de não persecução tem feição protetiva ao investigado, pois busca assegurar unicamente uma depuração nos elementos de convicção colhidos na fase inquisitiva”.⁴⁰ O consenso corresponde, portanto, ao atingimento do equilíbrio entre a confissão – suprimindo a deficiência cognitiva – e a escolha das condições mais adequadas para o imputado.

iv) O aspecto pedagógico e moral da confissão diz respeito à ideia de que o confitente, ao externar sua conduta delitiva, realiza uma tarefa educativa que orienta sua futura postura para a não repetição do ato.⁴¹ Trata-se, portanto, de uma indução comportamental pela qual se tenta criar no acusado incentivos para o afastamento da repetição do desvio.⁴² Esse, inclusive, era o posicionamento

40. SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 74, 2019. p. 184. Disponível em: [www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+Ó+C3%93+Souza.pdf]. Acesso em: 30.01.2021.

41. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020. p. 129.

42. SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.l.], v. 74, 2019. p. 184.

do STF até 2003, o qual exigia a combinação da confissão com o arrependimento moral do acusado – requisito subjetivo – para conceder o benefício da atenuante do art. 65, III, d, CP.⁴³

Assim, estão apresentados os principais argumentos encontrados na literatura para justificar a manutenção da obrigatoriedade do requisito da confissão no acordo de não persecução penal. Na próxima subseção, serão enumerados os argumentos contrários com suas respectivas justificativas.

3.2. Argumentos contrários

Do mesmo modo que os argumentos favoráveis, os contrários contam com alegações relevantes, são elas: i) não há valor na confissão para o Estado, visto que é inservível como prova; ii) risco de falsas confissões; iii) ato de vingança social; iv) reconhecimento da falência do Estado na atividade persecutória; v) uso como ferramenta de pressão psicológica com similitudes à prática de tortura.

i) A ausência de valor para o Estado, pelo fato de ser inservível como prova, serve de resposta ao primeiro argumento favorável (potencial probatório para persuadir racionalmente o magistrado). Trata-se de uma linha de pensamento bastante simples e que recorre à legalidade em sentido estrito⁴⁴ (arts. 5º, II e 37, ambos da CRFB/88)⁴⁵ que submete os agentes públicos: se eles só podem agir dentro do que a lei permite (premissa maior), e se não há qualquer lei em sentido estrito permitindo a utilização da confissão obtida no ANPP nos casos de descumprimento ou não homologação (premissa menor), logo, não é possível que o agente público se utilize da confissão nos casos de descumprimento ou não homologação (conclusão lógica do silogismo). Até porque, trata-se de meio de

43. Julgados do STF anteriores a 2003: HC 65.286, HC 69.048, HC 76.938 e HC 84.026 (BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 76-77).

44. CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

45. “[...] II – ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” e “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

defesa do acusado, não podendo ser utilizada em seu prejuízo, conforme preconizam os arts. art. 5º, LXIII, da CRFB/88⁴⁶ e 8.2, g, da CADH.⁴⁷

A respeito da qualidade circunstancial da confissão determinada pela lei, esse aspecto também impediria a sua utilização em momento posterior à celebração do acordo, ainda que houvesse descumprimento das condições estipuladas. Isso porque, por circunstancial, entende-se o ato vinculado a uma determinada circunstância específica, ou seja, fora do acordo, a confissão não pode ser tida como válida.⁴⁸ A assunção de culpa pelo acusado não passaria de um mero ato pré-processual acidental.⁴⁹ A sua utilização para uma eventual denúncia mostra-se inaplicável dentro do atual quadro normativo, havendo violação do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, da CRFB/88),⁵⁰ além da já mencionada legalidade em sentido estrito, especialmente a partir de uma leitura sistemática do processo penal.⁵¹

Se a informação prestada pelo acusado à autoridade ministerial não pode ser usada em futura denúncia, nos termos da lei, não há que se falar em uma caracterização da confissão nem mesmo como objeto de troca. Isso porque nem o acusado, nem o órgão de persecução penal têm algo a ganhar com a negociação desse termo.⁵² As condições do ANPP não passam a ser mais favoráveis porque o imputado confessou, nem o Ministério Público passa a poder apresentar denúncia em razão da existência da confissão.

46. “[...] LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado” (Idem).

47. “[...] g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”). 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 26.11.2021).

48. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 75. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.

49. Idem.

50. “[...] LV – aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

51. DAVID, Décio Franco. Confissão: rainha destronada? In: DE BEM, Leonardo Schmitt (Org.). *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Editora D’Plácido, 2018. v. 1.

52. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal, cit.

Com relação a esse primeiro ponto, há ainda uma distinção terminológica que deve ser levantada: trata-se da diferenciação entre confissão e cooperação. Enquanto na primeira espera-se tão somente que o acusado assuma a responsabilidade pelos atos que estão lhe imputando, na segunda envolve-se um algo a mais, que se traduz em fornecer subsídios suficientes para que a máquina pública, na sua atividade de persecução penal, possa alcançar outros agentes delitivos ou, ainda, recuperar bens e valores até então não encontrados ou desconhecidos. Busca-se conferir um viés de eficiência para a cooperação, algo que não deveria ser esperado da confissão.⁵³

Se, de um lado, a cooperação faz sentido quando é estipulada como requisito para a realização, por exemplo, da colaboração premiada,⁵⁴ de outro, a confissão não tem nada a oferecer ao órgão ministerial no acordo de não persecução penal, não servindo como incentivo para quaisquer das partes, sob a óptica da AED.

Essa é a linha de raciocínio que melhor se amolda à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que desde 2003⁵⁵ mudou seu entendimento sobre as funções da confissão, restringindo-as à objetiva. Desse modo, posiciona-se o STF no sentido de que, se não implicar resultados úteis ao processo, a negociação da confissão não se justifica na relação custo-benefício. Assim, se a ausência de lei em sentido estrito regulando a utilização da confissão após quebra das cláusulas ou não homologação inviabiliza qualquer utilidade prática que ela possa ter, não seria possível seu aproveitamento sem que houvesse violação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como da CRFB/88, de modo que fica maculada desde a origem a própria imposição da declaração como requisito obrigatório.

ii) O risco da possibilidade de ocorrer falsas confissões se contrapõe aos segundo e terceiro argumentos apresentados pela literatura favorável à obrigatoriedade do requisito (convicção de que o acordo será realizado com o verdadeiro responsável pelo delito e estabelecimento de um consenso entre as partes para o correto estabelecimento das condições, respectivamente). Em referência clara à Análise Econômica do Direito, trata-se de questão de assimetria informacional.

53. BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 81-82.

54. Outro instrumento negocial penal brasileiro, com regulamentação disposta na Lei 12.850/13.

55. Cf. os julgados do STF: HC 82.337, HC 99.436, HC 109.928, HC 102.002, HC 101.909 e HC 115.994. (BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018. p.76-77).

É evidente que em boa parte dos casos haverá significativa disparidade de conhecimento das informações sobre os fatos entre acusado e órgão ministerial; portanto, criar formas de reduzir essa lacuna é importante, desde que respeitada a presunção de não culpabilidade disposta no art. 5º, LVII, da CRFB/88.⁵⁶ Todavia, ao se pensar no indivíduo racional que busca a maximização dos seus interesses, se colocado em uma situação em que ele é o detentor das informações e a disparidade é muito grande, o cenário comumente mais vantajoso para ele será o de omitir fatos ou alterá-los de modo que reduza a sua punição ou desvie a atenção do acusador para longe dos acontecimentos. Tratando-se, inclusive, de manifestação evidente do direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88) e, novamente, da não produção de provas contra si mesmo (art. 8.2, g, da CADH).

Dessa forma, o que a realidade mostra é que o sistema de justiça criminal não oferece as condições mínimas necessárias para garantir que as confissões sejam verdadeiras.⁵⁷ Pode-se pensar que esse argumento não passa de especulação teórica,⁵⁸ entretanto, as pesquisas evidenciam o contrário. A título de ilustração, estudo realizado nos EUA aponta que, dos casos em que houve revogação nas condenações, 25% deles apresentam falsas confissões.⁵⁹ Quando se fala em condenações revogadas pelo surgimento dos testes de DNA, a situação se repete, sendo as falsas confissões presentes em 20% dos casos.⁶⁰

Há, portanto, reais riscos para o sistema de justiça penal, que pode ser enganado com relativa facilidade pelo acusado tentando maximizar seus resultados pelas falsas informações alimentadas, haja vista a assimetria existente. Portanto,

56. “[...] LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.html]).

57. KASSIN, Saul M. Inside interrogation: why innocent people confess. *American Journal of Trial Advocacy*, [S.l.], v. 32, n. 3, 2009. p. 537. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtrad32&div=33&id=&page=]. Acesso em: 26.11.2021.

58. SPAGNOLO, Giuseppe. Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, [S.l.], v. 23, n. 1, 1980. p. 43.

59. SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. p. 9. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-pleabargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.

60. Idem.

mostra-se incongruente exigir-se a confissão como condição obrigatória, seja da óptica de quem acusa, seja da óptica do acusado.

iii) A aplicação da vingança social pode servir como resposta para o quarto argumento trazido na subseção anterior (contribuição pedagógica e moral na mudança de comportamento do acusado). Pode-se destacar que suas razões se fundam no fato de a confissão, hoje, cumprir um papel inócuo no acordo de não persecução penal. Isso porque se a lei não permite a sua utilização em qualquer outra situação, senão para configuração da quebra do ANPP, a única razão que se pode extrair para sua obrigatoriedade é a necessidade de fazer o acusado sofrer, fundado numa suposta penitência religiosa⁶¹ e, em menor medida, satisfazer os anseios do membro do Ministério Público de saber que a pessoa para a qual está oferecendo o acordo é, de fato, quem ele espera que seja.⁶²

Na negociação do acordo, o réu não confessa esperando expurgar os seus pecados, mas, sim, para evitar a certeza construída pelo órgão ministerial de uma condenação judicial desproporcional pelo suposto ilícito cometido,⁶³ em manifesta violação a não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CRFB/88). Nesse sentido, merece novamente ser citada a jurisprudência do STF, que não mais associa os benefícios da confissão objetiva ao arrependimento sentimental – função subjetiva – do agente.

iv) Sobre a admissão de falência do Estado no exercício da atividade de persecução penal, pode-se afirmar que como ele é a parte mais forte no processo, demandar a obrigatoriedade da confissão do acusado equivaleria a reconhecer a insuficiência das suas capacidades. Isso porque, se por si só não está apto a alcançar as provas necessárias para enquadrar o indivíduo nos moldes de autoria e materialidade mínimos para oferecer a denúncia, em respeito a não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CRFB/88), não deveria submeter o indivíduo a

61. SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, [S.l.], v. 17, n. 69, p. 123-138, 2018.

62. SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. p. 9. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-pleabargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.

63. GOUVEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, 2016. p. 18.

negociações sobre sua possível e não provada pena, menos ainda requerer para tanto sua confissão.

v) A exigência da confissão possui pontos de contato que a aproximam perigosamente da tortura pela pressão psicológica.⁶⁴ Se o que está em jogo é uma ferramenta que busca o consenso – a partir de trocas entre as partes, para uma conclusão abreviada do processo –, elementos que prejudiquem as plenas capacidades de negociação, de quaisquer dos sujeitos, não podem ser aceitos,⁶⁵ especialmente quando todo o ordenamento jurídico pátrio está permeado pela vedação da tortura constitucionalmente (a exemplo do art. 5º, III, da CRFB/88)⁶⁶ e convencionalmente (a exemplo da Convenção Contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura, entre outras).

A confissão, nesse caso, se apresenta como danosa porque é comumente associada a discursos que afirmam que caso o acusado não opte pela sua realização e pelo acordo, a pena definida na sentença poderá ser desproporcionalmente maior, violando, mais outra vez, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CRFB/88) e de não produção de provas contra si mesmo (art. 8.2, g, da CADH). Ressalte-se, apesar disso, que a superação dos limites objetivos impostos pela hipótese fática delimitada pelo ANPP é mais difícil de ocorrer no sistema brasileiro do que no norte-americano, mas ainda assim é possível. A diferença dos prejuízos causados entre a pressão psicológica e a tortura, portanto, é de grau, não de tipo, vejamos:

“Para ter certeza, nossos meios são muito mais polidos; não usamos cavaletes, nem parafusos de dedo, nem bota espanhola para esmagar suas pernas. Mas, como os europeus de séculos distantes que usaram essas máquinas, tornamos terrivelmente caro para um acusado reivindicar seu direito à salvaguarda constitucional de julgamento. Nós o ameaçamos com uma sanção materialmente aumentada se ele fizer uso de seus direitos e for posteriormente condenado.

64. LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46. n. 1, artigo 3, p. 3-22, 1978. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.

65. LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, 2020. p. 74. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.

66. “[...] III – ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante” (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm]).

Essa diferença na sentença é o que torna a negociação do acordo coercitiva. Há, é claro, uma diferença entre ter seus membros esmagados se você se recusar a confessar, ou sofrer alguns anos extras de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de tipo. A negociação com confissão, como a tortura, é coercitiva.⁶⁷ (Tradução livre).

Dessa forma, restam expostos os principais argumentos encontrados na literatura que podem subsidiar as posições favoráveis e contrárias à manutenção da confissão no acordo de não persecução penal. Não se buscou esgotar todos os possíveis fundamentos, em razão de este trabalho estar limitado às proporções de um artigo acadêmico. Espera-se, todavia, que o contexto das discussões tenha sido suficientemente ilustrado para proporcionar uma visão geral do que está em debate.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme exposto, pode-se perceber que o acordo de não persecução penal passou por um processo de construção normativa conturbado. Desde sua origem sendo questionado em ações diretas de inconstitucionalidade, seja por questões formais, como a competência do MP para aplicá-lo fundamentando-se em resoluções do próprio CNMP, seja por questões materiais, como a violação de princípios constitucionais e convencionais que o Brasil se comprometeu a salvaguardar. Fato é que, mesmo após a edição de lei em sentido estrito, a Lei 13.964/19, as discussões não desapareceram por completo, sendo uma delas a da constitucionalidade do requisito da confissão, objeto central deste artigo.

Como é um acordo, encontra-se inserido no microssistema da justiça penal consensual e, como tal, busca reforço na Análise Econômica do Direito para justificar suas implicações em resultados eficientes, especialmente quanto à celeridade e à economicidade. Razão pela qual se procura agregar aos argumentos jurídicos desenvolvidos na segunda seção deste artigo singelos apontamentos sob a óptica da AED.

A percepção destes autores, ao final, é no sentido de que, no que toca à Análise Econômica do Direito, a obrigatoriedade do requisito da confissão, de modo global, é uma situação desvantajosa para ambas as partes, não justificando a relação

67. LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46. n. 1, artigo 3, 1978. p. 12-13. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.

de custo-benefício na equação final. Os argumentos contrários à manutenção do requisito no ANPP parecem se resguardar em fundamentos mais robustos e atuais, superando as vantagens oferecidas pela linha de pensamento oposta. Em essência, a confissão é tida como meio de defesa e, portanto, qualquer utilização de seus termos que possa incutir consequências negativas ao indivíduo deve ser contraposta com benefícios que equilibrem a balança negocial, caso contrário, seria apenas o Estado utilizando-se de sua imperatividade para coagir indivíduos a prestarem informações.

No mesmo sentido, a alternativa que parece estar subsidiada de melhores fundamentos de direito é a que sustenta a inconstitucionalidade da confissão para a realização do acordo. Isso porque, conforme demonstrado, há violação de diversos princípios da CRFB/88 e da CADH, em especial, a legalidade, a não culpabilidade, o direito ao silêncio, o contraditório/a ampla defesa e o direito de não produção de provas contra si mesmo.

A leitura sistemática do processo penal dentro do ordenamento jurídico brasileiro permite concluir que qualquer utilidade prática que pudesse ser extraída para a confissão está, atualmente, prejudicada, diante da falta de lei em sentido estrito permitindo e regulando a possibilidade da sua utilização fora do ANPP. Conforme prescreve a própria Lei 13.964/19, a confissão está adstrita à circunstância do acordo e qualquer uso fora dele implicaria violação ao princípio da legalidade em sentido estrito.

Agrega-se a isso o fato de que desde 2003, quando houve mudança de entendimento, o STF tem por pacificado que cabe à confissão tão somente a função objetiva, ou seja, de contribuição para a eficiência da atividade estatal, de modo que qualquer função subjetiva não deve ser levada em consideração para a concessão das benesses. Se, conforme observado, a falta de regulação permitindo a sua utilização fora do ANPP inviabiliza qualquer utilidade prática para a declaração, qualquer movimentação em sentido contrário violaria o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, bem como a CRFB/88, restando por maculada na origem a própria imposição da sua coleta.

Dessa forma, utilizar-se da confissão, como pretende o Enunciado 27 do CNPG e GNCCRIM, para subsidiar novas denúncias em caso de descumprimento ou não homologação do acordo não só desequilibraria a balança negocial – pressuposto-chave da justiça penal consensual – como também violaria frontalmente os princípios constitucionais/convencionais mencionados anteriormente e a própria jurisprudência do STF. Assim, convencionou-se concluir pela inconstitucionalidade do requisito obrigatório da confissão.

5. REFERÊNCIAS

- ALVESSON, Mats; SANDBERG, Jörgen. Generating research questions through problematization. *The Academy of Management Review*, [S.l.], v. 36, n. 2, p. 247-271, 2011. Disponível em: [http://crts.bilkent.edu.tr/readings_2015/Alvesson%20Sandberg%20generating%20research%20Qs%20thru%20problematization%202011.pdf]. Acesso em: 20.10.2021.
- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2015.
- BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2014.
- BECKER, Gary. Crime and punishment: an economic approach. *Journal of Political Economy*, [S.l.], v. 76, n. 01, p. 167-217, 1968.
- BENTHAM, Jeremy. The Works of Jeremy Bentham – William Tait. 1843. v. 1. *Online Library of Liberty*, n.d. Disponível em: [<https://oll.libertyfund.org/title/bowring-the-works-of-jeremy-bentham-vol-1>]. Acesso em: 28.04.2022.
- BOTTINO, Thiago. *Direito e processo penal: reflexões contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2018.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 28. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2015.
- CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2021*. Brasília: CNJ, 2021. Disponível em: [www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/11/relatorio-justica-em-numeros2021-051121.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. In: *Crítica à teoria geral do direito processual penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DAVID, Décio Franco. Confissão: rainha destronada? In: DE BEM, Leonardo Schmitt. (Org.). *Estudos de Direito Público*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. v. 1.
- GOUBEIA FILHO, Eduardo Correia. O uso perverso da confissão no processo penal brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Penal & Política Criminal – UFRGS*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 11-19, 2016.
- GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE CENTRO DE APOIO CRIMINAL (GNCCRIM). *Comissão Especial: enunciados interpretativos da Lei Anticrime*. 2019. Disponível em: [www.cnpq.org.br/images/arquivos/gndh/documentos/enunciados/GNCCRIM_Enunciados.pdf]. Acesso em: 26.11.2021.
- KALIL, José Lucas Perroni. Sobre a constitucionalidade da confissão no Acordo de Não Persecução Penal. *Revista de Direito Penal e Processo Penal*, [S.l.], v. 2, n. 1, p. 50-60, 2020. Disponível em: [<https://revistas.anchieta.br/index.php/DireitoPenalProcessoPenal/issue/view/204/154>]. Acesso em: 26.11.2021.

- KANT DE LIMA, Roberto. Polícia e exclusão na cultura judiciária. *Tempo Social – USP*, São Paulo, v. 9, n. 1, p. 169-183, maio 1997. Disponível em: [www.revistas.usp.br/ts/article/view/86542]. Acesso em: 27.04.2022.
- KASSIN, Saul M. Inside interrogation: why innocent people confess. *American Journal of Trial Advocacy*, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 525-540, 2009. Disponível em: [https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/amjtrd32&div=33&id=&page=]. Acesso em: 26.11.2021.
- LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 46, n. 1, artigo 3, p. 3-22, 1978. Disponível em: [https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol46/iss1/3]. Acesso em: 26.11.2021.
- LESCOVITZ, Guilherme; TAPOROSKY FILHO, Paulo Silas. A (in)constitucionalidade dos requisitos do acordo de não persecução penal. *Academia de Direito*, [S.l.], v. 3, p. 143-167, 2021. Disponível em: [www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3267]. Acesso em: 26.11.2021.
- LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 8. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2020.
- LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)acordo de não persecução penal. *Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 26, p. 65-84, 2020. Disponível em: [https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/article/view/17]. Acesso em: 26.11.2021.
- MARTÍNEZ, Santiago. ¿Confesión en el juicio abreviado? *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, [S.l.], v. 98, n. 5, p. 373-398, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.
- ROS, Luciano da. O custo da Justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites of Brazil*, [S.l.], v. 2, n. 9, p. 02-15, jul. 2015. Disponível em: [http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.
- SARKIS, Jamilla Monteiro. O arrependimento como pressuposto de validade da confissão: moralidade e penitência cristã na aplicação da pena. *Revista de Estudos Criminais*, [S.l.], v. 17, n. 69, p. 123-138, 2018.
- SILVA, Juliana Ferreira da. O *plea bargain* e as falsas confissões: uma discussão necessária no sistema de justiça criminal. *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, Edição Especial Pacote Anticrime, ano 27, n. 318, maio 2019. Disponível em: [https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6331-O-plea-bargain-e-as-falsas-confissoes-uma-discussao-necessaria-no-sistema-de-justicacriminal]. Acesso em: 26.11.2021.
- SILVA SANCHEZ, Jesus-Maria. *Eficiência e direito penal*. Barueri: Manole, 2004.
- SOUZA, Renee do Ó. A opção político-criminal do acordo de não persecução penal como instrumento de segurança pública. *Revista do Ministério Público do*

Estado do Rio de Janeiro, [S.l.], v. 74, p. 167-191, 2019. Disponível em: [www.mprj.mp.br/documents/20184/1506380/Renee+do+%C3%93+Souza.pdf]. Acesso em: 21.11.2021.

SPAGNOLO, Giuseppe. Il riconoscimento della propria responsabilità nel diritto vigente e nelle prospettive di riforma. *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, [S.l.], v. 23, n. 1, p. 43-62, 1980.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de processo penal*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

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

Legislação

BRASIL. Código de Processo Penal (1941). *Decreto-Lei 3.689*, de 03.10.1941. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm]. Acesso em: 23.10.2021.

BRASIL. Código Penal (1940). *Decreto-Lei 2.848*, de 07.12.1940. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm]. Acesso em: 23.10.2021.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Resolução 181*, de 07.08.2017. Brasília, DF. Disponível em: [www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf]. Acesso em: 23.10.2021.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana de Direitos Humanos* ("Pacto de San José de Costa Rica"). 1969. Disponível em: [www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm]. Acesso em: 26.11.2021.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADI 5.790*. Repte.(s): Associação dos Magistrados Brasileiros. Intdo.(a/s): Conselho Nacional do Ministério Público. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Brasília, 06.10.2017. Disponível em: [http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027]. Acesso em: 23.10.2021.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347*. Repte.(s): Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. Intdo.(a/s): União. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, 27.05.2015. Disponível em: [https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665]. Acesso em: 21.11.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333;
- Análise econômica do direito e justiça multiportas, de Trícia Navarro Xavier Cabral e Livia Peres Rangel Medeiros – *RAED* 3; e
- Regulação econômica e direito penal econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas, de Thiago Bottino – *RBCCrim* 101/125-153.

EXPANSIONISMO PUNITIVO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: GARANTIAS PROCESSUAIS EM RISCO?

PUNITIVE EXPANSIONISM AND CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT: PROCEDURAL GUARANTEES AT RISK?

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Pós-Doutorando em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS (2014). Mestre em Direito pela UNISINOS (2010). Professor coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* (mestrado e doutorado) em Direito da UNIJUÍ. Líder do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisador FAPERGS (Edital PQG nº 05/2019) e Procad/CAPES (Edital nº 16/2020).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/0354947255136468>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-7365-5601>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.184>].

madwermuth@gmail.com

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

RESUMO: O artigo analisa o instituto do acordo de não persecução penal inserido no art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/2019. A problemática de pesquisa radica na averiguação da violação de garantias processuais penais do investigado quando da celebração do acordo de não persecução penal, perspectivado desde o contexto da expansão punitiva contemporânea. Em um primeiro momento, o estudo se volta às características que permitem compreender o Pacote Anticrime como uma legislação típica de um movimento de expansão punitiva no Brasil; na sequência, estabelece-se um estudo dogmático do instituto do acordo de não persecução penal que viabiliza, na última seção do artigo, a elaboração de algumas críticas à sua inserção no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

ABSTRACT: The article analyzes the non-prosecution agreement instituted in art. 28-A of the Brazilian Criminal Procedure Code by Law N.º 13,964/2019. The research problem is rooted in the investigation of the violation of criminal procedural guarantees of the investigated person when the agreement of non-prosecution is signed, viewed from the context of contemporary punitive expansion. At first, the study focuses on the characteristics that allow us to understand the Anti-Crime Package as a typical legislation of a punitive expansion movement in Brazil; then, a dogmatic study of the non-prosecution agreement institute is established, which makes possible, in the last section of the article, the elaboration of some criticisms of its insertion in the Brazilian criminal legal system.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 285-304. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.184>].

PALAVRAS-CHAVE: Expansão punitiva – Acordo de não persecução penal – Garantias processuais penais.

KEYWORDS: Punitive expansion – Non-prosecution agreement – Criminal procedural guarantees.

SUMÁRIO: 1. Considerações iniciais. 2. O "Pacote Anticrime" e o fenômeno da expansão punitiva no Brasil contemporâneo. 3. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro: aspectos dogmáticos. 4. Considerações críticas acerca da inserção do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação. Jurisprudência.

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este estudo perspectiva o instituto do acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/2019, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”. A nomenclatura utilizada para designar a legislação, o contexto político no qual foi produzida e as características que ela assume permitem identificá-la como uma lei produzida no bojo do movimento de expansão do direito penal na realidade brasileira contemporânea.

Nesse sentido, a problemática que orienta a investigação radica no seguinte questionamento: em que medida o acordo de não persecução penal, inserido no Código de Processo Penal brasileiro pela Lei 13.964/2019, enquanto manifestação do movimento de expansão punitiva no Brasil, representa um risco às garantias processuais do investigado?

Como o objetivo geral do texto consiste em realizar uma leitura crítica do instituto, foram estabelecidos como objetivos específicos: a) situar a elaboração da Lei 13.964/2019 no contexto de expansão punitiva no Brasil; b) compreender o delineamento legal do acordo de não persecução penal tal qual se encontra positivado no art. 28-A do CPP; c) analisar, sob uma perspectiva crítica, alguns aspectos que indicam para um tensionamento/relativização das garantias do investigado quando da celebração do acordo de não persecução penal.

Para que esses objetivos sejam alcançados, a segunda seção do artigo abordará o movimento de expansão punitiva na contemporaneidade, destacando algumas características desse movimento em relação ao direito penal material e ao direito processual penal, as quais se mostram presentes no âmbito da Lei 13.964/2019, responsável pela inserção do instituto do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico-penal brasileiro; na terceira seção, o texto se volta à análise dos aspectos dogmáticos relacionados ao acordo de não persecução penal,

apresentando as condições e os requisitos para sua celebração; por fim, a quarta seção do artigo volta-se à crítica de alguns aspectos do acordo de não persecução penal que desafiam o modelo de direito penal e processual penal característico de um Estado Democrático de Direito.

2. O “PACOTE ANTICRIME” E O FENÔMENO DA EXPANSÃO PUNITIVA NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

Em seu diagnóstico sobre o direito penal espanhol do início do século XXI, Gonzalo Quintero Olivares (2019) destaca um movimento peculiar: o século XX, em termos de discurso jurídico-penal na Espanha, encerrou-se com certo predomínio das ideias garantistas e do espírito liberal; no século XXI, no entanto, observa-se um movimento de recrudescimento punitivo que vai de encontro a essa perspectiva, o que se evidencia por meio de um conjunto de modificações legislativas que se caracterizam: a) pela priorização da função repressiva do direito penal, pugnando por um modelo de maximização da intervenção punitiva em detrimento de programas pautados em um modelo de direito penal subsidiário/mínimo; b) pela conformação alarmante de um modelo de direito penal de autor, centrado na ideia de periculosidade do sujeito e no menosprezo ao princípio da proporcionalidade; c) pelo populismo punitivo (politização do direito penal); d) pela progressiva intervenção punitiva na repressão de condutas que não representam, efetivamente, incitação ao ódio; e) pelo recurso ao direito penal na resolução de problemas políticos internos – a exemplo do caso do separatismo catalão.

Em face desse cenário, o catedrático aponta para uma tendência, no cenário espanhol, de se buscar respostas penais para todo e qualquer problema/conflito urgente que se vislumbre na vida cotidiana, por meio da criação de novos delitos ou da majoração das penas já previstas no ordenamento jurídico. Esse movimento implica um processo de “vulgarização” da resposta punitiva, alimentada pela ideia – disseminada pelos poderes públicos e pelos meios de comunicação – de que a pena é uma espécie de “panaceia universal”, ou seja, uma resposta “lógica e eficaz” para todos os problemas sociais (QUINTERO OLIVARES, 2019).

Esse cenário expansionista também suscita a reflexão sobre a necessidade de racionalização e comedimento. Há temas que desafiam a sociedade contemporânea ao pensamento de alternativas ao modo “tradicional” com que determinados assuntos têm sido abordados – a exemplo da questão da degradação ambiental? Sem sombra de dúvidas. No entanto, como salienta Quintero Olivares (2019), a necessidade de uma intervenção mais efetiva em determinados assuntos não

deve ser entendida – automática e inexoravelmente – como uma obrigação de agir com as armas do direito penal. Uma barreira à elevação do número de delitos de perigo abstrato, por exemplo, que vulneram um modelo de direito penal mínimo, pode ser construída por meio da intervenção do direito administrativo, dotando-o de novas ferramentas/garantias para uma maior eficiência na atuação preventiva.

Isso requer uma “mudança das lentes” por meio das quais os poderes públicos têm reagido às demandas por segurança por parte da sociedade. Esse fenômeno, no Brasil, requer especial atenção, particularmente diante do fato de que, entre nós, já desde o apagar das luzes do século XX assiste-se a um movimento de recrudescimento punitivo que se encontra cristalizado na denominada Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990) a qual, no nosso sentir, foi responsável por uma “guinada paradigmática” no modo como passamos a tratar, em nosso ordenamento jurídico, as questões relacionadas ao delito.

Desde então, enquanto outros ramos do direito passaram a viver, entre nós, momentos de adaptação constitucional, revogação de leis ou apenas regulamentação administrativa, no âmbito do direito penal se verifica o contrário: proliferam-se os tipos penais intangíveis e abstratos; incriminam-se variadas atividades e comportamentos em inumeráveis setores da vida social; aumentam-se indiscriminadamente as penas; relativizam-se os princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos.

No campo processual penal, também se observam alterações legislativas comprometidas com a ideia de maior “eficiência” e “prevenção”, repristinando um ideal inquisitivo de processo, por meio de medidas como: a) a relativização de princípios como o da presunção de inocência; b) a utilização de meios de prova invasivos e violadores de direitos fundamentais, a exemplo da coleta de material genético (DNA) instituída por meio da Lei 12.654/2012, das interceptações ambientais, dos agentes infiltrados e outras medidas instituídas pela Lei 12.850/2013; c) a utilização da colaboração premiada e a antecipação da punição por meio de acordos e barganhas entre acusação e defesa (WERMUTH, 2018).

Em relação à implementação de mecanismos negociais no âmbito do direito processual penal, cumpre salientar que esse movimento está intimamente relacionado à ideia de conferir maior eficiência ao sistema punitivo. Garantias fundamentais e procedimentos rigorosos passam a ser considerados como meros formalismos, verdadeiros entraves a serem superados em favor de uma perspectiva utilitarista do processo penal. Nessa lógica, o processo penal transforma-se em um *medium* para concretização da punição, com o objetivo de dar eficácia

máxima ao direito penal, não deixando, *a priori*, nenhum criminoso impune, independentemente das formas pelas quais esse objetivo será alcançado (WEDY, 2016).

Por meio dessas medidas, amplia-se extraordinariamente a discricionariedade das autoridades judiciárias e policiais, reduzindo-se garantias processuais por meio da substituição de procedimentos acusatórios por mecanismos inquisitivos, com a progressiva atenuação do princípio da presunção de inocência. Tudo isso, não raramente, no bojo de “pacotes” legislativos que, alicerçados em demandas expansionistas, geram mais instabilidades e inconsistências do que efetivamente contribuem para o “aprimoramento” da legislação penal e processual penal.

Esse fenômeno expansionista no âmbito punitivo tem, dentre outros objetivos, o de aplacar o clamor social, iludindo-se, assim, a população, que passa a se sentir mais segura com o recrudescimento punitivo, ainda que dito movimento cumpra com funções meramente simbólicas, ou seja, de encobrimento da incapacidade do Estado no enfrentamento de determinados problemas sociais (PRATT, 2007). Nesse rumo, a expansão punitiva se apresenta como produto de uma espécie de perversidade do aparato estatal, que busca no permanente recurso à legislação penal/processual penal uma (aparente) solução (fácil) aos problemas sociais, deslocando para o plano simbólico (isto é, ao da declaração de princípios, que tranquiliza a opinião pública) o que deveria resolver-se em nível instrumental (da proteção efetiva).

A expansão punitiva evidencia, na perspectiva de Silva-Sánchez (1999, p. 29), uma canalização irracional das demandas sociais por mais *proteção* como demandas por *punição*, o que de certa forma até pode ser visto como razoável, dado que, em um mundo em que as dificuldades de orientação cognitiva são cada vez maiores, a busca por elementos de orientação normativa – e o direito penal, nesse caso, assume especial relevância – se converte quase que em uma obsessão. Com isso, “en medida creciente, la *seguridad* se convierte en una pretensión social a la que se supone que el Estado, y en particular, el Derecho penal deben dar respuesta”.

Esse contexto pode ser analisado como um conjunto de respostas construídas ao medo e à insegurança enquanto sentimentos fundamentais de compreensão da realidade contemporânea (PÉREZ CEPEDA, 2007). A política criminal que se apresenta nesse cenário possui alguns traços característicos que são sintetizados por Díez Ripollés (2007) em: a) uma considerável ampliação dos âmbitos sociais passíveis de intervenção penal, a qual passa a abarcar tanto as novas realidades sociais problemáticas quanto as realidades preexistentes, cuja vulnerabilidade é potencializada; b) uma significativa transformação dos objetivos e do campo

de atuação da política criminal, que passa a se preocupar majoritariamente com a criminalidade dos poderosos, únicos capazes de desenvolver as novas formas delitivas e que até então dificilmente entravam em contato com o sistema punitivo; c) a proeminência que é dada à intervenção punitiva em detrimento de outros instrumentos de controle social; d) a necessidade de “adequar” os conteúdos do direito penal e processual penal às dificuldades insitas à persecução às novas formas assumidas pela criminalidade, o que perpassa por um processo de “atualização” dos instrumentos punitivos no sentido de torná-los mais eficientes.

No Brasil, esse contexto fica explícito a partir da promulgação, em 2019, da Lei 13.964 – que reúne um conjunto de alterações tendentes ao “aperfeiçoamento” da legislação penal e processual penal brasileira –, que ficou conhecida como “Pacote Anticrime”. Referida legislação alterou vários dispositivos do Código Penal (Decreto-Lei 2.848/1940), do Código de Processo Penal (Decreto-Lei 3.689/1941), da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/1984) da Lei dos Crimes Hediondos (Lei 8.072/1990), entre outras.

O “Pacote Anticrime”, na esteira de outras legislações que, desde os anos 1990, vêm sendo promulgadas no Brasil com o escopo de tornar mais *efetiva/contundente* a resposta estatal ao delito, evidencia como “os políticos – presos na essência competitiva de sua atividade – deixam de buscar o *melhor* para preocupar-se apenas com o *que pode ser transmitido de melhor* e aumentar sua clientela eleitoral” (ZAFFARONI, 2007, p. 77). Isso porque o político que pretender confrontar o discurso majoritário acerca da criminalidade é logo desqualificado e marginalizado dentro de seu próprio partido, razão pela qual acaba por assumi-lo, seja por cálculo eleitoreiro, seja por oportunismo ou até mesmo por medo. Diante da imposição do discurso midiático, os políticos possuem duas opções:

“aderir à publicidade da repressão e ficar na moda (tornar-se *cool*) ou ser afastados pelos competidores internos de seus próprios partidos, que aproveitariam o flanco débil de quem se mostra *antiquado* e *impopular*, ou seja, não *cool*” (ZAFFARONI, 2007, p. 78).

Como assevera Albrecht (2000), as leis penais não servem somente para os fins instrumentais da efetiva persecução penal, mas devem fortalecer os valores e as normas sociais. A discussão política, mediante a atenção a grupos de interesses, aterrissa no âmbito da legislação. Inclusive os “interesses abstratos do próprio Estado” se encontram nos caminhos da atividade legislativa. Assim, as reformas da criminalização são apreciadas em todos os campos políticos como meio de reafirmação simbólica de valores.

No caso do “Pacote Anticrime”, no Brasil, esse movimento fica muito evidente. Em sua exposição de motivos, a legislação em questão estabelece, como objetivo, a alteração da legislação penal e processual penal brasileira para, assim, aumentar o índice de segurança da população, paralelamente ao aumento da eficácia no combate ao crime organizado, aos crimes violentos e à corrupção. Em linhas gerais, a “promessa” legislativa era a redução da criminalidade no país por meio do enrijecimento da legislação penal e da supressão de garantias processuais penais. Nitidamente, uma legislação criada “sob encomenda” para atender ao “senso comum” punitivo.

O problema, segundo Díez Ripollés (2007), não é o fato de que a experiência e as percepções cotidianas do povo condicionem a criação e aplicação do direito, o que é absolutamente legítimo em um ambiente democrático, mas, sim, o fato de que essas experiências e percepções são atendidas pelo legislador, na maioria das vezes, sem intermediários especializados, ou seja, sem a interposição de uma reflexão que valora as complexas consequências a que toda decisão penal conduz. Ou seja, no marco do populismo punitivo, as decisões de política criminal se adotam com desconhecimento da evidência e baseiam-se em assunções simplistas de uma opinião pública não informada (LARRAURI PIJOAN, 2005).

Com isso, da mesma forma como acontece no campo midiático, no campo político, a valorização da intervenção da justiça penal atua como mecanismo de encobrimento e ocultação das contradições do sistema. Ela viabiliza a *personalização* dos problemas sociais, em detrimento de uma imputação política. Com isso, esquivava-se de uma intervenção político-estrutural, trasladando a discussão para aspectos acessórios, de forma a desviá-la da essência do problema (ALBRECHT, 2000).

Uma das medidas introduzidas no ordenamento processual penal brasileiro pela Lei 13.964/2019 é o denominado acordo de não persecução penal. Referido instituto, que será abordado em linhas dogmáticas (seção 3) e críticas (seção 4) em sequência, configura-se um exemplo do movimento de expansão punitiva alicerçado na lógica efficientista/utilitarista, que coloca em xeque garantias processuais do acusado.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: ASPECTOS DOGMÁTICOS

Como já referido na seção precedente, a Lei Federal 13.964/2019 incluiu o artigo 28-A no Código de Processo Penal (CPP), instituindo, no sistema processual penal brasileiro, o acordo de não persecução penal. Cunha (2020, p. 127) o conceitua como

“um ajuste obrigacional entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir, desde logo, condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado.”

A aplicação do instituto, antes da edição do Pacote Anticrime, já era viabilizada por meio do art. 18 da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público (a qual foi posteriormente modificada pela Resolução 183/2018), que autorizava a celebração do acordo de não persecução penal nos casos envolvendo crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa aos quais era cominada pena mínima inferior a quatro anos.¹

A introdução de mecanismos de justiça consensuada no âmbito jurídico-penal brasileiro remonta, no entanto, a um período muito anterior à edição da sobredita resolução. A Lei 9.099/95 prevê, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, a possibilidade de composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo. Além dos institutos previstos na Lei 9.099/1995, podem ser destacados outros exemplos: a) Lei 9.807/99, que estabelece a possibilidade de colaboração premiada como acordo; b) Lei 12.850/13, que estabelece procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais;² c) Lei 12.846/13, que introduz a possibilidade de se formalizar acordos de leniência em matéria de anticorrupção. Também podem ser mencionados, aqui, os Termos de Compromisso de Ajustamento de Conduta, que, nos termos da Lei 7.347/1985, podem ser firmados com o Ministério Público em diversas matérias (incluindo casos que envolvem o interesse público, a exemplo da defesa do erário).

1. As Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5790 e 5793 foram ajuizadas pela Associação Brasileira de Magistrados e pela Ordem dos Advogados do Brasil, respectivamente, questionando a ausência de competência normativa do Conselho Nacional do Ministério Público para legislar sobre o assunto, por tratar-se, nos termos da Constituição Federal (art. 22, II), de tema de competência privativa da União. A entrada em vigor da Lei 13.964/2019, no entanto, ocorreu antes mesmo que o Supremo Tribunal Federal pudesse apreciar o mérito das referidas ações.
2. De acordo com Santos (2016, p. 29, grifos do autor), “a colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são *negócios jurídicos processuais despenalizadores*, ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui veia punitiva – persegue-se, através dela, a colaboração do maior número de agentes, inclusive do colaborador”.

Atualmente, de acordo com o art. 28-A, CPP, em se tratando de crime ao qual se comine pena mínima inferior a quatro anos (consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, nos termos do § 1º), “não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça”, poderá o órgão do Ministério Público “propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, mediante a observância de algumas condições, ajustadas cumulativa e alternativamente, sendo o acordo formalizado por escrito e firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor (§ 3º).

De acordo com o § 14 do art. 28-A do CPP, em havendo recusa do Ministério Público em propor o acordo de não persecução penal, poderá o investigado requerer a remessa dos autos ao órgão superior, em atendimento ao disposto no art. 28 do CPP.

As condições para a celebração do acordo de não persecução penal, especificadas entre os incisos I a V do art. 28-A, são as seguintes:

- a) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima;
- b) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- c) prestação de serviços comunitários ou a entidades públicas por prazo correspondente ao mínimo da pena cominada ao delito, diminuída de um a dois terços, nos termos do art. 46 do Código Penal;
- d) pagamento de prestação pecuniária à entidade pública ou de interesse social que tenha por função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos lesados pelo agente, indicada pelo juízo da execução, na forma do art. 45 do Código Penal;
- e) cumprimento de outra condição estipulada pelo órgão ministerial, guardadas a proporcionalidade e compatibilidade com a infração penal praticada.

Nos termos do § 5º do art. 28-A do CPP, na hipótese de o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições impostas ao acusado no acordo de não persecução penal, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que a proposta do acordo seja reformulada, com concordância do investigado e seu defensor. Caso não ocorra a reformulação da proposta, ou caso ela não atenda aos requisitos legais, o juiz poderá recusar-se a homologá-la, nos termos do § 7º do art. 28-A do CPP.

O § 2º do art. 28-A do CPP estabelece quatro hipóteses nas quais o acordo de não persecução penal não poderá ser aplicado:

- a) quando cabível transação penal nos termos do art. 76 da Lei 9.099/1995 (inciso I);

b) em caso de reincidência do investigado ou quando presentes elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se as infrações pretéritas forem insignificantes (inciso II);

c) caso o agente já tenha sido beneficiado por acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei 9.099/1995) nos cinco anos anteriores ao cometimento da infração (inciso III);

d) quando se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (inciso IV).³

A homologação do acordo de não persecução penal acontecerá em audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade e legalidade, mediante a oitiva do investigado na presença do seu defensor, nos termos do § 4º do art. 28-A do CPP. Uma vez homologado o acordo, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que seja iniciada a sua execução perante o juízo competente, consoante dispõe o § 6º do art. 28-A do CPP. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal, nos termos no § 12 do referido dispositivo, não constarão de certidão de antecedentes criminais do investigado, exceto para efeito de aplicação do disposto no inciso III do § 2º.

O § 9º do art. 28-A do CPP dispõe que a vítima do crime também será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e, se for o caso, de seu descumprimento. Caso o acordo não seja homologado, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para avaliação da necessidade de complementação das investigações ou para que seja oferecida a denúncia, conforme preceitua o § 8º do art. 28-A do CPP.

O descumprimento do acordo enseja sua rescisão, hipótese na qual o órgão ministerial deverá fazer a devida comunicação ao juízo para oferecimento, *a posteriori*, da denúncia (§ 10). O não cumprimento do acordo pelo investigado, segundo o § 11 do art. 28-A do CPP, poderá ser utilizado pelo Ministério Público para justificar o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo. Caso o acordo de não persecução penal seja cumprido integralmente, será declarada extinta a punibilidade do investigado (§ 13).

Da análise da regulamentação do acordo de não persecução no art. 28-A do CPP, torna-se possível constatar que se trata de um instituto que estabelece uma modalidade de extinção consensual da ação penal. Estabelece-se um acordo entre a acusação e a defesa, mediante concessões mútuas de direitos penais e

3. Sobre o tema, consultar Bianchini e Gomes (2020).

processuais, permitindo uma solução sumária para o caso penal (SUXBERGER; FILHO, 2016, p. 384). Silva (2020, p. 264) salienta que o instituto deve ser considerado enquanto “um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial operado na esfera criminal, a fim de se atingir um fim consensual, de modo a otimizar o sistema de justiça criminal com restrição da criminalização”.

Como evidenciado pelo teor do *caput* do art. 28-A do CPP, o acordo de não persecução penal não se configura como um direito subjetivo do investigado, mas um benefício que, presentes os requisitos legais, depende do poder discricionário do Ministério Público enquanto titular exclusivo da ação penal, considerando-se as finalidades do instituto declaradas no dispositivo em comento: reprovação e prevenção do crime.

A celebração do acordo de não persecução penal também requer que o investigado confesse – circunstancial e formalmente – a denúncia, conforme dispõe o art. 28-A, *caput*, do CPP. Isso evidencia o caráter negocial do instituto, na medida em que o sujeito investigado oferta a verdade e o acusador contrapõe a ela benefícios de ordem legal, a exemplo da imposição de uma pena mais leve como alternativa à privação da liberdade.

Para a formalização do acordo de não persecução penal, a legislação processual exige que o investigado esteja acompanhado por defensor técnico. Esse acompanhamento abrange as tratativas para a formalização do acordo, passando pela sua assinatura e homologação, como se infere dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 28-A do CPP. A exigência de que o investigado esteja acompanhado de advogado ou defensor público tem por objetivo viabilizar um entendimento adequado, pelo imputado, das infrações que lhe são irrogadas, bem como das consequências no caso de aceitação ou não do acordo.

No que se refere aos aspectos de direito intertemporal, o Ministério Público Federal, por meio da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão, retificou e ampliou a redação do Enunciado 98, que passou a prever expressamente a preclusão do acordo de não persecução penal quando oferecido pela acusação e recusado pela defesa, desde que a sentença ou o acórdão condenatório tenha sido publicado após a vigência da Lei 13.964/2019. Após a revisão, o Enunciado também passou a permitir ao Ministério Público Federal avaliar se o acórdão/a sentença já proferidos na ação penal em curso são medidas mais adequadas e proporcionais ao deslinde da causa do que o acordo, como se observa da transcrição a seguir:

“Enunciado 98. É cabível o oferecimento de acordo de não persecução penal no curso da ação penal, isto é, antes do trânsito em julgado, desde que preenchidos os requisitos legais, devendo o integrante do MPF oficiante assegurar seja oferecida ao acusado a oportunidade de confessar formal e circunstancialmente a

prática da infração penal, nos termos do artigo 28-A do CPP, quando se tratar de processos que estavam em curso quando da introdução da Lei nº 13.964/2019, conforme precedentes, podendo o membro oficiante analisar se eventual sentença ou acórdão proferido nos autos configura medida mais adequada e proporcional ao deslinde dos fatos do que a celebração do ANPP. Não é cabível o acordo para processos com sentença ou acórdão após a vigência da Lei nº 13.964/2019, uma vez oferecido o ANPP e recusado pela defesa, quando haverá preclusão. Alterado na 187ª Sessão de Coordenação, de 31/08/2020” (MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, 2020).

Por seu turno, os tribunais brasileiros vêm se manifestando de forma favorável à retroatividade do instituto. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Agravos Regimentais no Habeas Corpus. Direito penal e processual penal. Acordo de não persecução penal. Art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/2019. Norma híbrida: conteúdo de direito penal e processual penal. Retroatividade. Possibilidade até o recebimento da denúncia. Agravo regimental desprovido. 1. O art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, que passou a vigorar a partir de 24/01/2020, traz norma de natureza híbrida, isto é, possui conteúdo de Direito Penal e Processual Penal. 2. Infere-se da norma despenalizadora que o propósito do acordo de não persecução penal é 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 acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para repressão e prevenção do crime. Ou seja: o benefício a ser eventualmente ofertado ao agente sobre o qual há, em tese, justa causa para o oferecimento de denúncia se aplica ainda na fase pré-processual, com o claro objetivo de mitigar o princípio da obrigatoriedade da ação penal. 3. Se, por um lado, a lei nova mais benéfica deve retroagir para alcançar aqueles crimes cometidos antes da sua entrada em vigor – princípio da retroatividade da *lex mitior*, por outro lado, há de se considerar o momento processual adequado para perquirir sua incidência – princípio *tempus regit actum*, sob pena de se desvirtuar o instituto despenalizador. 4. Ao conjugar esses dois princípios, tem-se que 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. 5. Agravo regimental desprovido” (STJ – AgRg no HC: 628647 SC 2020/0306051-4, Relator: Ministro Nefi Cordeiro, Data de Julgamento: 09.03.2021, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 07.06.2021).

No âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda há divergências quanto ao tema. A Primeira Turma adotou a mesma posição do Superior Tribunal de Justiça,

reconhecendo a aplicabilidade do acordo de não persecução penal somente até o recebimento da denúncia (HC 191.464 AgR/SC, relator ministro Roberto Barroso, Primeira Turma, j. 11.11.2020, *DJe* 26.11.2020). A Segunda Turma, no entanto, já reconheceu a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal em um caso no qual o Ministério Público Federal requereu desclassificação da conduta de tráfico para tráfico privilegiado nas alegações finais (HC 194.677/SP, relator ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, j. 11.05.2021, *DJe* 13.08.2021). Nos autos do HC 185.913/DF, o ministro Gilmar Mendes afetou a decisão sobre o tema ao Plenário do Supremo. O julgamento teve início em 17 de setembro de 2021, no Plenário Virtual, no qual o referido ministro apresentou seu voto, fixando a tese de que o acordo de não persecução penal é cabível em casos de processos em andamento (ainda não transitados em julgado) quando da entrada em vigência da Lei 13.964/2019, mesmo se ausente confissão do réu até aquele momento, sendo que ao Ministério Público caberá manifestação motivada sobre a (in)viabilidade da proposta. Houve pedido de destaque do ministro Alexandre de Moraes em 20 de setembro de 2021, o que não permitiu o encerramento do julgamento, de modo que o tema voltará a ser discutido pelo Plenário do STF.

Feitas essas considerações de viés dogmático, passa-se, na sequência, a um conjunto de considerações de cariz crítico, cujo objetivo consiste em problematizar a inserção do instituto do acordo de não persecução penal no âmbito do processo penal brasileiro.

4. CONSIDERAÇÕES CRÍTICAS ACERCA DA INSERÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Desde sua proposição, no bojo do “Pacote Anticrime”, o acordo de não persecução penal tem suscitado muitas críticas por parte da doutrina. Sob uma perspectiva crítica, entende-se que o instituto gera nefastas consequências, que serão abordadas nesta seção.

Primeiramente, salienta-se que, em que pese se tratar de um instituto que amplia os campos consensuais no que concerne aos delitos considerados menos graves e que não tenham sido cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa, deve-se levar em consideração o fato de que o acordo, uma vez aceito, implica o emprego de uma penalidade ao investigado, ainda que não se trate de uma pena privativa de liberdade. Em outras palavras: ao acusado é aplicada sanção sem a observação do devido processo legal e demais garantias constitucionalmente previstas.

Como justificativa, tem-se apresentado, reiteradamente, a mitigação dos “riscos do processo”. Como destaca o ministro do Superior Tribunal de Justiça Nefi Cordeiro, no julgamento do Agravo Regimental no *Habeas Corpus* 628647 SC 2020/0306051-4, “o propósito do acordo de não persecução penal é o de poupar o agente do delito e o aparelho estatal do desgaste inerente à instauração do processo-crime”, na medida em que se abre, por meio do acordo, “a possibilidade de o membro do Ministério Público, caso atendidos os requisitos legais, oferecer condições para o então investigado (e não acusado) não ser processado, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”. Há, nitidamente, nessa compreensão, uma subversão da lógica segundo a qual o processo é, em essência, *garantia*, e não, por si só, *pena*.

Segundo Giacomolli e Vasconcellos (2015, p. 1111), a inserção do acordo de não persecução penal no âmbito do processo penal brasileiro evidencia uma “propensão contemporânea do reconhecimento estatal da necessidade de colaboração do acusado com a persecução penal”, o que se dá por meio do reconhecimento da culpabilidade e/ou da incriminação de terceiros, com o objetivo de “facilitar a atividade acusatória ao afastar o imperativo de comprovação integral dos fatos incriminatórios – a partir de provas lícitamente produzidas pelo acusador público – e anular a postura defensiva de resistência à denúncia”.

Fabretti e Silva (2018, p. 282) referem que o acordo de não persecução penal está alicerçado na duração razoável do processo e na economia processual, evidenciando-se uma inevitável busca pela eficiência do processo em detrimento de seu caráter instrumental de proteção/efetivação das garantias. A prioridade passa a ser um julgamento rápido e pouco custoso.

Por outro lado, deve-se considerar, como destacam Lopes Jr. e Oliveira (2019), que os mecanismos de justiça consensual transmitem apenas uma falsa sensação de voluntariedade, na medida em que não se observa uma situação na qual se viabiliza uma verdadeira escolha para os réus menos favorecidos no âmbito do sistema de administração da justiça penal. Para os autores, a seletividade que marca o sistema penal brasileiro se reflete no campo dos mecanismos consensuais, de modo que “quem terá os melhores acordos, os melhores ganhos e conseguirá diante desse caos cumprimento de penas alternativas não serão aqueles que representam o preferencial público do processo penal brasileiro”, de modo que “os poderosos poderão seguir se beneficiando, pois o sistema não é para eles, não foi para eles pensado”; em outras palavras, “os destinatários finais da violência estatal serão os mesmos”, que agora não terão um processo para lhes garantir um mínimo de direitos e que, consequentemente, “ver-se-ão tendo que negociar com quem não lhes dá opção, com quem, pela

desigualdade, faz não haver escolha, e a confissão (ainda que inverídica) será o melhor negócio”.

Nesse cenário, o acordo de não persecução penal pode se transformar em um mecanismo de acentuação das desigualdades sociais no âmbito jurídico-penal, na medida em que impele o investigado a aceitar um acordo proposto diante do receio dos “riscos do processo”. Aliás, nesse contexto, o processo deixa de ser considerado enquanto garantia do acusado, mas condição de possibilidade de uma condenação desfavorável.

Não é possível deixar de considerar, aqui, a posição privilegiada ocupada pelo Ministério Público em relação ao réu, parte hipossuficiente dessa relação e que, receoso da possibilidade da aplicação de pena muito mais gravosa do que a ofertada no acordo, acaba por aceitá-lo. Sobre o tema, convém salientar que, no sistema de justiça penal dos Estados Unidos, berço dos mecanismos penais consensuais, o instituto da *plea bargain* tem sido bastante questionado, na medida em que se tem evidenciado a utilização de técnicas de coação por parte do Ministério Público para celebração de acordos, sendo também recorrente a prática do *overcharging* (excesso de acusações) como método para impor medo ao acusado, fazendo-o crer que o acordo é mais benéfico à sua situação, em face da pena que pode ser imposta caso recuse o acordo (ALEXANDER, 2017).

Sob perspectiva crítica, também se coloca a temática da confissão prévia – requisito do art. 28-A, *caput*, do CPP para celebração do acordo de não persecução penal. De acordo com Cheker (2020, p. 373-374), “cabe ao investigado confessar todos os elementos da prática criminosa de forma detalhada e minuciosa”, não se admitindo a confissão genérica, mas, sim, “um reconhecimento da prática do ato criminoso em todas as suas circunstâncias, entre elas a atuação do beneficiário no concurso de agentes”.

Nesse sentido, a exigência da confissão se torna um obstáculo intransponível ao ajuste do instituto do acordo de não persecução penal a um modelo de processo penal alicerçado na lógica das garantias, típico de um Estado Democrático de Direito, na medida em que essa confissão gera questionamentos como: a) qual será a garantia para o infrator de que o acordo será efetivamente homologado? b) nos casos de descumprimento, ensejando o prosseguimento do processo, a asunção de culpa poderá ser utilizada em desfavor do acusado em eventual sentença condenatória? c) a confissão, nessa mesma hipótese, poderá ser utilizada como argumento da acusação em prol da culpabilidade do investigado?

Como salientado, no âmbito do acordo de não persecução penal há a sobrevalorização da confissão, que já ocupou, no âmbito do processo penal, o posto de “rainha das provas” e que foi paulatinamente relativizada em face dos demais

indícios e conteúdo probatório produzido ao longo da instrução processual. Nesse sentido, pode-se afirmar que a necessidade da declaração de culpa fere o direito de presunção de inocência. Com efeito, se não há persecução penal em curso e, conseqüentemente, não se fala em incidência do devido processo legal, exigir que o acusado assuma a culpabilidade de algum delito com a finalidade de realizar o acordo de não persecução penal não se mostra razoável, uma vez que essa declaração pode ter repercussões *a posteriori* na esfera penal e até mesmo no âmbito cível.

Por outro lado, a imposição de deveres ao investigado mediante a confissão formal dos fatos faz com que o acordo de não persecução penal, de acordo com Castro e Prudente Netto (2020), estabeleça “um novo método de arbitramento de responsabilidade que passa ao largo de uma lógica epistêmica de produção de conhecimento”, na medida em que “se antecipa a conclusão acerca do mérito do processo sem a concessão de qualquer contraditório à parte acusada, até porque não há a formulação formal de uma hipótese acusatória”.

Sobre o tema, Lopes Jr. (2013) destaca que a confissão não possui qualquer valor legal se não observadas determinadas condições. Para o autor, a confissão somente pode ser valorada quando produzida em juízo, desde que o réu tenha sido devidamente alertado acerca de suas garantias asseguradas constitucionalmente e, além disso, as tenha compreendido plenamente e manifestado sua vontade com absoluta liberdade e voluntariedade.

No entanto, no caso de não cumprimento adequado do acordo de não persecução penal, há a previsão de sua revogação, conforme exposto no art. 28-A, § 10, do CPP, hipótese na qual a confissão poderá ser utilizada em desfavor do réu no âmbito do processo criminal, “como elemento de reforço da prova de autoria, corroborando com as demais provas produzidas em contraditório” (CARVALHO, 2020, p. 258). Em sentido contrário, Cunha (2020, p. 129) entende que, apesar de se pressupor isso a partir da confissão, não se cogita falar em reconhecimento expresso de culpa pelo investigado: “há, se tanto, uma admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica. A culpa, para ser efetivamente reconhecida, demanda o devido processo legal”.

Nesse sentido, como já acontece com relação à dimensão intertemporal, o acordo de não persecução penal tem gerado discussões a partir de teses doutrinárias e jurisprudenciais colidentes, o que coloca em dúvida a sua apresentação enquanto um mecanismo de otimização da justiça criminal brasileira. Na realidade, o instituto inserido no art. 28-A do CPP pela Lei 13.964/2019 evidencia uma tentativa de se responder a uma falha estrutural do sistema de administração da justiça penal no Brasil, que é lento e não dá respostas adequadas à sociedade. Por

meio do instituto, que subverte a lógica de um processo penal de garantias em nome da celeridade e da eficiência, passa-se a exigir do acusado, uma vez confesso, a solução de uma equação que resulta da falta de capacidade operacional do Estado em dar conta da inflação legislativa decorrente do movimento expansionista analisado neste estudo, do qual o Pacote Anticrime é apenas mais um produto.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das análises empreendidas neste artigo, em síntese conclusiva, pode-se asseverar que:

a) o movimento de expansão punitiva compreende, no campo do direito penal material, a proliferação de tipos penais intangíveis e abstratos, a criação de setores inteiramente novos de regulação, o aumento indiscriminado das penas e a relativização dos princípios da legalidade e tipicidade mediante a utilização de regras com conceitos deliberadamente vagos, indeterminados e ambíguos;

b) no âmbito processual penal, o movimento expansionista pode ser vislumbrado por meio de alterações legislativas que visam a conferir maior “eficiência” à persecução penal, por meio de medidas como a relativização de princípios como o da presunção de inocência, a utilização de meios de prova violadores de direitos fundamentais e a utilização de mecanismos de justiça consensual, a exemplo da colaboração premiada e da antecipação da punição por meio de acordos entre acusação e defesa;

c) no Brasil, a inserção do acordo de não persecução penal no Código de Processo Penal por meio do Pacote Anticrime (Lei 13.964/2019) pode ser considerada uma manifestação do movimento de expansão punitiva, diante do cenário político no qual referida legislação foi produzida, bem como das características que ela apresenta;

d) o acordo de não persecução penal, tal qual positivado no art. 28-A do CPP, afigura-se como um ajuste obrigacional entre acusação e defesa, por meio do qual o investigado, assistido por advogado, confessa formal e circunstancialmente o delito (com pena mínima inferior a quatro anos e cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa) em troca do cumprimento de condições que são estabelecidas pelo Ministério Público quando da formulação da proposta e que se mostram menos severas do que a sanção que seria aplicável ao fato imputado, passando o acordo por homologação judicial;

e) o acordo de não persecução penal pode representar uma violação ao devido processo legal e às garantias fundamentais do investigado, diante da inobservância de princípios constitucionalmente garantidos, bem como a possibilidade de

utilização de métodos de coação como forma de pressionar os acusados a aceitarem acordos em realidades fáticas em que não há sequer base probatória ou circunstancial para eventual condenação;

f) a exigência da confissão para celebração do acordo de não persecução penal pode representar uma antecipação da conclusão acerca do mérito do processo sem que o investigado tenha passado pelo contraditório, considerando que não existe, quando da formação do acordo, a formulação formal de uma hipótese acusatória;

g) os propósitos que justificam a existência do acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro – como a resolução mais célere dos conflitos penais e o aumento da eficiência do sistema repressivo – requerem uma análise pormenorizada e minuciosa de todos os aspectos envolvidos na aceitação desses acordos no âmbito processual penal, em face da flagrante abdicação de garantias fundamentais para a sua concretização e a consequente possibilidade de incremento, pela sua implementação, da seletividade punitiva que grassa no país.

6. REFERÊNCIAS

- ALBRECHT, Peter-Alexis. El derecho penal en la intervención de la política populista. In: *La insostenible situación del Derecho Penal*. Granada: Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra, 2000.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.
- BIANCHINI, Alice; GOMES, Luiz Flávio. Acordo de não persecução penal (Resolução CNMP 181/2017) e Lei Maria da Penha. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (Coord.). *Acordo de não persecução penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.
- CAPARICA, Naiara de Seixas Carneiro. O Pacote Anticrime, o acordo de não persecução penal e sua infundável lista de perguntas (sem respostas!). *Migalhas*, 05.03.2020. Disponível em: [www.migalhas.com.br/depeso/321184/o-pacote-anticrime-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-e-sua-infundavel-lista-de-perguntas-sem-respostas]. Acesso em: 21.03.2022.
- CARVALHO, Sandro Carvalho Lobato de. Algumas questões sobre a confissão no acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, [S.l.], n. 78, p. 247-261, 2020.
- CASTRO, Carolina Soares Castelliano Lucena de; NETTO, Fábio Prudente. Comentários sobre a exigência da confissão no acordo de não persecução penal. *Consultor Jurídico*, 15.02.2020. Disponível em: [www.conjur.com.br/2020-fev-15/opinioao-exigencia-confissao-acordo-nao-persecucao-penal]. Acesso em: 22.03.2022.

- CHEKER, Monique. A confissão do concurso de agentes no acordo de não persecução penal. In: WALMSLEY, Andréa; CIRENO, Lígia; BARBOZA, Márcia Noll (Org.). *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: Ministério Público Federal, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: comentários às alterações no CP, CPP e LEO*. Salvador: JusPodivm, 2020.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. *La política criminal en la encrucijada*. Buenos Aires: B de F, 2007.
- FABRETTI, Humberto Barrionuevo; SILVA, Virgínia Gomes de Barros e. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. *Revista de Direito UFMS*, [S.l.], v. 4, n. 1, p. 279-297, 2018.
- GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, [S.l.], v. 20, n. 3, p. 1108-1134, 2015.
- LARRAURI PIJOAN, Elena. Populismo punitivo y penas alternativas a la prisión. In: *Derecho penal y la política transnacional*. Barcelona: Atelier, 2005.
- LOPES JR., Aury; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. A ilusão de voluntariedade negocial no processo penal. *Consultor Jurídico*, 31.05.2019. Disponível em: [www.conjur.com.br/2019-mai-31/limite-penal-ilusao-voluntariedade-negocial-processo-penal]. Acesso em: 25.03.2022.
- LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PÉREZ CEPEDA, Ana Isabel. *La seguridad como fundamento de la deriva del derecho penal postmoderno*. Madrid: Iustel, 2007.
- PRATT, John. *Penal populism*. London/New York: Routledge, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. Las penas en el siglo XXI, reflexiones obligatorias. In: ROCA DE AGAPITO, L. (Dir.). *Un sistema de sanciones penales para el siglo XXI*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.
- SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (delação) premiada*. Salvador: JusPodivm, 2016.
- SILVA, Marcelo Oliveira da. O acordo de não persecução penal. *Revista EMERJ*, Rio de Janeiro, v. 22, n. 3, p. 261-285, 2020.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1999.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; FILHO, Dermeval Farias Gomes. Funcionalização e expansão do Direito Penal: o Direito Penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 13, n. 1, p. 377-396, 2016.
- WEDY, Miguel Tedesco. *A eficiência e sua repercussão no direito penal e no processo penal*. Porto Alegre: Elegancia Juris, 2016.

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi. O “anjo da história” e o expansionismo penal: rumo a um modelo totalitário? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 140, p. 371-398, 2018.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

Legislação

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. *Enunciado 98*, de 31.08.2020. Disponível em: [www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados]. Acesso em: 31.03.2022.

Jurisprudência

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo Regimental no Habeas Corpus 628647-SC 2020/0306051-4*. Relator: Ministro Nefi Cordeiro. Data de Julgamento: 09.03.2021, T6 – Sexta Turma. Data de Publicação: DJe 07.06.2021.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 191.464 AgR/SC*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Data de julgamento: 11.11.2020, Primeira Turma. Data de publicação: DJe 26.11.2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Habeas Corpus 194.677/SP*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Data de julgamento: 11.05.2021, Segunda Turma. Data de julgamento: DJe 13.08.2021.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Penal; Processual

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- “Pacote anticrime” (lei 13.964/2019) e acordo de não persecução cível na fase pré-processual: entre o dogmatismo e o pragmatismo, de Christiano Jorge Santos e Silvio Antonio Marques – *RePro* 303/291-314;
- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333; e
- Reflexões sobre a (i)legitimidade da delação premiada como comportamento pós-delitivo na execução penal, de Érika Mendes de Carvalho e Gustavo Noronha de Ávila – *RBCCrim* 153/109-132.

JUSTIÇA SEM PROCESSO? O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

JUSTICE WITHOUT PROCESS? THE NON-PROSECUTION AGREEMENT AS A POTENTIAL TOOL OF CRIMINAL POLICY

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

Doutor em Direito (UFPR). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. *Profesor titular del Doctorado en Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente-Fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016-2020).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9227-6212>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.227>].

marco@nunesdasilveira.com.br

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no ordenamento processual penal brasileiro em 2019, se apresenta como um instituto hibridizado, que guarda características inerentes à barganha judicial, fundadas na concepção essencialmente punitiva do sistema penal, ainda predominante no Brasil, além de elementos típicos das saídas alternativas ao processo e à pena, potencialmente adequados ao paradigma restaurativo de justiça criminal. Diante disso, propõe-se interpretação jurídica alternativa, capaz de ressaltar o segundo aspecto, com a finalidade de inserir o ANPP no contexto da adoção de um projeto político-criminal democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Direito processual penal – Práticas restaurativas – Política criminal – Reformas de justiça criminal.

ABSTRACT: The non-prosecution agreement (NPA), introduced in the Brazilian criminal procedure in 2019, is characterized as a hybrid institute, which embraces “plea bargaining model” features, based on the essentially punitive conception of the penal system, still predominant in Brazil, in addition to elements that are typical from the “alternatives to imprisonment model”, which may refer to the restorative paradigm of criminal justice. In this context, this research proposes an alternative legal interpretation, capable of highlighting the second aspect, in order to insert the NPA in the scope of a democratic criminal political Project.

KEYWORDS: Criminal justice reform – Criminal policy – Criminal procedure law – Non-prosecution agreement – Restorative practices.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Política-criminal e processo penal (ainda) hoje: a ilusão da ideologia da defesa social. 3. As soluções fora do processo: uma nova finalidade para a justiça criminal? 4. O acordo de não persecução penal e a "nova" justiça criminal: deficiências normativas e oportunidades restaurativas. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 13.964/19, com a declarada finalidade (presente na “Justificação” do Projeto de Lei 10.372/18) de “desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves”.¹

Essa finalidade não destoa integralmente dos discursos reformistas contemporâneos do sistema penal, inclusive de base minimalista e, em alguma medida, abolicionista, dos quais é exemplo o atual movimento de reforma processual penal latino-americano. Contudo, como a própria escolha de palavras (“combate ao crime”) revela, o projeto de lei brasileiro pretendeu reforçar o caráter punitivo, inerente ao sistema penal, na concepção do ANPP.

Nesse contexto, apregoando-se uma releitura constitucional e democrática da justiça criminal, propõe-se a investigação (problema de pesquisa) sobre a possibilidade de o ANPP servir como meio para a introdução, no direito brasileiro, das *saídas fora do processo*, a exemplo da experiência de reforma processual penal latino-americana, bem como, em caso positivo, identificar limites e obstáculos.

Para dar conta da tarefa, em revisão histórico-crítica, buscamos demonstrar a vinculação entre a formação e a reprodução do sistema penal pátrio àquilo que Alessandro Baratta chamou de *defesa social*, partindo-se, aqui, da premissa de que essa ainda é a base ideológica das práticas punitivas observadas.

Então, para o fim de refletir sobre o papel político que o ANPP poderia (ou deveria) desempenhar em nosso país, com partida em Alberto Binder, apresentamos os elementos de uma política criminal democrática, inserida num plano mais amplo de políticas públicas.

Ao cabo, analisaremos a previsão da normativa do instituto, no Código de Processo Penal vigente, para propor interpretação adequada aos ditames constitucionais e aos fins político-criminais aqui declarados.

1. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 10.372*, de 06.06.2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170]. Acesso em 15.03.2022.

2. POLÍTICA-CRIMINAL E PROCESSO PENAL (AINDA) HOJE: A ILUSÃO DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

É possível propor que os saberes criminológicos, ainda que floresçam intensamente em certos espaços acadêmicos, têm contribuído muito menos do que deveriam na formulação legislativa e, de maneira geral, no planejamento político-criminal no Brasil, fato que se observou – e se observa – em todos os governos que atuaram desde a redemocratização. Com efeito, a intervenção penal do Estado na sociedade, em todas as suas esferas, da segurança pública até a execução penal, com passagem pelo processo penal, ainda é regida pela lógica de que a solução para todos os problemas relacionados à criminalidade está no direito penal e no encarceramento, no contexto daquilo que Alessandro Baratta denominou *ideologia da defesa social*.²

Segundo o autor, como resultado da mescla, no final do séc. XIX e início do séc. XX, dos ideários clássico e positivista, consolida-se um modelo de ciências penais integradas fundado na noção de que o sistema penal é o mecanismo prioritário de “defesa” da sociedade em relação ao fenômeno criminal. Tal concepção é, em última análise, a base de legitimação do sistema penal vigente.³

Nesse contexto, a política criminal é movida pela crença (eis o motivo que leva Baratta a falar em *ideologia*) de que o papel de prevenção geral e especial, apregoado ao sistema penal e à pena, seria capaz de resolver todos os problemas sociais ligados ao crime. Em outras palavras, a prevenção à criminalidade seria operada, por um lado, por meio da ameaça de sanção penal, em abstrato, pela tipificação de condutas na lei penal e/ou pelo aumento das respectivas penas e, por outro, pelo encarceramento de pessoas que pratiquem tais condutas. Para dizer de forma ainda mais clara: a punibilidade em abstrato e a concreta punição teriam os efeitos automáticos de redução e controle da criminalidade.

No caso latino-americano, e mais especificamente no caso brasileiro, tal ordem de ideias foi integralmente encampada, no alvorecer do Brasil republicano, com um elemento adicional: a finalidade precípua de controle social das populações recentemente libertadas da escravidão.⁴ Sem exageros, é possível dizer que o nascimento do direito penal republicano tem íntima relação com a abolição da

2. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41 e ss.

3. Ibidem, p. 44.

4. Para uma breve, mas abrangente, análise da reforma da legislação penal operada, no final do séc. XIX, no Brasil republicano, ver: ZAFFARONI, Eugenio R., BATISTA, Nilo

escravatura, promovendo um amálgama entre a exclusão racial e a exclusão econômico-social, o que pode contribuir para a compreensão de mecanismos informais racistas que ainda operam, mais de um século e meio depois.

A criminalização da negritude e da pobreza é, efetivamente, o alicerce do sistema penal brasileiro republicano, erigido sobre um “novo” discurso científico, positivista e essencialmente racista, que promoveu a substituição da *inferioridade racial jurídica*, vigente durante os longos anos de escravismo, por uma *inferioridade racial científica*, apregoada no contexto do *racismo científico* do séc. XIX, difundido por autores como Samuel Morton, Arthur de Gobineau, Charles Galton, entre vários outros.

No campo específico das ciências criminais, a conhecida obra de Lombroso, *O homem delinquente*, aponta um fator antropológico (que o autor chama de “influência racial”) como sintoma da degeneração hereditária e como elemento determinante na produção do *criminoso atávico* (criminoso “nato”). Em suas palavras:

“Acima, mencionamos a grande influência da raça no crime [...]. Os ciganos geralmente podiam ser chamados, como os beduínos, de uma raça de malfeitores associados. Nos Estados Unidos, o negro (de acordo com A. Maury); no sul da Itália, o albanês e o grego parecem influenciar em um sentido semelhante, e às vezes até o indígena; St. Jorioz escreveu, por exemplo, falando de Sora [cidade na Turquia]: ‘Este belo país está formigando com ladrões; existem tantos quantos os habitantes.’”⁵

Na América Latina, e, portanto, no Brasil, na passagem dos séculos XIX e XX, o ideário criminológico positivista foi amplamente incorporado, com sua suposta base científica, aos ditames político-criminais do momento.⁶

Um grande exemplo dessa incorporação está no pensamento de Raimundo Nina Rodrigues, influente médico legista e psiquiatra do final do séc. XIX, fundador da antropologia criminal no Brasil, para quem a defesa social, em face do

et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. I. p. 440 e ss.

5. LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897. v. III. p. 287-288 (tradução livre).
6. Sobre o tema, recomendamos: GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

crime (expressamente identificado com o que chama de “raças inferiores”), era tarefa a ser cumprida por meio do sistema penal.⁷ De sua obra:

“[...] o gérmen da criminalidade – fecundado pela tendência degenerativa do mestiçamento, pela impulsividade dominante das raças inferiores, ainda marcadas do estigma infamante da escravidão recentemente extinta, pela consciência geral, prestes a formar-se, da inconsistência das doutrinas penes fundadas no livre arbítrio –, semeado em solo tão fértil e cuidadosamente amanhado, há de por força vir a produzir o crime em vegetação luxuriante, tropical verdadeiramente.”⁸

Desde aí, ao longo do séc. XX, consolida-se uma visão totalizante do sistema penal, ainda hoje predominante, para a qual todas as condutas sociais tidas por desviantes devem ser necessariamente disciplinadas punitivamente.⁹

É evidente que o panorama jurídico e social contemporâneo, fruto de alguns avanços – por exemplo, no campo constitucional – e muitas permanências e retrocessos, é diverso daquele da passagem do Oitocentos para o Novecentos. É certo, ainda, que a ordem constitucional hodierna consagra extenso rol de garantias penais e processuais penais e repudia qualquer forma de discriminação, fato que, embora impeça a circulação explícita, em agências oficiais de segurança pública e perseguição penal, de discursos como aqueles que fundaram nosso sistema penal, ainda não foi capaz de romper práticas sociais e estatais bastante consolidadas nesse âmbito.

De fato, nossa legislação e nossa *práxis* jurídico-penal seguem reproduzindo a *ideologia da defesa social*, talvez com maior intensidade. A título de exemplo, entre vários outros, convém lembrar que a Lei dos Crimes Hediondos

7. NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Edelstein, 2011. No texto, de 1894, a inferioridade racial é declarada, pelo autor, com base nas teses do racismo científico europeu: “a civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la [...] [dos] atos antissociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam, ao contrário, manifestações do conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas ou submetidas” (p. 72).

8. *Ibidem*, p. 76.

9. Vale mencionar que, em relação ao que chamava de “raças inferiores ou atrasadas”, Nina Rodrigues defendia a intervenção penal em relação a crianças e adolescentes, sob o argumento de que seu “desenvolvimento mental é muito mais rápido, a maturidade mais precoce [...] do que nos povos cultos ou civilizados” (*Ibidem*, p. 78).

(Lei 8.072/90), que representa um dos diversos fatores determinantes do superencarceramento hoje observado,¹⁰ foi aprovada e publicada pouco tempo depois da Constituição de 1988.

É justo supor que governos recentes procuraram ampliar o foco da persecução penal, buscando atingir outras esferas de criminalidade, como a política e a econômica. De todo modo, verifica-se que o discurso é precisamente o mesmo: a criminalidade teria que ser “combatida” por meio da criação de novas leis penais e do incremento da atuação punitiva do Estado.¹¹

Em suma, ainda que os debates sobre meios alternativos de atuação do sistema de justiça criminal e sobre a política criminal de viés preventivo/restaurativo tenham surgido há algumas décadas no meio acadêmico, os campos político, policial, judicial e social (em geral), predominantemente, seguem reproduzindo a ideia de que o direito penal deve ser principal (ou o único) mecanismo de “controle de criminalidade”. Preservam-se, pois, as bases de uma política criminal exclusivamente punitiva (*defesa social*).

Nesse contexto, o direito processual penal e o aparato da justiça criminal se restringem a seu tradicional papel de ferramentas de atuação repressiva da lei penal, praticamente unânime em manuais doutrinários ao longo do século anterior

10. Segundo relatório do ILANUD (*Relatório de Pesquisa: a Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, 2005), a Lei dos Crimes Hediondos produziu efeitos inócuos na redução da criminalidade e teve impacto direto no aumento da população carcerária no Brasil.
11. Com efeito, o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), no capítulo em que discute “O impacto do crime sobre a população de baixa renda, igualdade de direitos e fronteiras”, afirma que: “entre outros fatores que podem determinar a quantidade de atos criminosos praticados por um indivíduo, ganham relevo a *probabilidade de sua detenção e a severidade da punição*, caso detido. O objetivo da sociedade, para diminuir os custos financeiros da criminalidade, passa a ser a otimização dos recursos finitos, *o que se alcança por meio da dissuasão (aumento da probabilidade de detenção e a severidade da punição)*. [...] Entre outras medidas [...], identifica-se o aumento do policiamento, com a advertência, entretanto, de que seu uso não é garantia automática de bons resultados, pois ‘depende da forma como a polícia é usada e as circunstâncias em que é usada. Seu uso tem-se mostrado mais eficiente quando dirigido a áreas de alto risco e a indivíduos de alto risco’. É por isso que a propositura de medidas tendentes à prevenção e repressão de delitos, com aperfeiçoamento das medidas de processo e julgamento de crimes, favorece em primeiro lugar as comunidades de mais baixa renda” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020-2023*. Brasília, DF, 2019, grifos nossos).

e ainda vicejante no senso comum dos juristas, sem embargo de importantes vozes dissonantes aqui e ali.

De fato, nos campos (ainda minoritários) da criminologia crítica e da dogmática crítica do direito penal e do processo penal, gradualmente, ergueu-se o consenso de que é impossível demonstrar que o sistema penal tenha concretamente sido capaz de cumprir, em qualquer momento de sua história contemporânea, as funções tradicionais (ideológicas) da pena (retribuição, prevenção e ressocialização) – que são o pano de fundo da lei penal e da pena como instrumentos de *defesa social*.

Entre os inúmeros autores e autoras que argumentaram no sentido de que o sistema penal não é capaz de cumprir aquelas promessas, vale destacar Zaffaroni e seu frutífero esforço de deslegitimação do sistema penal latino-americano¹² e de proposição de uma teoria negativa e agnóstica da pena, que se constrói a partir da premissa de que não é possível saber se a pena efetivamente cumpre aquelas funções manifestas e, também, não são conhecidas todas as funções reais (frequentemente nocivas à própria sociedade) que a pena efetivamente cumpre.¹³ Nesse sentido, conforme o autor, a pena deveria ser conceituada como:

“uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. [...] Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como *desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante*.”¹⁴

Então, diante da deslegitimação da base ideológica da defesa social, surge a necessidade de repensar o próprio papel do sistema de justiça criminal na gestão dos fatos sociais, de ordem criminal, que se apresentam.

A política criminal contemporânea, por suas diversas agências brasileiras (nos âmbitos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, além do Ministério

12. Sobre esse tema, ainda que o autor tenha retornado ao tema em escritos mais recentes, recomenda-se a leitura de textos já clássicos, como: a) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988; b) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.

13. Ver, sobre a teoria negativa e agnóstica da pena: ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro...*, cit., p. 97 e ss.

14. ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro...*, cit., p. 99-100 (grifos no original).

Público), precisa reconhecer e tornar operacionais modelos de intervenção na sociedade, em relação ao fenômeno criminal, que partam da premissa de que a solução *não* está inexoravelmente no direito penal. O programa político-criminal vigente aposta no direito penal como solução única para todos os casos, com todos os efeitos deletérios, para os indivíduos e a sociedade, que decorrem dos processos de estigmatização e do encarceramento, ao passo que se desperdiça a oportunidade de identificar as possíveis soluções individualizadas mais adequadas para cada caso penal considerado.

Entendemos que essa visão político-criminal não punitiva, quer tenha características minimalistas ou abolicionistas (debate que, aqui, será deixado de lado), deve ser generalizada para os fins de concretização de um projeto democrático de sociedade, ainda que seja necessário reconhecer que – embora de forma tímida e, quase sempre, dependente de iniciativas individuais de membros da magistratura e do Ministério Público – já estão em curso diversos e bem-sucedidos projetos de justiça restaurativa e de fomento às soluções não contenciosas e não judicializadas.

Esse parece ser um bom ponto de partida para o estudo do *acordo de não persecução penal* (doravante referido como ANPP), eis que, a depender do preenchimento de determinadas condições, poderia contribuir para a superação do perfil repressivo que predomina na política criminal brasileira e para a priorização de soluções preventivas, desjudicializadas, não punitivas e/ou focadas na redução de danos, que chamaremos, aqui, genericamente, de *soluções fora do processo*.

3. AS SOLUÇÕES FORA DO PROCESSO: UMA NOVA FINALIDADE PARA A JUSTIÇA CRIMINAL?

Em sua obra *Análisis político criminal*, Alberto Binder propõe que a política criminal deve ser entendida, no contexto das políticas públicas, de modo que a escolha (como decisão política) das áreas de intervenção penal envolva a adequada conjugação de informações, princípios técnicos e valores sociopolíticos, não limitados ao aspecto estritamente jurídico-penal e adequados às limitações (inclusive constitucionais) inerentes às democracias contemporâneas.

Aqui, pois, está ubicada uma importante deficiência – marcada pela desconexão entre o meio acadêmico e o meio político-institucional, fruto da ausência de diálogo entre os saberes criminológicos e as instâncias de decisão política –, na medida em que não há uma verdadeira *escolha política* sobre como, quando e com qual intensidade atuar sobre o fenômeno criminal: essa “escolha” já foi feita

pela adesão acrítica a um “direito penal histórico”, naturalizado como necessário e imanente.¹⁵

Em larga medida, essa desconexão entre os saberes ditos “teóricos” e a “prática” se projeta no âmago de relevantes críticas à própria criminologia crítica e sua aparente incapacidade de transpor o âmbito da pesquisa acadêmica (por mais importante e necessária que ela seja). Os estudos desenvolvidos pelos criminólogos críticos são aptos a decodificar e, então, desconstruir os fatores históricos, sociais, culturais, econômicos, políticos, entre outros, que contribuíram para a formação dos sistemas penais contemporâneos, mas parecem carecer de meios que lhes permitam fazer parte do diálogo político e influenciar suas tomadas de decisão.

Essa carência de meios, em nosso juízo, diz respeito a duas ordens distintas de fatores. Em primeiro lugar, em certos meios criminológicos críticos, as propostas de solução para os problemas identificados parecem se limitar à afirmação da necessidade de ruptura da estruturação atual da sociedade capitalista. Sem entrar no mérito do acerto ou desacerto da conclusão, é fato que tal discurso faz com que o proponente se retire, voluntariamente, do diálogo e da luta políticos no âmbito da realidade concreta em que vivemos. Em segundo lugar, mesmo nos discursos críticos em que não se apresenta o primeiro fator, salvo exceções, percebe-se a ausência de disposição, interesse e/ou senso de responsabilidade em relação à necessidade de divulgar o conhecimento acadêmico fora da universidade, pelo estabelecimento de debates e trocas com outros discursos sociais, inclusive com as próprias agências de segurança pública e persecução penal.¹⁶

15. BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012. p. 277.

16. Um fenômeno muito sintomático disso, em nossa opinião, é a afirmação, por alguns, de que os campos de investigação “prática” sobre o crime, como a análise criminal, a estatística criminal, e as ciências forenses, de maneira geral, estariam fora do espaço de interesse da criminologia, numa verdadeira tentativa de “purificar” a criminologia contemporânea de tudo aquilo que não parte das bases teórico-filosóficas eleitas. Aqui, há um equívoco epistemológico e um equívoco político. Epistemológico, pois o conhecimento humano não pode ser cindido em fronteiras determinadas e intransponíveis, salvo numa concepção positivista da ciência, que se pretende superada. Além disso, os tais “saberes práticos” estão muito mais próximos da realidade criminal do que o discurso acadêmico, de modo que a integração dialógica de conhecimentos seria muito mais proveitosa aos dois campos. Político, pois o argumento reforça o isolamento da comunidade acadêmica em relação aos demais campos sociais.

Eis o porquê do esforço de diversos criminólogos críticos, como Alessandro Baratta¹⁷ e Lola Anyar de Castro,¹⁸ entre outros, em propor uma *criminologia da práxis* (denominação dada por Anyar de Castro), que pode contemplar muitos e diversos métodos, ao objetivo de superar os muros universitários e operar concretos efeitos sociais, políticos e jurídicos.

Nesse sentido, de volta à proposta político-criminal de Binder, é fundamental repisar que o autor sugere uma “análise de política criminal”, como parte dos métodos próprios da “análise de políticas públicas”, configurada como disciplina capaz de incorporar as contribuições teóricas das últimas décadas para individualizar, decidir e controlar as políticas estatais, dentro de uma perspectiva democrática. Em outras palavras, a política criminal deve ser uma:

“política setorial dentro das políticas de gestão da conflitividade¹⁹ (conflitividade que não é rechaçada como necessariamente negativa, tal como faz o paradigma da ordem) e que, portanto, devem se assumir como minimalistas e autorestritivas, de tal modo que os princípios da *ultima ratio* se convertam em ferramentas operativas e não declamações emocionais frente ao poder penal.”²⁰

Nesse ponto, é necessário reconhecer que a persecução penal é, na essência, uma decisão política, tanto na esfera legislativa como na esfera administrativa, em que se opera seu efetivo planejamento e execução gerais, além dos planos operacionais concretos, que envolvem a gestão de casos individuais. A *seletividade penal* será necessariamente observada em todos aqueles contextos: na opção pela tipificação de quais e tais condutas, na organização institucional das polícias e do Ministério Público e em seus planos de ação, e (não menos importantemente) nas decisões individuais sobre quantos e quais casos investigar e processar, nos quais sempre há decisões políticas, que, atualmente, não estão verdadeiramente integradas a qualquer espécie de planejamento geral.

17. Ver, entre outros textos: BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

18. Ver: ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

19. Aqui, num sentido sociológico, Binder trata de *conflitividade* como o conjunto dos problemas sociais relativos ao fenômeno percebido da criminalidade. A expressão tem problemas, em nossa opinião, eis que nem sempre uma conduta criminosa envolve um conflito.

20. BINDER, A. *Análisis político criminal...*, cit., p. 363-364.

Com efeito, especialmente no campo das decisões operacionais individuais – ainda que o meio jurídico apregoe uma *obrigatoriedade da ação penal*, que traria consigo uma obrigatoriedade de investigação –, observa-se um fenômeno de aleatoriedade na tomada de decisão política, diante dos largos espaços de discricionariedade, da já mencionada inexistência de planos gerais integrados de atuação das diversas agências da persecução penal e da insuficiência (e/ou ausência) dos mecanismos de controle.

Em suma, note-se que a *obrigatoriedade da ação* é uma ficção, na medida em que é condicionada por decisões tomadas em estágios anteriores da persecução penal (p. ex., a instauração ou não da investigação preliminar) e/ou pela qualidade e quantidade do trabalho desenvolvido em tais estágios (p. ex., investigações infrutíferas, não raro motivadas pelo excesso de trabalho e pela insuficiência de recursos materiais e humanos).²¹

Nessa perspectiva, eis que, em nosso país, a única solução perseguida ainda é o processo penal e a pena, e os casos penais registrados costumam ter apenas dois possíveis resultados: [i] o processo penal e a pena, propriamente, sobretudo em relação às camadas mais vulneráveis e estigmatizadas da população, ou [ii] a absoluta irrelevância jurídica. Não costuma haver um *meio termo*, que deveria se consubstanciar em soluções alternativas, por exemplo, civis, administrativas, terapêuticas, reparatórias, restaurativas, entre outras. Entre o *nada jurídico* e o *direito penal*, há um amplo espectro de medidas que, para a maioria dos casos, seria mais adequado e proveitoso para os indivíduos envolvidos e para a sociedade.

Assim, diante dos argumentos anteriormente apresentados, na esteira de diversas autoras e diversos autores que já se pronunciaram anteriormente sobre o tema,²² propomos que a superação da visão totalizadora do sistema penal, forjada

21. Desenvolvemos esse tema em textos anteriores: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, especialmente o tópico 4.4; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, especialmente o capítulo 15; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: o processo acusatório e os desafios político-criminais. In: MADEIRA DEZEM, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Ed. RT, 2021.

22. Basicamente, com suas diferentes tonalidades e texturas, toda a biblioteca minimalista e abolicionista.

pelo discurso da *defesa social*, deve passar por uma revisão do papel desempenhado pelo aparato do sistema penal.

Uma vez mais, como nosso foco é o estudo do ANPP em perspectiva político-criminal, quedaremos à margem do debate minimalista-abolicionista, sem deixar de reconhecer sua importância e necessidade. Para os fins desta pesquisa, no estado atual das coisas, a refletir sobre um possível uso imediato do instituto, qualquer uma daquelas bases teórico-filosóficas nos levaria a um lugar semelhante.

O que está em causa, portanto, é superar a visão do direito penal como solução única e/ou preferencial para problemas sociais e admitir que a pena, na maior parte dos casos, não apresenta resultados individualmente e socialmente proveitosos.²³

No contexto das recentes reformas do sistema de justiça criminal latino-americano,²⁴ ainda que de maneira, até o momento, insuficiente, vem surgindo uma

23. Do contexto abolicionista (Hulsman e De Celis), para ilustrar esse ponto, caberia mencionar a famosa parábola da república de estudantes. A citação, embora um tanto longa, vale a lição, de forma literal: “Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: ‘o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague’. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: ‘ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...’. O último, enfim, sussurra: ‘a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos fazer juntos um exame de consciência’. Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação *punitiva*, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc...” (HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997, p. 100. Grifos no original).

24. De tais movimentos reformistas, iniciados nos anos 1990 e concluídos com a reforma do CPP uruguaio, poucos anos atrás (2017), foram protagonistas Julio Maier e Alberto Binder. Para um aprofundamento sobre o tema, recomendamos os seguintes textos: BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014; BINDER, Alberto. *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *La reforma procesal penal en Latinoamérica*.

cultura de *saídas alternativas* ao processo e à pena, que tem por base a adoção do *princípio da oportunidade* em substituição ao *princípio da obrigatoriedade*. Basicamente, apesar das consideráveis variações, inclusive procedimentais, nos diferentes países, todos os “novos” Códigos de processo penal hispano-americanos preveem *vias diversas da acusação*, que serão adotadas de acordo com a decisão, de cunho político-criminal, do Ministério Público. Entre elas, estão a *mediação extraprocessual*, que pode incluir o *processo restaurativo*, a *suspensão condicional do processo*, os *acordos reparatórios* e o *arquivamento* da investigação por ausência de interesse público na persecução penal.²⁵

Nesse contexto de saídas não judicializadas e/ou não punitivas, chama a atenção um artigo do Código de Processo Penal da Província de Río Negro, na Argentina, promulgado em 2014, que estabelece como um dos *princípios normativos* da justiça criminal local a priorização à resolução das consequências pessoais e sociais concretas decorrentes do fato criminoso. Trata-se, pois, da adoção expressa de um paradigma restaurativo. Isto é, elege-se como mais relevante do que a própria pena a intervenção estatal voltada à mediação de um problema social. Em seus termos, o artigo 14 do CPP de Río Negro: “*Artículo 14.– Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.*”²⁶

Aqui, cabe um esclarecimento prévio importante. O dispositivo fala em *solução do conflito primário*, expressão certamente adotada na esteira da concepção de Binder em relação à ideia de gestão da conflitividade por meio do sistema penal, que faz referência às *consequências sociais concretas do fato supostamente criminoso*.

In: AA. VV. *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

25. Evidente que o arquivamento (chamado de *desestimación*, em vários códigos regionais) também pode ocorrer pelo reconhecimento de que o fato não é criminoso ou pela ausência de base probatória para a acusação. Em tais situações, porém, o arquivamento não decorre de uma decisão com fundamento político-criminal, mas tem motivação estritamente jurídica, de mérito ou cautelar.
26. RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014* (Codigo Procesal Penal). Legislatura de Río Negro, 2015. Disponível em: [https://magistradosrn.org.ar/wp-content/uploads/2019/05/C%C3%B3digo-Procesal-Penal-R%C3%ADo-Negro-Ley-5020.pdf]. Acesso em: 15.03.2022.

Necessitamos, contudo, evitar possíveis confusões terminológicas em relação à finalidade do processo penal. Trata-se de coisas distintas.

Como bem demonstrado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, não é possível dizer que o processo penal se presta a resolver conflitos. Essa afirmação recairia no problema de se empregar conceitos processuais civis inaplicáveis e inadequados ao direito processual penal, como *lide* e *pretensão*.²⁷ Ensina o autor, a partir de Franco Cordero,²⁸ que o conteúdo do processo penal não é um conflito (aqui entendido como *lide* ou *lide penal*), mas, sim, um *caso penal* (expressão que designa, então, o conteúdo do processo penal), entendido como a *situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal*.²⁹

Dito de outro modo, no âmbito do processo penal, naquilo que representa a decisão de mérito, não há conflito (seja primário ou secundário, seja material ou processual) a ser resolvido pelo juiz, mas meramente a decisão sobre a aplicação – ou não – de uma pena (resolução do *caso penal*).³⁰

Diante da ambiguidade da expressão *conflito* – que deveria, em nossa opinião, ser evitada –, é recomendável atenção na adequada compreensão da distinção entre os escopos do *processo penal* e das *saídas alternativas ao processo*.

Entenda-se bem: o artigo 14 do CPP de Rio Negro afirma que juízes e membros do Ministério Público devem atuar, sempre que possível, a despeito do processo

27. Sobre o tema, ver: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

28. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1966. p. 8: “O processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida”, sendo a jurisdição o veículo necessário a essa verificação.

29. MIRANDA COUTINHO, J. N. *A lide...*, cit., p. 135: “Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma *situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal*” (grifo nosso).

30. Como, há muito tempo, demonstraram as polêmicas de Carnelutti com os objetivistas (Ver MIRANDA COUTINHO, J. N. *A lide...*, cit.), o conflito (material ou processual) pode ou não estar presente. Note-se que um caso no qual há confissão do réu, que se conforma com a pena, não terá, necessariamente, conflito entre a vítima e o agente, bem como na situação em que a vítima moralmente perdoa o agente, em crime de ação pública incondicionada. Por outro lado, ainda que haja confissão (o que, em muitos casos, impossibilitaria dizer que há conflito entre o MP e o acusado), o juiz não está obrigado a condenar o réu. Eis alguns exemplos, entre outros, que demonstram a inadequação do conceito de *conflito* para definir o conteúdo do processo penal.

e da pena, para minimizar e/ou resolver as consequências concretas do crime. Isso não se confunde com o conteúdo do processo penal (dúvida sobre a aplicabilidade da pena), notadamente por apontar preferencialmente para as *medidas extraprocessuais* de gestão do fato supostamente criminoso. O mesmo Código, em seu artigo 96, ao tratar dos *critérios de oportunidad*, estabelece que o Ministério Público poderá prescindir total ou parcialmente do exercício da ação penal nos casos em que, entre outras hipóteses, tais finalidades extraprocessuais são alcançadas.³¹

Aliás, a exemplo de outras legislações hispano-americanas, ao tratar do tema da mediação penal (inclusive a justiça restaurativa), dos acordos reparatórios e da suspensão condicional, o CPP uruguaio faz referência a *vias alternativas e formas extraprocessuais* (art. 382, e seguintes, daquele Código).

Em suma, identificam-se duas rotas possíveis para a gestão dos casos que ingressam no sistema de justiça criminal: a) a rota *processual*, que se caracteriza pelo foco na resolução da situação de dúvida em relação à aplicação da sanção penal (caso penal), como é o caso, no Brasil, dos procedimentos comuns e especiais, além dos procedimentos baseados na “barganha judicial”, isto é, na aplicação da pena de forma imediata, por intermédio de mecanismos consensuais, como a transação penal³² (Lei 9.099/95), além do chamado *proceso abreviado*, nos demais países latino-americanos; b) a rota *fora do processo*, com foco nas consequências pessoais e sociais do possível fato criminoso,³³ independentemente da

-
31. RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014* (Codigo Procesal Penal). *Artículo 96. – Criterios de Oportunidad*. Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que ésta sea habida, en los casos siguientes: [...] 5) Cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación.
32. A despeito de eventual debate que a questão possa suscitar, a Lei 9.099/95 é expressa, em seu artigo 76, sobre a propositura de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”, ainda que certos efeitos condenatórios secundários não se apliquem à espécie, como a reincidência. Ademais, a pena negociada deve ser aplicada por sentença (§ 4º), da qual cabe recurso de apelação (art. 82).
33. O que corresponde, aproximadamente, ao que BINDER denomina *conflicto primário*, a despeito das críticas, feitas anteriormente, em relação ao uso da expressão *conflicto* em relação ao conteúdo do processo penal (solução processual).

resolução da dúvida em relação à aplicação da pena – ainda que possam intervir os sujeitos processuais, como o juiz, o promotor de justiça, o defensor público, o advogado, o delegado de polícia, etc., além de eventuais equipes multidisciplinares –, de que são exemplos, no sistema hispano-americano, a mediação penal, a justiça restaurativa, os acordos reparatórios e a suspensão condicional do processo. No âmbito da legislação brasileira, soluções fora do processo já são aplicadas, na forma da Lei 9.099/95, na composição dos danos civis e na suspensão condicional do processo.

O quadro a seguir sistematiza a distinção entre as soluções processuais e as soluções fora do processo, indicando exemplos. Note-se que o ANPP, em tese, deveria figurar entre as *soluções fora do processo*, sem caráter punitivo, como debateremos no capítulo seguinte, ainda que o texto legal contenha importantes elementos da barganha judicial.

Quadro 1 – As saídas processuais e fora do processo
no Brasil e na América Espanhola

SOLUÇÕES PROCESSUAIS (FOCO NA PENA)	SOLUÇÕES FORA DO PROCESSO (FOCO EXTRAPENAL)
Legislações hispano-americanas	Legislações hispano-americanas
<i>Proceso abreviado (plea bargaining)</i> <i>Juicio oral</i> (juízo oral de mérito)	<i>Mediación extrapenal</i> (<i>proceso restaurativo</i>) <i>Suspensión condicional del proceso</i> <i>Acuerdos reparatórios</i>
Legislação brasileira	Legislação brasileira
Transação penal (art. 76, L. 9.099/95) Procedimentos comuns e especiais (CPP e leis esparsas)	Composição dos danos civis (art. 74, L. 9.099/95) Suspensão condicional do processo (art. 89, L. 9.099/95)

Fonte: o autor.

As soluções fora do processo, portanto, têm potencial para funcionar como espaços de intervenção estatal não punitiva, que deve ser sempre motivada por critérios político-criminais, seja a ausência de necessidade da pena, ou de seu interesse público, seja a circunstância de que outras soluções não punitivas são mais adequadas ao caso (restaurativas, terapêuticas etc.).

De fato, caso se tivesse em mira a construção de uma sociedade democrática, capaz de resolver seus embates sociais de forma inclusiva, justa e emancipadora, o paradigma punitivo da defesa social deveria dar lugar às soluções extraprocessuais

como medidas de preferência, restando o processo penal (soluções punitivas) apenas às situações em que o paradigma restaurativo não pode ser aplicado.

Em todo caso, entendemos que o emprego de soluções fora do processo deve ser submetido a mecanismos de controle, com participação dos envolvidos (autor, vítima, comunidade, sociedade etc.), e, sobretudo, deve ser orientado por balizas político-criminais gerais fixadas previamente, que sirvam de base às decisões operacionais individuais. Isso é fundamental para que o sistema esteja adequadamente estruturado para esse fim, por exemplo, pela disponibilização de saberes multidisciplinares (com profissionais de saúde, psicólogos, assistentes sociais, entre outros) e pela prévia capacitação de todos os profissionais envolvidos, inclusive defensores, advogados, membros da magistratura e do Ministério Público.

Esse é o contexto em que, a nosso juízo, o ANPP deve ser discutido, apesar das limitações normativas, estruturais e culturais que atualmente se apresentam e que passamos a discutir.

4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A "NOVA" JUSTIÇA CRIMINAL: DEFICIÊNCIAS NORMATIVAS E OPORTUNIDADES RESTAURATIVAS

Preliminarmente, cabe dizer que não temos, neste escrito, a intenção de analisar os aspectos técnicos, normativos, doutrinários e/ou jurisprudenciais que orbitam o ANPP. Essa tarefa já tem sido levada a cabo por uma multidão de processualistas penais, a julgar pela intensa produção acadêmica recente sobre o tema, predominantemente com interesses dogmáticos e/ou dogmático-críticos, o que é, evidentemente, bastante importante.

Aqui, todavia, nosso propósito é analisar o ANPP fora do âmbito em que a própria legislação o inseriu, como um convite à reflexão sobre um papel que o instituto poderia desempenhar, no contexto de um repensar constitucional do sistema penal e de acordo com as linhas esboçadas nos capítulos anteriores.

De fato, o ANPP atualmente previsto na legislação brasileira não nasceu no contexto de um projeto minimalista, restaurativo e democrático, nos termos aqui propostos. Pelo contrário, a *Justificação* anexa ao Projeto de Lei 10.372/2018 – apresentado por Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, aprovado pelo Congresso Nacional, com emendas, e convertido na Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime³⁴) – segue a cartilha da *ideologia da defesa social* e sua aposta no sistema penal como o único soldado do “combate” à criminalidade.

34. O chamado Pacote Anticrime (PL 882/19) apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, já no governo Bolsonaro, foi apensado ao PL 10.372/18. A redação do

Especificamente em relação ao ANPP, o projeto afirma que se trata de “inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas”.

Evidencia-se, pois, a incapacidade cultural de nosso *establishment* jurídico-político de conceber intervenções estatais, relacionadas ao contexto criminal, que não reproduzam a histórica verve punitiva constituinte do sistema penal brasileiro. A análise do texto legal (art. 28-A do CPP) reforça esta já fácil constatação.

Em primeiro lugar, a exigência de que o investigado tenha “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal” representa a reafirmação da centenária lógica inquisitiva da expiação da culpa pelo castigo. Esse trecho do *caput* do art. 28-A parece ser o maior obstáculo a qualquer tentativa de uso político-criminal alternativo (não punitivo) do ANPP.

Se há exigência de confissão, é indiscutível que o foco é uma pena, ainda que o instituto seja chamado de acordo de não persecução penal, paradoxalmente. Percebe-se que o legislador confundiu a ideia de *solução fora do processo* (a exemplo das vias alternativas ao processo e à pena previstas nos Códigos hispano-americanos), inerente à expressão “não persecução”, com a ideia de aplicação imediata de pena por meios consensuais (*barganha judicial*, *plea bargaining*). Ora, se há alguma espécie de castigo (mesmo que implícito), há, inexoravelmente, persecução (ainda que ela não se desenvolva em processo de conhecimento, com instrução e julgamento).

Criou-se, então, uma quimera, uma figura híbrida, uma combinação heterogênea e incongruente de elementos diversos: por um lado, o texto não fala expressamente em pena (como ocorre, aliás, no art. 76 da Lei 9.099/95, em relação à transação penal) e a consequência do cumprimento do acordo é a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP); por outro lado, há exigência de confissão e o *caput* do artigo em exame exige que o acordo seja suficiente para a “reprovação e prevenção do crime”.

Em suma, na linha de nossa comparação com a experiência processual penal latino-americana, conclui-se que o ANPP brasileiro promove uma hibridização do *proceso abreviado* (aplicação imediata de pena) com as *formas extraprocessuais* (soluções não punitivas, restaurativas).

É possível, então, vaticinar que a consequência prática disso não será outra que não seja a frustração, em menor ou maior medida, dos dois objetivos: o

art. 28-A do CPP, contudo, que prevê o ANPP, é, basicamente, aquela contida no Projeto de Lei de 2018.

procedimento, no dia a dia forense, não será visto como suficientemente punitivo (segundo a cultura da *defesa social* vigente) e, por isso, provavelmente, seu uso será diminuto, frustrando o propósito declarado de “desafogar o Judiciário”; simultaneamente, dadas as exigências normativas, principalmente a confissão, é improvável que a interpretação literal dos dispositivos possibilite o uso do ANPP para fins restaurativos.

Diante desse horizonte, propomos que o segundo aspecto da hibridização prevaleça, isto é, o aspecto das *soluções fora do processo e da pena*.

Assim, na esteira dos modelos contemporâneos de justiça restaurativa,³⁵ é fundamental distinguir a *confissão* (como elemento probatório relacionado à descoberta de uma suposta *verdade*) da *assunção de responsabilidade* (elemento essencial para o paradigma restaurativo, por meio do qual os envolvidos reconhecem que contribuíram para as consequências do fato e se comprometem a participar da solução concreta do caso³⁶). A responsabilidade pelas consequências de um evento social pode ser assumida ainda que não se imponha um juízo de reprovação, isto é, uma culpa. De fato, a responsabilidade é independente da existência ou não de culpa em seu sentido jurídico.

É necessário, pois, um giro epistemológico, que desloque a intervenção estatal da tradicional exigência de um castigo (*defesa social*) para a solução dos problemas sociais, comunitários e pessoais decorrentes do evento (independentemente de ser um crime ou não e independentemente da aferição probatória da autoria).

A nosso juízo, esse seria o uso mais proveitoso do ANPP, permitindo-se que a solução de cada caso concreto se amolde ao interesse público na pacificação social e aos interesses individuais e coletivos envolvidos.

Para tanto, a interpretação do artigo 28-A do CPP demanda contornos constitucionais e o abandono de qualquer viés punitivo. Se as agências de persecução penal entenderem, diante de uma situação concreta, que a solução punitiva é indispensável, o caminho deve ser o processo, descartando-se o acordo.

Desse modo, o ANPP teria potencial para se converter na via condutora de um grande número de soluções alternativas possíveis, que podem ir dos acordos

35. Sobre o tema do paradigma restaurativo, como leituras iniciais, recomendamos: ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 2008; PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

36. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes...* cit., p. 204 e ss.

reparatórios à justiça restaurativa. Assim, a partir dessa premissa, propomos algumas balizas interpretativas para o citado dispositivo legal:

a) o Ministério Público, talvez em conjunto com outras agências estatais e não estatais, deve promover amplo debate sobre a natureza político-criminal, preventiva, que recobre as *soluções fora do processo*, com o objetivo de fixar balizas gerais e recomendações à realização do ANPP em tal viés;

b) a expressão do *caput* “desde que necessário para reprovação e prevenção do crime” deve ser interpretada à luz da política criminal contemporânea, que reconhece a potencialidade de medidas não punitivas para a pacificação social, para evitar reincidência e para a integração social das pessoas envolvidas no caso;

c) as condições indicadas nos incisos do *caput* do art. 28-A do CPP devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias concretas do caso, com foco no aspecto reparatório (se há vítima conhecida, que sofreu danos decorrentes do fato) e/ou restaurativo (em todos os casos);

d) a exigência de confissão deve ser entendida, na linha do paradigma restaurativo, como o ato de assumir a responsabilidade (que não tem valor probatório) pela solução de um problema social, seja ou não decorrente de um crime,³⁷ sempre que a *solução fora do processo* for a mais adequada aos interesses públicos e privados em questão;

e) a figura do juiz de garantias é essencial para o controle da legalidade³⁸ do procedimento, preservando-se a competência e a imparcialidade do juiz do processo para eventual solução processual, se infrutífero o acordo.

É fato que a proposta interpretativa anterior não resolve todas as limitações normativas pertinentes à regulação do ANPP na legislação processual penal pátria. Exemplificativamente, algumas das vedações previstas no § 2º do art. 28-A, e em outros dispositivos, não têm cabimento no paradigma restaurativo.

De todo modo, ainda que o modelo não seja perfeito, estamos diante de uma concreta oportunidade de inserção (ou infiltração) de práticas não punitivas (com potencial de transformação social) no âmbito de um sistema penal dominado pelo ideário da *defesa social*.

37. A conclusão sobre a existência ou não de um crime sempre demanda instrução, prova e processo. Vale lembrar que a legislação processual penal brasileira repudia a autoincriminação falsa e que a confissão deve ser valorada, pelo juiz, de acordo com as demais provas produzidas no processo.

38. O juiz não deve realizar o controle político da oportunidade da solução fora do processo, pois isso escapa ao escopo da jurisdição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretexto de conclusão, enfatizamos a necessidade de se compreender o caráter político da intervenção penal do Estado. Piero Calamandrei ensinou sobre isso, quando tratava da relatividade política do conceito de ação, ao tematizar a persecução penal como poder, inclusive em seu possível caráter inquisitivo e autoritário, e ao afirmar que, nesse tema, não é possível prescindir do debate entre as esferas do público e do privado.³⁹ Com outros argumentos, similar conclusão pode ser encontrada em James Goldschmidt, ao demonstrar que o processo penal representa uma espécie de “termômetro democrático”.⁴⁰

Portanto, o desejo de se conquistar uma sociedade justa, segura e não violenta depende de um repensar da práxis punitiva, inclusive pelo redirecionamento do aparato estatal à reprodução de práticas sociais emancipadoras e restaurativas. A tarefa não é estritamente jurídica, mas essencialmente política e, em toda a sua extensão, envolve cada espécie de discurso social (jurídico, político, científico, filosófico, religioso, midiático, econômico etc.). Diferentemente do que supôs a *ideologia da defesa social*, a solução para todos os problemas criminais não cabe dentro do próprio direito penal – ele não basta.

Então, ainda que o ANPP tenha sido gestado, em seu processo legislativo, como instrumento de barganha judicial, com foco no castigo e na retribuição penal, na mais perfeita sintonia com a ideia de *defesa social*, entendemos que um uso democrático do instituto não depende de imediatas alterações legislativas, mas apenas de uma mudança de postura em relação aos propósitos da persecução penal e, principalmente, de iniciativas individuais que promovam sua aplicação orientada para fins político-criminais não punitivos.

6. REFERÊNCIAS

- ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminologia de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

39. CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. XVI, parte I, 1939.

40. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

- BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012.
- BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- BINDER, Alberto. *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020-2023*. Brasília, DF, 2019.
- CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. XVI, parte I, 1939.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1966.
- GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La reforma procesal penal en Latinoamérica. In: AA. VV. *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997.
- ILANUD. *Relatório de Pesquisa: a Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, 2005.
- LOMBROSO, Cesare. *L'uomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897. v. III.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)*. Brasília, 2019.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Edelstein, 2011.
- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: o processo acusatório e os desafios político-criminais. In: MADEIRA DEZEM, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. I.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Legislação

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 10.372*, de 06.06.2018. Brasília, DF, 2018.
- RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014 (Codigo Procesal Penal)*. Legislatura de Río Negro, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333;
- Acordo de não persecução penal: um caso de Direito Penal das Consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Víctor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276; e
- Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar, de Elmir Duclerc Ramalho Junior e Luiz Gabriel Batista Neves – *RBCCrim* 156/141-163.

JUSTIÇA NEGOCIAL E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

NEGOTIATED JUSTICE AND NON-PROSECUTION AGREEMENT

RICARDO JACOBSEN GLOECKNER

Pós-Doutor em Direito pela Università Federico II. Doutor em Direito pela UFPR.
Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Advogado.

<http://lattes.cnpq.br/2085174043653648>

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1205-380X>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.214>].

ricardogloeckner@hotmail.com

Autor convidado

ÁREA DO DIREITO: Penal

RESUMO: O presente artigo procura investigar a emergência do sistema de *plea bargaining* e os seus impactos na administração da justiça criminal. Além disso, examina como argumentos econômicos são usados na legitimação da negociação no processo penal e os resultados nucleares desse fenômeno. O *plea bargaining* é também compreendido como uma ferramenta neoliberal capaz de minar o tradicional processo criminal adjudicativo, gerando o que poderia ser denominado como gestão administrativa de sanções criminais. Finalmente, após considerar esse cenário mais amplo, o artigo demonstra o impacto e o quão próximo os acordos de não persecução penal estão da racionalidade neoliberal e seus efeitos difusos no incremento da forma gerencialista do processo penal.

PALAVRAS-CHAVE: Processo penal – Acordo de não persecução penal – Racionalidade neoliberal.

ABSTRACT: The present article intends to investigate the emergence of plea-bargaining system and its impacts on criminal justice administration. Besides it examines how economic arguments are used in legitimizing negotiation in criminal procedure and the core results of this phenomena. Plea-bargaining is also understood as a neoliberal tool capable of undermine traditional adjudicative criminal process, generating what could be called an administrative management of criminal sanctions. Finally, after considering this wider scenario, the article demonstrates the impact and how close non-prosecution agreements are related to neoliberal rationality and its pervasive effects of increasing managerial form of criminal procedure.

KEYWORDS: Criminal procedure – Non-prosecution agreement – Neoliberal rationality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Excesso de acusação, voluntariedade do acordo e a punição pelo exercício regular de um direito. 3. Em defesa do livre mercado penal: a matriz economicista

e o *plea bargaining* como mecanismo eficiente de alocação de recursos. 4. *Plea bargaining*, racionalidade neoliberal e processo penal. 5. Acordo de não persecução penal, gerencialismo e controle social mediante a administrativização de sanções não privativas de liberdade. 6. Referências.

1. INTRODUÇÃO

Um traço marcante dos sistemas de justiça penal contemporâneos pode ser descrito como a tendência em direção a um modelo “negocial” de aplicação de sanções. Apesar de a expressão “justiça negocial” ter se consolidado no campo criminológico e processual penal, trata-se de uma terminologia enganosa, pois deixa a descoberto alguns componentes estruturais que passam a autorizar o sistema de justiças criminal operar de forma plástica e maleável. Evidentemente que essa mudança que afeta os sistemas de justiça criminal contemporâneos não pode ser descrita apenas como uma mutação jurídica, desprezando processos que ocorrem no campo social, político e econômico.

Fala-se em expansão do modelo “negocial” de processo penal como uma tendência que indica a própria substituição do processo penal.¹ Algumas críticas recentes sobre essa tendência tratam de “compatibilizar” os institutos de justiça negocial – em sua maioria, verdadeiros atalhos processuais – com demandas em torno da necessidade de incremento de eficiência no processo penal. Pode-se dizer que os efeitos dessas mudanças que promovem a “eficiência” processual penal (tornando essa categoria equivalente a uma aplicação de pena célere) significam, em última instância, o abandono de uma concepção tradicional de processo, assentada sobre a adjudicação, isto é, sobre uma teoria do acerto do caso penal, seja essa concepção própria do modelo adversarial, seja ela oriunda de uma configuração continental do processo. Não à toa, Damaska afirma que esse processo penal, de cunho adjudicativo, está em declínio em todo lugar.²

Costuma-se imputar ao estilo norte-americano do *plea bargaining* – e consequentemente à expansão da cultura jurídica adversarial – a responsabilidade pelo advento das modulações negociais do processo penal. E isso possui algumas

1. DUBBER, Markus Dirk. American plea bargains, German lay judges, and the crisis of criminal procedure. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 49. n. 3, 1996-1997. p. 552.
2. DAMASKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 82.

justificativas que podem ser estabelecidas liminarmente, antes de avançar mais detidamente sobre o tema do artigo.

De fato, mecanismos negociais poderiam ser encontrados na Inglaterra na Idade Média. Entretanto, o estabelecimento de uma história linear dos mecanismos de disposição processual como algo alheio ao campo do processo adjudicativo parece-me pouco produtiva. Contemporaneamente, interessa-nos muito mais compreender e analisar, de forma mais vertical, os caminhos, as forças sociais e os elementos estruturalmente incorporados ao sistema de justiça criminal que oportunizaram o florescimento de uma “justiça” que penaliza administrativamente os acusados.

Em segundo lugar, analisar as alterações em direção à expansão da “justiça negocial” por meio de algumas impressões sobre o cenário norte-americano ajuda a compreender as relações de corte mais profundo entre o liberalismo econômico e a razão jurídica. Em outras palavras, o exame de um sistema penal que durante os últimos anos parece subordinado à linguagem e racionalidade econômicas como o norte-americano contribui para se perceber os elementos estranhos à racionalidade jurídica que foram progressivamente minando as bases do processo adjudicativo e culminando em uma concepção administrativizada de direito e processo penal. Não se pode descurar que os principais textos norte-americanos sobre o instituto do *plea bargaining* se deram sobre a base epistemológica da *law and economics*.³ A defesa teórica da negociação processual penal é estabelecida a partir de dois vetores argumentativos: de um lado, o pragmatismo naturaliza e traça tais institutos como inevitáveis (o que inclusive foi reconhecido pela Suprema Corte Americana na série de casos que analisou a constitucionalidade do *plea bargaining* na década de 1970). De outro, tem-se uma espécie de argumentação calcada em elementos propriamente negociais, tomando o *plea bargaining* como uma espécie de contrato, o que, em termos econômicos, significaria concebê-lo como um mecanismo que torna mais eficiente a alocação de recursos no sistema de justiça criminal.

Um terceiro recorte que autoriza as críticas a tomarem o panorama norte-americano como um cenário comparativo produtivo é a capacidade de atração da justiça negocial, ou seja, a sua capacidade de fazer o sistema de justiça criminal se confundir com o próprio *plea bargaining*. Para se ter ideia, de acordo com Ross, 95% dos casos criminais são resolvidos mediante um acordo nos Estados

3. Sobre a relação entre *plea bargaining* e *law and economics*, Cf.: GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law* em uma perspectiva comparada. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 56-57.

Unidos. Sugere-se que na justiça federal essa porcentagem seria inclusive ainda maior.⁴ O incremento do uso do *plea bargaining* nos Estados Unidos ocorreu nos anos 1980: nesse período, o uso estimado do acordo, no final da década, já seria alto (81% dos casos), passando para cerca de 97% em 2017.

Evidentemente, a justiça negocial não restou limitada ao campo norte-americano. Os sistemas processuais penais passaram a progressivamente incorporar institutos que, em um primeiro momento, apareciam como culturalmente estranhos às funcionalidades do sistema. Pode-se dizer que o primeiro argumento levado a cabo para sustentar a introdução de mecanismos negociais nos sistemas de justiça criminal continentais foi a superação de um modelo inquisitório e a instauração de um sistema acusatório (essa pelo menos foi a razão costumeiramente encontrada nas reformas latino-americanas deflagradas a partir da década de 1990). Outro argumento que pode ser facilmente encontrado no discurso jurídico contemporâneo seria a necessidade de se estabelecer um processo penal mais ágil e capaz, por seu turno, de fazer frente à macrocriminalidade. Contíguo a esse argumento, repousa o discurso que ressalta as dificuldades probatórias concernentes aos crimes de colarinho branco, crimes corporativos e econômicos, que permitiriam a reivindicação de soluções negociais como alternativas ao processo penal. Por fim, a tradução de mecanismos negociais para o cenário processual penal dos países continentais também reside na necessidade de sua transformação estrutural, ou seja, de o processo penal obedecer aos ditames da economia processual, inclusive como condição de sua legitimidade material⁵ e de reforço da função simbólica do direito penal (uma perspectiva instrumentalista e que subordina a eficácia do processo penal à distribuição de penas).⁶

Em síntese, pode-se afirmar que o programa de tornar o processo penal um instrumento mais eficiente, capaz de melhor alocar os recursos (em outras palavras, permitir que os atores processuais ligados à persecução penal – promotores, policiais e juízes – dediquem mais tempo a casos mais complexos e importantes) conduziria a uma expansão de alternativas ao processo penal. Como destaca Schunemann, o modelo americano consiste na “prática de sentenciamento acelerado, levada a cabo pelos órgãos de investigação sem qualquer controle judicial

4. ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 107.
5. BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal. *Julgar*, [S.l.], n. 25, 2015. p. 168.
6. MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Celeridade e eficácia: uma opção político criminal. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Ribeiro Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 44.

sério”.⁷ Nesse sentido, o programa negocial é essencialmente voltado à administrativização do direito processual penal.

De acordo com Damaska, o que se verifica no presente é o convívio de duas tendências na dimensão das reformas processuais penais: de um lado, tem-se uma visão pragmática, que acena para a necessidade de tornar o processo penal mais “eficiente”, o que implica, em distintos níveis (horizontal ou verticalmente, conforme se analise a extensão ou a profundidade), sacrifícios a direitos processuais estabelecidos em prol do devido processo. De outro, aparece algum tipo de resistência a tais movimentos de modificação do modelo adjudicativo de processo, mas que acaba cingindo-se às críticas acadêmicas e doutrinárias.⁸

De uma maneira preliminar, a “justiça negocial” pode ser descrita como um determinado sistema no qual o consenso das partes (acusação e defesa) encaminha a própria tramitação processual. Caberia ao órgão acusador oferecer a possibilidade de o acusado, renunciando aos direitos de natureza processual (e ao próprio processo, em última instância), receber uma sanção menor.⁹ Não se pode esquecer que, no caso brasileiro, ainda que fortemente criticada por determinado setor doutrinário,¹⁰ a justiça negocial, uma vez formalmente incorporada ao ordenamento brasileiro, foi apresentada como uma “revolução no processo penal”.¹¹

7. SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013. p. 242.
8. DAMASKA, Mirjan. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. p. 01. Disponível em [https://pt.scribd.com/document/64683436/Aspectos-Globales-Reforma-Processo-Penal-Damaska]. Acesso em: 19.08.2020.
9. VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019. p. 67.
10. “Sob o argumento de que a justiça lenta e formalista não garante a cidadania, não se podem sepultar os princípios conquistados a duras penas pela doutrina processual penal, como o *in dubio pro reo*, o direito a não produzir prova contra si mesmo, o *due process of law*, o direito a um juiz predeterminado, v.g. Estes princípios basilares restam eliminados ou enfraquecidos com um acordo a respeito de uma sentença criminal, de uma pena criminal, sobre o requerimento de prova, a respeito da utilização dos meios de impugnação e outras disposições à margem da legalidade” (GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 111-112).
11. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 41.

Essa tendência de desformalização do processo (penal) seria uma marca registrada da perspectiva instrumentalista patrocinada, sobretudo, pela escola processual de São Paulo, conferindo ao direito processual penal as decantadas propriedades de desburocratização e simplificação.¹² Os reflexos sentidos foram o nascimento de uma orientação que reduziria sensivelmente o espectro da obrigatoriedade da ação penal (o que viria mais adiante a se constituir como porta de entrada para outros institutos negociais, como a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal). No que diz respeito ao acordo de não persecução penal, a sua incorporação ao direito positivo se deu por meio do “Pacote Anticrime”, apesar de seu marco originário poder ser reencontrado em uma Resolução elaborada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (sobejamente inconstitucional), trazendo em seu bojo, como fonte de inspiração, os *non prosecution agreements* norte-americanos, desenvolvidos pela experiência e pelas práticas processuais para lidar com crimes corporativos.¹³

A justificativa para um modelo negocial de processo penal se encontra na literatura voltada para a compreensão das relações entre direito e economia: a escola da *law and economics*. Mesmo que o acordo de não persecução penal possa configurar um instituto que não se confunde com o instituto da *guilty plea*, que sustenta a prática do *plea bargaining*, parece oportuno confrontar as teorizações acerca do papel do discurso economicista no desenvolvimento dessas orientações redutoras do processo adjudicativo, tarefa que será elaborada no item subsequente.

2. EXCESSO DE ACUSAÇÃO, VOLUNTARIEDADE DO ACORDO E A PUNIÇÃO PELO EXERCÍCIO REGULAR DE UM DIREITO

Segundo Alschuler, há uma crença generalizada de que uma sentença mais leniente é o fator decisivo que conduz aos acordos em matéria penal.¹⁴ Essa perspectiva, com efeito, apenas poderia ter alguma validade caso a negociação reunisse todas as condições para emular uma economia de mercado. Evidentemente, isso não corresponde nem mesmo de longe à lógica negocial. Como afirma Alschuler, o *overcharging* é o principal mecanismo que dirige os acusados a

12. GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados Especiais Criminais*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005. p. 42.

13. GARRET, Brandon. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2013.

14. ALSCHULER, Albert. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, [S.l.], n. 69, v. 652, 1981. p. 652.

uma negociação.¹⁵ O *overcharging* consiste em uma “sobreacusação”, um excesso de acusação. O seu efeito imediato é o de induzir o acusado a um acordo cujo tempo de prisão se situaria muito acima do “preço de mercado realístico para o crime”.¹⁶ Esse excesso de acusação assume duas formas: há um excesso horizontal de acusação quando o Ministério Público imputa ao acusado uma série de acusações (por meio do concurso de crimes), multiplicando, assim, o objeto da denúncia. E há um excesso de acusação vertical quando ocorre a introdução indevida de causas de aumento da pena ou mesmo da requalificação jurídica do crime.¹⁷ Como destaca Alexander, “eles ‘enchem’ os réus de denúncias por crimes com penas extremamente duras para forçá-los a se declarar culpados por infrações menores e – aqui está o pulo do gato – para obter testemunho em um caso relacionado”.¹⁸

O *overcharging* consiste em uma prática rotineira que pressiona o acusado a aceitar um acordo em casos nos quais o promotor não possui um caso forte capaz de ultrapassar o *standard* da dúvida razoável. Essa prática tem dois propósitos: a) concede vantagem ao promotor na negociação e b) concede uma vantagem no julgamento por meio das acusações adicionais, funcionando como acusações alternativas em caso de absolvição pelas imputações principais. Além disso, uma longa lista de acusações também faz o acusado parecer mais culpável.¹⁹ Assim, da mesma maneira que em uma negociação mercantil os preços são artificialmente elevados esperando uma negociação e a diminuição desse preço irreal, o *overcharging* implica a circunstância de que o desconto obtido pelo réu na pena nem sempre condiz com o substrato fático da imputação. O sistema de *overcharging* como um mecanismo absolutamente natural ao *plea bargaining* envolve, fundamentalmente, uma recomposição de determinadas cláusulas constitucionais como a presunção de inocência, a inadmissibilidade da prova ilícita, culpabilidade e proporcionalidade das penas. Para Caldwell, o *overcharging* é o grande

15. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada* nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 66.

16. ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States Legal Practice. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 119.

17. ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], n. 50, v. 36, p. 50-112, 1968.

18. ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 144.

19. DAVIS, Angela J. *Arbitrary Justice: the power of the American prosecutor*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2007. p. 51.

problema do *plea bargaining*.²⁰ Todavia, para esse autor, o problema não seria o *plea bargaining* em si, mas apenas quando o instituto assume feições coercitivas, ou seja, quando o acusado celebra o acordo por receio de receber penas desproporcionais.²¹ Esse problema não é exclusivo do sistema americano. Conforme aponta Thaman, há uma tendência na Espanha e na Rússia de manipulação de imputações para evitar-se o julgamento pelo tribunal do júri.²²

Langbein destaca que tanto a tortura quanto o *plea bargaining* seriam sistemas coercitivos de condenação sem julgamento, por aparecerem como uma espécie de atalho em um processo que demanda que seja apresentada certa quantidade de prova.²³ Portanto, o sistema de negociação está primeiramente baseado na admissibilidade de condenações que não ultrapassem o *standard* da dúvida razoável; melhor: o *plea bargaining*, em sua prática, tacitamente revoga a própria noção de dúvida razoável.²⁴ Goldstein demonstra haver uma clara relação entre o excesso de acusação e a prova fraca, induzindo o acusado a aceitar um acordo por uma infração penal mais leve.²⁵ Portanto, esse sistema procede a uma alteração redutora do *standard* de prova, já que o promotor pode “adquirir” do acusado uma redução do ônus da prova exigida durante o processo, podendo as partes acordar um *standard* de prova menor do que o constitucionalmente exigido. Considerando que tal *standard* é inegociável e constitucionalmente não renunciável, o acordo passa a estar legitimado apenas pela via do autoincriminação. A acusação, assim, obtém uma isenção probatória do acusado²⁶ pela via de uma induzida autoincriminação.

20. CALDWELL, Mitchell H. Coercive plea bargaining: the unrecognized scourge of the justice system. *Catholic University of Law Review*, [S.l.], v. 61, 2012. p. 65.

21. CALDWELL, Mitchell H. Coercive plea bargaining: the unrecognized scourge of the justice system. *Catholic University of Law Review*, [S.l.], v. 61, 2012. p. 75.

22. THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. xxx.

23. LANGBEIN, John. Tortura e *plea bargaining*. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

24. LYNCH, David. The impropriety of plea agreements: a tale of two counties. *Law & Social Inquiry*, [S.l.], n. 1, v. 19, 1994. p. 132.

25. GOLDSTEIN, Abraham S. Converging criminal justice systems: guilty pleas and the public interest. *SMU Law Review*, [S.l.], v. 49, 1996. p. 571.

26. FISHER, Talia. The boundaries of plea bargaining: negotiating the standard of proof. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 4, v. 97, 2006-2007. p. 945-947.

Mas não é só. De acordo com Alschuler, a conexão mais profunda relacionada com o *plea bargaining* se dá justamente com as regras de exclusão.²⁷ Em outras palavras, o *plea bargaining* promove um enfraquecimento das regras de exclusão probatória,²⁸ já que os meios de obtenção da informação não serão levados à adjudicação e, portanto, já não poderão ser valorados em sua validade. Como aponta Oaks, é de se questionar a justiça de um processo no qual é possível celebrar-se um acordo antes de resolvida a questão do incidente para suprimir a prova ilícita.²⁹ Nem mesmo aumentar o envolvimento judicial como limite ao abuso da acusação seria uma solução pronta, já que ela poderia aumentar o nível de coerção mental sobre o acusado.³⁰

Além do *overcharging*, da redução do *standard* de prova para a obtenção de uma condenação, do esvaziamento das regras de exclusão probatória, o *plea bargaining* promove outro efeito que se pode dizer sistêmico e estrutural. Em primeiro lugar, é notório que uma atmosfera coerciva pode conduzir pessoas a se declararem culpadas, deixando de questionar a obtenção de provas e aceitar maus acordos.³¹ Mas há um efeito ainda pior. O *plea bargaining* tende à penalização do acusado pelo exercício regular de um direito³² (de ser julgado pelo tribunal do júri). Pode-se afirmar que o sistema de *plea bargaining* produziu o advento de uma punição decorrente do exercício do direito ao processo (*trial penalty*). Estatisticamente, isso significa que os acusados que escolhem ir a julgamento, quando condenados, recebem penas superiores às dos acusados que aceitaram o acordo em mais de quatro vezes.³³ Apenas para ficar com os resultados

27. ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 79, n. 1, p. 01-43, 1979.

28. ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], n. 50, v. 36, 1968. p. 82.

29. OAKS, Dallin H. Studying the exclusionary rule in search in seizure. *The University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 37, 1970. p. 748.

30. KLEIN, Richard. Due process denied: judicial coercion in the plea bargaining process. *Hofstra Law Review*, [S.l.], v. 32, 2003-2004. p. 1423.

31. ALKON, Cynthia. Hard bargaining in plea bargaining: when do prosecutors cross the line? *Nevada Law Journal*, [S.l.], v. 17, 2017. p. 404.

32. LYNCH, Gerard E. Screening versus plea bargaining: exactly what are we trading of? *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 55, p. 1399-1408, 2003.

33. KING, Nancy J.; SOULE, David A.; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert R. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guidelines states. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 105, p. 959-1009, 2005.

encontrados no Estado de Maryland, as condenações derivadas do júri produzem penas em média 350% maiores do que aquelas negociadas.³⁴ Tem-se aqui o fenômeno identificado como perseguição vingativa do acusado em caso de não aceitação do acordo.³⁵ Isso é uma prova significativa de que o sistema americano pune mais rigorosamente os acusados que decidem ir a julgamento.³⁶ Dessa maneira, o *plea bargaining* inaugura uma nova etapa do processo penal, na qual o exercício regular de um direito pode ser penalizado.

Outro efeito constantemente referido quanto à legitimidade do *plea bargaining* é o seu efeito primário resultante na condenação de inocentes.³⁷ Com efeito, estudos indicam que um sistema de *plea bargaining* está assentado no encorajamento de inocentes a se declararem culpados.³⁸ A técnica do blefe, como aponta Bibas, incide sobremaneira sobre os inocentes.³⁹ Em um modelo experimental, Dervan e Edkins chegaram à conclusão de que mais de 50% dos inocentes declararam falsamente uma confissão para obtenção de diminuição de pena.⁴⁰ Quais motivos poderiam conduzir um inocente a se declarar culpado? Para Blume e Helm, existem basicamente três: a) necessidade de confessar (pressão estrutural); b) sentenças desproporcionais caso decida ir a júri; c) a existência de uma “indústria desregulada de acordos”.⁴¹ A prática, assim, conduz ao aumento do

-
34. KING, Nancy J.; SOULE, David A.; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert R. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guidelines states. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 105, 2005. p. 973.
35. FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El plea bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], n. 06, v. 20, 2018. p. 10.
36. WALKER, Samuel. *Taming the system: the control of discretion in criminal justice 1950-1990*. Oxford: New York: Oxford University Press, 1993. p. 84.
37. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 120.
38. SCHNEIDER, Sydney. When innocent defendants falsely confess: analyzing the ramifications of entering Alford pleas in the context of burgeoning innocence movement. *Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], v. 103, p. 279-308, 2003.
39. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 117, n. 8, 2004. p. 2495.
40. DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 1, v. 103, 2013. p. 37.
41. BLUME, John H.; HELM, Rebecca K. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*, [S.l.], n. 113, 2014. p. 02.

número de acusados inocentes condenados, especialmente pela ausência de conexão entre a punição e a prova.⁴² Uma possível solução apontada por Gazal-Ayal para esse problema seria o desencorajamento da persecução de casos fracos.⁴³ Contudo, a implementação de uma regra como essa demandaria um esforço transcendente à esfera da normatividade, devendo se rediscutir as próprias funções do Ministério Público em um Estado Democrático de Direito.

O principal argumento encontrado contra as pesquisas que procuram demonstrar como o *plea bargaining* atrai condenações contra inocentes, e constantemente reiterado, é aquele desenvolvido por Scott e Stuntz. Os autores reconhecem que o *plea bargaining* até pode desfavorecer os inocentes, mas a maioria dos acusados não é inocente.⁴⁴ Logo, o sistema se justificaria. Evidentemente que se trata de uma resposta que apenas teria alguma validade caso se despreze por completo a presunção de inocência. O argumento inclusive reproduz uma lógica inquisitorial que circulou na literatura processual penal continental do início do século XX, em que a verdadeira presunção deveria ser a de culpabilidade.

Por se tratar de um sistema, o *plea bargaining* erige uma série de mecanismos e institutos que tratam de preservar o acordo.⁴⁵ A Suprema Corte americana, nos mais importantes casos a ela submetidos, foi extremamente relutante em reconhecer vários direitos dos acusados em *plea bargains*, protegendo o acordo e não o sujeito.⁴⁶ Como exemplo concreto de como o *plea bargaining* aciona dispositivos de impedimento de revisão do acordo, em alguns Estados norte-americanos existe um impedimento jurídico de o acusado requerer a exoneração baseada em teste de DNA se a condenação resultar de um acordo.⁴⁷

A derrogação prática de garantias constitucionais no campo da negociação penal pode ser lida como um reforço da autoridade do Estado, mais especificamente

42. VIANO, Emilio C. *Plea bargaining in the United States: a perversion of justice*. *ERES*, [S.l.], n. 1, v. 83, 2012. p. 122-123.

43. GAZAL-AYAL, Oren. *Partial ban on plea bargains*. *Cardozo Law Review*, [S.l.], v. 27, 2006. p. 105.

44. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. *Plea-Bargaining as contract*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1949.

45. WEBB, Lindsay. *The immortal accusation*. *Washington Law Review*, [S.l.], v. 90, n. 4, p. 1853-1900, 2015.

46. LAIN, Corinna Barret. *Accuracy where it matters: Brady v. Maryland in the plea bargaining context*. *Washington University Law Quarterly*, [S.l.], n. 1, v. 80, 2002. p. 04.

47. GARRET, Brandon. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 152.

uma tendência do sistema de administração de justiça criminal a incrementar os seus níveis de autoritarismo. A inquisitorialidade do processo penal, nesse sentido entendida como um modelo de processo penal que reforça a concentração de poderes nas mãos de apenas um das partes (fenômeno descrito por Schunemann como “aglomeração quântica de poder”),⁴⁸ cuida-se de um resultado imediato de um modelo de *pleas*. Um sistema de declarações de culpa mobiliza a estrutura do processo penal – desde a fase de investigação preliminar –, a forçar uma negociação. Esse sistema se deslocaria do acusatório e assumiria uma conotação inquisitorial, trazendo para o Ministério Público boa parte da função de decisão sobre a pena.⁴⁹ Se efetivamente há que se prestar atenção ao conjunto de situações jurídicas potestativas (que sempre trazem como efeito o desequilíbrio das chances processuais), naturalmente que ocorre um modelo inquisitorial cujos poderes ficam concentrados nas mãos do Ministério Público. Se a tradição inquisitorial e autoritária do direito processual penal continental, ao longo de sua história, enfeixou os poderes nas mãos dos magistrados, os efeitos perversos do modelo adversarial – especificamente o processo bifurcado identificado por Feeley – apareceram na profunda conexão entre *plea bargaining* e encarceramento em massa. Para esse autor, como já referido anteriormente, a adversarialidade e o *plea bargaining* estão intimamente ligados. Ela se expande na mesma proporção que o sistema de *pleas*. Seriam, na visão do autor, o resultado dos mesmos fatores – expansão de recursos para aumento da adversarialidade do processo.⁵⁰ Resulta difícil crer como um sistema (adversarial) pode ser contemplado como um avanço em relação ao inquisitório continental quando ele é responsável por determinar o maior processo de enclausuramento de pessoas das últimas décadas. Com efeito, um sistema de encurtamento processual traz como efeito impostergável a ampliação quantitativa dos mecanismos de prisionização e a potencial colonização do processo penal pelo sistema de *pleas*.

No sentido aqui delineado, Albergaria destaca que um sistema como o norte-americano, fundado sobre declarações de culpa atenta contra o mínimo a ser esperado de um processo penal acusatório, que é a divisão de tarefas. A sobrevalorização das declarações prestadas na fase de investigação preliminar e a praticamente inexistência de controle sobre os acordos (legitimidade, forma, prova, etc.) tornam-se o fio condutor que acaba por retirar do acusado as mais básicas

48. SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 30.

49. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 53.

50. FEELEY, Malcolm. Legal complexity and the transformation of criminal process: the origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, [S.l.], n. 31, v. 183, 1997. p. 186.

garantias.⁵¹ O argumento comumente reforçado, de que o *plea bargaining* investe o sistema processual de maior agilidade e flexibilidade, também é uma “vantagem” que pode ser encontrada em vários exemplos históricos de sistemas processuais penais autoritários.⁵² A flexibilidade e o antiformalismo são “vantagens” presentes em muitos modelos autoritários. A diminuição da proteção contra abusos policiais e na prevenção ao comportamento ilícito dos agentes públicos também. De acordo com Thaman, a Alemanha e Itália fascistas não apenas aboliram o júri, substituindo-o por tribunais mistos, mas também se valeram de institutos processuais que abreviavam o processo.⁵³

Pode-se dizer, no que diz respeito às funções a serem exercidas no processo penal, que o sistema de *plea bargaining* seria um justo opositor das regras de exclusão probatória. Ao passo que as regras de exclusão servem para prevenir o comportamento ilícito dos agentes públicos encarregados da persecução penal, o sistema do *plea bargaining* contribui para o sucesso da ação ilícita.⁵⁴ Se o Estado se vale de sua posição superior para extrair do acusado uma confissão de culpa, evidentemente que o campo das relações entre Estado e indivíduo não pode ser outro que o de um tipo autoritário.⁵⁵ Ao longo da história, o reconhecimento de culpa por meio das confissões foi um dos grandes simplificadores processuais.⁵⁶ Ironicamente, afirma Thaman, uma das conquistas da Corte Warren, de assegurar os direitos a um processo justo, acabou por ser refutada por meio de um “sistema coercitivo” nos quais punições draconianas e penas mínimas obrigatórias acabaram por coagir praticamente todos acusados, culpados ou não: “na minha opinião, o *plea bargaining* americano é, em essência, um modo inquisitorial de

51. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 110.

52. ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], n. 50, v. 36, 1968. p. 71.

53. THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 325.

54. ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], n. 50, v. 36, 1968. p. 82.

55. GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Porto Alegre: SAFE, 2009. p. 180.

56. THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. xxxii.

resolução de caso”,⁵⁷ induzindo confissões e desempenhando um papel enorme no sistema de justiça criminal americano. Não há dúvidas de que o instituto enfraquece a prevenção e o respeito à lei e favorece a extorsão de confissões.⁵⁸ A renúncia a direitos como o de ser julgado corresponde a um modelo em que soluções menos drásticas deveriam ser buscadas. Para Wan, nisso residiria a inconstitucionalidade do *plea bargaining*.⁵⁹

Em se tratando da expansão do sistema de *plea bargaining* para países de tradição continental, deve-se levar a sério a advertência de Binder, de que sempre há a possibilidade de uma “reconfiguração inquisitorial dos sistemas adversariais”.⁶⁰ Em realidade, ainda que o diagnóstico do autor esteja correto, essa reconfiguração inquisitorial nada é mais do que a elevação do inquisitorialismo a um novo patamar, mais aprofundado e limado por duas culturas jurídicas distintas. Trata-se, em realidade, de uma espécie de “metamorfose do sistema inquisitorial”. Voltemos às palavras de Binder: “não é crível um processo de reforma da justiça penal que não provoque uma contrarreforma em um prazo relativamente curto. Se isso não acontece é porque, na realidade, não se conseguiu introduzir nenhuma prática relevante contrária à tradicional inquisitorial”.⁶¹ O grande problema dessa abordagem é a confiança na adversarialidade do sistema processual como um mecanismo eficaz para a contenção dos níveis de inquisitorialidade de um sistema. Entretanto, como já demonstrado, a adversarialidade implica a adoção de ritos simplificados, de atalhos processuais e de negociações. A transição desses mecanismos para uma tradição jurídica inquisitorial traz, de regra, o pior dos cenários: a) uma ampla negociação como alternativa ao processo; b) o processo inquisitorial como

57. THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen. *World Plea Bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 327-328.

58. FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*, [S.l.], v. 70, n. 4, p. 615-632, 1987. Afirmando que o instituto é neutro em relação à prevenção: SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 3, v. 77, 1986. p. 966.

59. WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative. *Review of Law and Social Justice*, [S.l.], v. 17, 2007. p. 36.

60. BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 52.

61. BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017. p. 43.

alternativa às negociações; c) a constante interpenetração de tradições e o uso autoritário das negociações. Ou seja, o acusado se vê diante de uma escolha assaz difícil: a eleição entre uma negociação com redução de pena e um processo penal no qual as garantias são mínimas. Isso sem falar no uso recorrente em casos de criminalidade organizada da colaboração premiada, que corresponde ao cruzamento de um sistema de negociação com o uso de informantes como meio de prova.

O uso expansivo do *plea bargaining* no sistema de justiça criminal tem conduzido algumas críticas no sentido de que tal transformação teria provocado o surgimento de um modelo híbrido entre o sistema adversarial e o continental.⁶² Do ponto de vista de certo reforço da inquisitorialidade⁶³ desse instituto, um sistema de *pleas* traz como consequência inexorável o reforço dos poderes do Ministério Público,⁶⁴ somada à ausência de controles efetivos sobre o uso da discricionariedade acusatória.⁶⁵ A doutrina norte-americana é uníssona no sentido de afirmar que os promotores são, de fato, os agentes mais poderosos do sistema de justiça criminal,⁶⁶ uma vez que o controle integral do processo repousa nas mãos desses agentes.⁶⁷ Há uma profunda desigualdade entre as partes, uma vez que esse reforço dos poderes acusatórios provoca uma ausência de separação de poderes e funções (aglomeração quântica de poder), cabendo à acusação determinar quais as acusações serão levadas adiante, bem como o seu número.⁶⁸ E sequer

62. SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 57, p. 1505-1547, 2016.

63. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 110.

64. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 114.

65. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 56.

66. DAVIS, Angela J. *Arbitrary Justice: the power of the American prosecutor*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2007. p. 05. No mesmo sentido SIMON, Jonathan. Beyond tough on crime: towards a better politics of prosecution. In: LANGER, Maximo; SKLANSKY, David Alan. *Prosecutors and democracy: a cross-national study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 250.

67. DAVIS, Angela J. Prosecutors, democracy, and race. In: LANGER, Maximo; SKLANSKY, David Alan. *Prosecutors and democracy: a cross-national study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017. p. 199.

68. BARKOW, Rachel. Separation of powers and criminal procedure. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 58, 2006. p. 1047.

se poderia levar a sério um argumento como o de que esse sistema de *pleas* funcionaria com um julgador (o promotor) imparcial, justamente pelo fato de que o sistema é estruturado para imprimir eficiência.⁶⁹ O empoderamento dos promotores pode ser visto como uma consequência indesejada daquilo que os economistas do direito identificaram como mecanismo de mercado capaz de aperfeiçoar a acusação.⁷⁰ Pode-se dizer, portanto, que a expansão do *plea bargaining* no mundo acarreta, como consequência indelével, o empoderamento dos promotores, que assumem as vestes de principal agente do sistema de justiça criminal.⁷¹ O *plea bargaining* à americana não é apenas o resultado da natureza acusatória/adversarial do júri, com a consequente disponibilidade da ação e do processo. Ele corresponde também a um ramo do procedimento inquisitorial que induz a admissões de culpa por meio de pressões, induzimentos, promessas de leniência e até mesmo tortura. Isso fica claro quando se analisa a natureza eminentemente coercitiva do sistema de *plea bargaining* norte-americano⁷² e que se espalhou mundo afora.

Esse empoderamento dos promotores, em nível mundial, traz como efeito também a “administrativização das sanções criminais”. Em primeiro lugar, um sistema de *pleas* está arquitetado sobre largos espaços de discricionariedade, em que as negociações carecem de bilateralidade, ao contrário do que comumente se afirma. Com efeito, com frequência o promotor dita o conteúdo do acordo. Nesse sentido, o *plea bargaining* seria uma espécie de “determinação administrativa unilateral”,⁷³ transformando-se o órgão acusador em verdadeiro adjudicador. Deve-se assumir que o *plea bargaining* possui uma natureza essencialmente administrativa.⁷⁴

69. BIBAS, Stephanos. Designing plea bargaining from the ground up: accuracy and fairness without trials as backstops. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 57, n. 4, 2016. p. 1064.

70. GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: a new framework for assessment. *Maastricht Journal of European Comparative Law*, [S.l.], v. 15, n. 3, 2008. p. 331.

71. DAMASKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 93.

72. THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. xxxvi.

73. GIFFORD, Donald G. Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, [S.l.], n. 37, 1983. p. 38.

74. O'HEAR, Michael M. Plea bargaining and procedural justice. *Georgia Law Review*, [S.l.], v. 42, p. 407-459, 2008.

Portanto, considerando a expansão do *plea bargaining* como um mecanismo que permeia a cultura jurídico-processual ocidental contemporânea, pode-se afirmar que esse sistema opera, em realidade, uma “administrativização das sanções criminais”, que emerge sob duas formas: a) a expansão do papel de autoridades administrativas; b) a ausência de processo.⁷⁵

3. EM DEFESA DO LIVRE MERCADO PENAL: A MATRIZ ECONOMICISTA E O *PLEA BARGAINING* COMO MECANISMO EFICIENTE DE ALOCAÇÃO DE RECURSOS

As principais defesas teóricas para o *plea bargaining* advêm de perspectivas economicistas, o que não deveria surpreender a ninguém. Como destaca Talia Fischer, a adoção do *plea bargaining* expressa uma tendência em abrir o sistema criminal para a ordem contratual.⁷⁶ Em sendo assim, o *plea bargaining* parece ser o equivalente funcional da penetração da racionalidade neoliberal no processo penal. Muito embora a prática do *plea bargaining* remonte, historicamente, ao final do século XIX e início do século XX, quando ainda não se poderia falar em neoliberalismo (cuja data costuma ser apresentada como a da realização do Colóquio Walter Lippman, em 1938), é preciso destacar duas questões. Como referido na introdução, importa menos procurar uma “origem” dos mecanismos de leniência no processo penal do que encontrar as práticas que originaram discursos justificacionistas (ou seja, como diria Foucault, trata-se buscar traçar uma genealogia dos enunciados que decorreram de práticas que foram sendo estabelecidas). Dessa maneira, nota-se que os estudos que começaram a investigar o *plea bargaining* e especialmente a tratá-lo como um fenômeno também econômico aparece já na década de 1960 (concomitantemente ao movimento conhecido como *law and economics*) e que se expande para a área criminal na década de 1970 (especialmente com o famoso artigo de Gary Becker, *Crime and Punishment: an economic approach*, de 1974). Coincidentemente ou não, será justamente na década de 1970 que a Suprema Corte americana enfatizará o problema estrutural de legitimação do *plea bargaining*, assentando a sua constitucionalidade, no plano normativo e a sua indispensabilidade, no campo pragmático.

75. LANGER, Maximo. *Plea bargaining, conviction without trial and the global administrative of criminal convictions*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3453576]. Acesso em: 02.03.2020.

76. FISCHER, Talia. The boundaries of plea bargaining: negotiating the standard of proof. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, [S.l.], n. 4, v. 97, 2007. p. 944.

Um dos grandes textos em defesa do *plea bargaining* é *Criminal Procedure as a Market System*, de Frank Easterbrook, que se desenvolve justamente no campo do *law and economics*. Para o autor, categorias centrais ao processo penal como discricionariedade acusatória, *plea bargaining* e discricionariedade decisória, devem ser compreendidas como elementos de um sistema de mercado em bom funcionamento.⁷⁷ Assim, o autor defende a tese de que “o processo penal é um método de alocar recursos escassos”.⁷⁸

A mais importante função do processo criminal, na visão desse autor, seria a prevenção. Entretanto, a prevenção, por sua vez, depende do “preço” que o sistema estabelece para os crimes. A sanção, ou seja, o preço do crime deve ser, segundo o autor, multiplicado pela probabilidade de ela ser imposta.⁷⁹ Disso decorre a conclusão – nem um pouco inovadora – de que seria mais caro submeter um caso a julgamento do que realizar um acordo. Para o promotor, o “custo” decorrente de um julgamento corresponderia às sanções que ele poderia aplicar em outros crimes, usando os recursos disponíveis. Portanto, os acordos apareceriam, segundo a concepção do autor, como mecanismos que tornariam mais eficiente a alocação de tempo do promotor em outros processos, aumentando a sua produtividade. Assim, os principais estímulos do promotor para oferecer um acordo seriam aumentar a taxa de condenação e o incremento da eficiência.⁸⁰

O acordo, no processo penal, seria uma forma de contrato. Esse acordo poderá ser obtido quando “a oferta máxima do acusado iguala ou excede a demanda mínima do promotor. O acusado poupa a ansiedade e o custo do litígio e o promotor libera recursos para acusar outros criminosos”.⁸¹ Todavia, como destaca o autor, o acordo apenas funcionaria (como em uma economia de mercado) se o promotor e o acusado possuem a liberdade suficiente para superar a oferta e a demanda.⁸²

77. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 289.

78. EASTERBROOK, Frank. Criminal Procedure as a Market System. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 290.

79. EASTERBROOK, Frank. Criminal Procedure as a Market System. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 292.

80. HESSICK III, Andrew F. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. *B.Y.U Journal of Public Law*, [S.l.], v. 16, n. 2, 2002. p. 192.

81. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 297.

82. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 298.

Segue-se, então, que nenhuma autoridade pública possuiria mais discricionariedade do que o promotor e poucos participantes no mercado privado a teriam em maior quantidade⁸³. O autor, com base nesse panorama, afirma que as regras inerentes ao processo penal estabelecem uma espécie de “sistema de mercado da acusação”. Esse sistema seria tão eficiente quanto um sistema concorrencial.⁸⁴

O *plea bargaining* estabeleceria o preço para a maioria dos crimes. Isso é assim porque ele determina o preço da mesma forma como se barganha por serviços e bens no mercado.⁸⁵ As sentenças seriam, então, caracterizadas como uma espécie de punição pelo exercício do direito do acusado de requerer um julgamento, acompanhado das garantias processuais associadas.⁸⁶ As penas mais altas decorrentes de uma sentença após o julgamento pelo tribunal do júri não seriam uma espécie de patologia do sistema. Tais sanções mais altas decorreriam do fenômeno da discriminação de preços, isto é, da existência de diversos preços para as mesmas coisas (nesse caso, para o crime). A discriminação de preços seria parte integrante de um sistema punitivo ótimo, seja pelo fato de os criminosos responderem diferentemente ao crime, seja porque o Estado é o único organismo capaz de aplicar a lei penal.⁸⁷ Bibas, ao analisar pragmaticamente o *plea bargaining*, afirma que os “descontos” na pena se justificam a partir do momento em que o acusado que nega a acusação deve merecer uma pena maior.⁸⁸ Veja-se, portanto, que o pensamento economicista procura naturalizar uma punição maior pelo exercício regular de um direito. Em sentido contíguo, Stuntz chega a identificar que o processo criminal constitucional seria como um “imposto político”, o que torna a distribuição das sanções mais “cara”.⁸⁹ A aplicação de metáforas econômicas

83. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 299.

84. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 299.

85. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 308.

86. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 311.

87. EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, 1983. p. 325.

88. BIBAS, Stephanos. Bringing moral values into a flawed plea bargaining system. *Cornell Law Review*, [S.l.], v. 88. 2003. p. 1427.

89. STUNTZ, William J. The political constitution of criminal justice. *Harvard Law Review*, [S.l.], n. 3, v. 119, 2006. p. 780-782.

como o “sistema de mercado de acusações” segue fielmente as linhas do pensamento do *law and economics*. A transação “voluntária” entre as partes aumentaria os benefícios para cada uma delas (outra aplicação das linhas gerais do utilitarismo). Enquanto o acusado poupa ansiedade e gastos com advogado, o promotor poupa recursos para dispensar a outros casos. O *plea bargaining* como uma modalidade de contrato se justifica devido à circunstância de que no processo penal, para o autor, as forças de mercado se manifestariam com a mesma intensidade daquelas que percorrem outros setores da sociedade.

Em outro texto dedicado exclusivamente ao *plea bargaining*, o autor, reiterando alguns dos argumentos desenvolvidos em seu texto clássico, afirma que os acusados inocentes podem preferir uma menor quantidade de pena ao risco de serem condenados a uma sanção maior em juízo. Para ele, forçar essas pessoas a serem julgadas pode produzir sobre elas graves danos. Dessa maneira, o *plea bargaining* não seria apenas ético, mas também eficiente.⁹⁰

O argumento desenvolvido pelo autor é bastante capcioso. O problema da condenação de inocentes não seria uma falha estrutural do instituto do *plea bargaining*. Seria, antes, um problema do procedimento do tribunal do júri. Inexistindo a possibilidade de condenação de um inocente pelo júri, um acordo com aplicação de pena não seria tratado como vantajoso por um acusado, ou seja, um inocente jamais aceitaria o acordo. Na visão do autor, portanto, em um sistema eficiente de adjudicação, o *plea bargaining* beneficiaria apenas o culpado.⁹¹

Um dos pontos centrais levantados por Easterbrook é o de que, no processo de negociação, todas as provas são levadas em conta, mesmo aquelas que não seriam admitidas em juízo,⁹² o que coincide com a crítica de que o *plea bargaining* reduz a eficácia das regras de exclusão probatória.

O autor ratifica a posição anteriormente assumida de que o *plea bargaining* é um acordo por estar baseado na autonomia das partes e na eficiência. Eventuais “imperfeições” nas negociações refletiriam as mesmas imperfeições do sistema de adjudicação do júri, só que de forma antecipada.⁹³ Em outras palavras, o autor

90. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1969.

91. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1969-1970.

92. EASTERBROOK, Frank. *Plea Bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1971.

93. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1978.

sustenta que não fosse a imperfeição do julgamento pelo júri e a antecipação de uma eventual condenação, nenhum acusado aceitaria o acordo. A declaração de culpa, pelo acusado, seria equiparada a uma venda dos direitos processuais ao promotor.⁹⁴ A possibilidade de o réu usar ou trocar esses direitos fundamentais eleva a sua posição, ou seja, torna a situação do acusado melhor do que aquela em que ele não pode negociar tais direitos. Nesse sentido, o *plea bargaining* beneficiaria os acusados.⁹⁵ Por outro lado, o benefício para o promotor seria ganhar a mais valiosa mercadoria, o tempo.⁹⁶ Nesse ponto, o autor contesta a necessidade de um *standard* de prova para além da dúvida razoável, já que seria justamente a possibilidade de erro judiciário que estabelece o acordo como um instrumento utilitário para a redução de pena. No mesmo sentido é a orientação de Scott e Stuntz, em outro texto clássico para a análise econômica do *plea bargaining*.⁹⁷

Os autores partem da premissa de que o *plea bargaining* mais do que satisfaz os requisitos mínimos estabelecidos pelo direito contratual para o exercício da autonomia da vontade.⁹⁸ Como um contrato, incidiria sobre o *plea bargaining* a presunção de obrigatoriedade e a própria exequibilidade desses acordos. A liberdade de renunciar a garantias constitucionais estaria amparada na liberdade geral de contratar. Qualquer uma dessas liberdades constitucionalmente previstas está assentada na autonomia do indivíduo e no primado da eficiência. A denegação dessas liberdades às partes (liberdade de contratar ou renunciar a garantias) representa uma restrição desnecessária nas escolhas dos indivíduos, o que, a seu turno, limita e diminui o próprio valor dessas garantias.⁹⁹

A limitação do uso do *plea bargaining* por meio de um julgamento compulsório do acusado perante o tribunal do júri aumentaria as chances de uma

94. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1975.

95. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1975.

96. EASTERBROOK, Frank. *Plea bargaining as compromise*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1975.

97. Para uma refutação ponto a ponto dos argumentos de Scott e Stuntz, cf.: SCHULHOFER, Stephen J. *Plea bargaining as disaster*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, p. 1979-2009, 1992.

98. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. *Plea-Bargaining as contract*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1928.

99. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. *Plea-Bargaining as contract*. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1913.

condenação maior¹⁰⁰ (tida como legítima e assentada na “discriminação de preços” – ou de penas). Em realidade, o objeto de permuta contratual seria o dos riscos: o risco assumido pelo promotor, em um processo criminal, é o de uma absolvição do acusado pelo tribunal; o risco assumido pelo acusado, no processo penal e mediante o exercício do direito de requerer um julgamento, é o de sofrer uma condenação maior.¹⁰¹ Mas não é só. Os autores afirmam a existência de ganhos sociais decorrentes da prática do *plea bargaining*. Os promotores obtêm um aumento líquido de condenações, com redução constante de custos, e os acusados, “coletivamente”, reduzem o risco da imposição de condenações máximas. Como isso não seria obtido às expensas das partes (ou do público em geral), o sistema seria em princípio aceitável.¹⁰² A existência de garantias implica o direito de explorá-las ao máximo, até a possibilidade de se renunciar a elas ou ainda, explorar os riscos inerentes a elas.

Contra o argumento da inalienabilidade do direito de ser julgado pelo tribunal do júri, os autores sustentam que esse argumento cederia espaço devido ao fato de que o sistema não poderia processar tantos casos e, dessa forma, o resultado do processo seria ainda mais contingente do que já é, o que, com efeito, anularia o próprio direito.¹⁰³ Os autores argumentam que a essência do direito de ser julgado pelo tribunal do júri desapareceria com a necessidade de multiplicação dos julgamentos. Esse direito somente poderia ser mantido com a existência de um sistema de *pleas*, que seria de fato o responsável pela conservação do direito de ser julgado pelo júri. Portanto, desde o ponto de vista sistêmico, nenhum direito seria sacrificado nos acordos. Pelo contrário, a proibição do *plea bargaining* aumentaria o risco de condenação de inocentes.¹⁰⁴

Por fim, outro ponto enfrentado pelos autores é a questão da voluntariedade do acordo e de eventual coação exercida sobre o réu. Para os autores, não existiria coação sobre o acusado pelo fato de que a existência de decisões desagradáveis

100. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as a social contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1914.

101. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1914.

102. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1915.

103. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1916.

104. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1950.

não torna a escolha involuntária. Trata-se de uma aplicação extensiva da teoria da coação contratual, em que, de regra, a coação não se pode verificar de forma contextual.¹⁰⁵ O exemplo oferecido pelos autores é o da venda de um galão de gasolina no deserto. Se o estabelecimento cobrasse U\$ 100,00 o galão e, diante da necessidade, alguém comprasse por esse preço, não se poderia alegar coação. Mesmo diante do preço praticado, ainda que exorbitante em situações normais, a peculiaridade da condição autoriza o proprietário do estabelecimento a cobrar aquele valor. Além disso, a compra e venda traz vantagens e melhora a situação do comprador. Portanto, a aplicação da teoria da coação contratual ao *plea bargaining* somente seria, na visão dos autores, adequada, caso a situação do acusado fosse piorada com o acordo. Como já visto, os autores entendem que o *plea bargaining* não produz decisões involuntárias, pelo fato de sempre incrementar a posição do acusado. Nota-se que o emprego da noção de liberdade contratual é muito próximo do conceito de liberdade desenvolvido por Hayek, ou seja, a liberdade como não coação.

Outro artigo digno de nota na conformação da análise econômica do *plea bargaining* é o denominado “modelo teórico de Landes”. Esse autor identifica variáveis relevantes para a decisão sobre uma realização de acordo ou o exercício do direito do réu de ir a julgamento. A premissa básica do modelo é de que ambos, promotor e acusado, procuram maximizar a utilidade, apropriadamente definida, que atinge os custos. A decisão se baseia, segundo Landes, na probabilidade da condenação, na gravidade do crime, na disponibilidade e na produtividade do promotor, dos recursos do advogado de defesa, dos custos do julgamento ou do acordo e as atitudes das partes frente aos riscos.¹⁰⁶ O modelo de Landes apresentou a primeira teoria econômica do *plea bargaining*. Ele está baseado na premissa de que a finalidade da acusação (que seria também social) é a maximização da soma das sentenças esperadas sujeitas à constrição de recursos.

Reinganum constrói um modelo supletivo e corretivo ao modelo criado por Landes. Para essa pesquisadora, no processo de negociação não importa se o acusado é ou não inocente. O que interessa é a força do caso.¹⁰⁷ Ao passo que o

105. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1920.

106. LANDES, William M. An economic analysis of the Courts. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. *Essays in the economics of crime and punishment*. Cambridge: NBER, 1974. p. 165.

107. REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecution discretion. *The American Economic Review*, [S.l.], n. 4. v. 78, 1988. p. 715.

promotor possui informação privilegiada devido à prévia investigação, o acusado teria uma informação privada de sua própria culpa ou inocência (o que atenuaria a assimetria de informação entre as partes).¹⁰⁸ De uma maneira geral, a teorização encabeçada pelo *law and economics* vê o *plea bargaining* como um instrumento eficiente do processo penal porque reduz os custos da persecução e permite que a acusação se concentre em casos mais relevantes.¹⁰⁹ Em segundo lugar, aumentaria o bem-estar social, ao reduzir a incerteza da decisão.¹¹⁰ Um acusado racional estimará a probabilidade de condenação no processo, seja ele inocente ou culpado, tomando como base a prova disponível contra ele e não aceitará o acordo a menos que ele prometa melhor utilidade do que o exercício do direito de ir a julgamento. O acordo, então, seria a melhor forma de minimizar o custo social esperado de condenar um inocente.¹¹¹

Bibas, sem deixar de legitimar parcialmente o *plea bargaining* e, simultaneamente, sem deixar de lado a influência de categorias econômicas no seu pensamento, estabelece uma crítica à teoria que se desenvolveu, por ele chamada de “acordos que ocorrem à sombra do julgamento”. Em primeiro lugar, o autor afirma a necessidade de se conduzir a análise econômica do direito em outra direção, que ultrapasse a similitude com os acordos de natureza civil.¹¹² Ele estabelece uma crítica à teoria de que os acordos ocorrem à “sombra do julgamento”, isto é, de que os acordos são os reflexos de estimativas de uma pena que adviria de qualquer forma após a condenação em juízo. Em síntese, a teoria dos acordos “à sombra do julgamento” é determinada pela probabilidade de condenação em juízo e a quantidade de pena aplicada.¹¹³ Para Bibas, deveriam ser consideradas ainda, na determinação dos acordos, tanto influências estruturais como a qualidade do

108. REINGANUM, Jennifer F. The law enforcement process and criminal choice. *International Review of Law and Economics*, [S.l.], v. 13, 1993. p. 115.

109. GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: a new framework for assessment. *Maastricht Journal of European Comparative Law*, [S.l.], v. 15, n. 3, 2008. p. 326.

110. GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: a new framework for assessment. *Maastricht Journal of European Comparative Law*, [S.l.], v. 15, n. 3, 2008. p. 328.

111. ADELSTEIN, Richard; MICELI, Thomas. Toward a comparative economics of plea bargain. *European Journal of Law and Economics*, [S.l.], n. 11, v. 1, 2001. p. 56.

112. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside de shadow of trial. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 117, n. 8, 2004. p. 2547.

113. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside de shadow of trial. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 117, n. 8, 2004. p. 2465.

advogado, custos, fiança e detenção, leis e *sentencing guidelines*, além do déficit de informação. Em segundo lugar, devem ser contabilizadas as influências psicológicas nos acordos, como autoconfiança, autonegação, aversão a perdas, preferências por certos tipos de riscos etc.¹¹⁴ Mesmo que a maior parte dos argumentos do autor flerte com economicismos, ela sem dúvida é muito mais complexa do que os argumentos expostos pelos artigos clássicos, que operam exclusivamente com estimativa de risco de condenação em caso de processamento pelo júri.

Schulhofer parte de uma crítica de matriz econômica aos argumentos em prol do *plea bargaining*, ao identificar que defensores de réus pobres podem aderir ao contrato para resolver o caso rapidamente.¹¹⁵ Os promotores, para ter uma boa estatística de condenação, devem manter uma boa relação com advogados influentes e nenhuma derrota em caso relevante no júri, o que indica (como já mencionado anteriormente), que as forças que ativam os acordos não podem ser subsumidas apenas a juízes e promotores.

O modelo teórico preferencialmente adotado pelos defensores do *plea bargaining* (análise econômica) parte do pressuposto de que tanto pessoas inocentes quanto culpadas, uma vez acusadas, agem quase sempre racionalmente e se declaram culpadas.¹¹⁶ Além disso, essa teoria apresenta o acordo como um negócio bilateral.¹¹⁷ Do ponto de vista de um acusado inocente, a força probatória do caso não possui relação alguma com o acordo.¹¹⁸ Em realidade, o *plea bargaining* opera por meio da ameaça, o que afastaria completamente o instituto do cenário contratual. A finalidade é justamente coagir o acusado a renunciar ao seu direito ao júri com a promessa de uma sanção maior pelo seu exercício de um direito.¹¹⁹ A metáfora do mercado trata de forma equivocada acusados inocentes como absolutamente informados, autônomos e racionais.¹²⁰

114. BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside de shadow of trial. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 117, n. 8, 2004. p. 2468-2469.

115. SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992.

116. COVEY, Russell D. Signaling and plea bargaining's innocence problem. *Washington & Lee Law Review*, [S.l.], v. 66, n. 1, 2009. p. 74.

117. COVEY, Russell D. Signaling and plea bargaining's innocence problem. *Washington & Lee Law Review*, [S.l.], v. 66, n. 1, 2009. p. 77.

118. COVEY, Russell D. Signaling and plea bargaining's innocence problem. *Washington & Lee Law Review*, [S.l.], v. 66, n. 1, 2009. p. 79.

119. LANGBEIN, John H. On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, [S.l.], v. 15, n. 1, 1992. p. 122.

120. BIBAS, Stephanos. *The machinery of criminal justice*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2012. p. 63.

Como destaca Brown, o sistema de justiça criminal americano está organizado em torno da *accountability*, do individualismo e do livre mercado. Essas categorias praticamente fundamentam todas as premissas de funcionamento do sistema de justiça criminal, quais regras se aplicam bem como o perfil dos atores processuais. A ideologia da democracia e do livre mercado é o núcleo dos tribunais americanos e de seus advogados.¹²¹ Ao invés de regras contra práticas ilegais, o sistema de justiça norte-americano confia em mecanismos democráticos ou similares aos do mercado para preveni-las.¹²² Ou seja, as tradições liberais norte-americanas informam as regras, racionalidades, instituições e valores da adjudicação criminal.¹²³ Exemplificativamente, Stuntz¹²⁴ e Bibas¹²⁵ atribuem os problemas enfrentados pelo sistema de justiça criminal ao excesso de burocracia e de leis.

Para o funcionamento do *plea bargaining*, a assimetria de informação entre promotor e acusado é essencial. Além de a Suprema Corte não tratar como um efeito necessário do caso Brady a *pre-plea disclosure*, em 2002, no caso *United States v. Ruiz*, essa possibilidade foi sepultada. Há naturalmente uma falta de transparência nesses acordos, já que eles se dão de portas fechadas¹²⁶ e o compartilhamento da informação obtida durante a investigação preliminar não é obrigatória. Assim, a ampliação da informação para tornar o acordo mais justo¹²⁷ seria importantíssima. É em meio ao desequilíbrio de informação que grande parte dos abusos do Ministério Público é cometido (daí a necessidade de uma *pre-plea disclosure* integral).¹²⁸ Os modelos econômicos examinados não compreendem

121. BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 03.

122. BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 04.

123. BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2016. p. 19.

124. STUNTZ, William J. *The collapse of American criminal justice*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011.

125. BIBAS, Stephanos. *The machinery of criminal justice*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2012.

126. ALSCHULER, Albert. The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 84, n. 6, p. 1179-1315, 1975.

127. ALKON, Cynthia; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Bargaining in the dark: the need for transparency and data in plea bargaining. *Texas A&M University School of Law*, [S.l.], Research Paper n. 19-65, 2019. p. 03.

128. OSTROW, Eleanor J. The case for preplea disclosure. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 90, p. 1581-1622, 1981.

essa assimetria de informação.¹²⁹ Pelo contrário, tratam de dois sujeitos racionais que detêm a integridade dos elementos informacionais. Esse simples fato já colocaria por terra qualquer pretensão de uma teoria racional da ação contratual no processo penal. Outro ponto afetado é a própria voluntariedade de um acordo em tais condições,¹³⁰ centrado na possibilidade de uma escolha racional entre se declarar culpado e ir a julgamento.¹³¹

O *plea bargaining*, em realidade, induz mais demandas e processamentos. Apesar das diversas tentativas de construção de uma teoria da escolha racional, os mecanismos de *overcharging*, indução da declaração de culpa e assimetria da informação jamais são contabilizados no modelo teórico. Uma adoção irrestrita dessas teorias também não conseguiria explicar como o *plea bargaining* foi introduzido em países de tradição continental sem que uma negociação discricionária e o mais ampla possível, como a americana, não se tornasse a regra.

De uma maneira geral, o *plea bargaining*, tal como desenvolvido pelo pensamento economicista, está apoiado nos seguintes argumentos: a) evita o enorme dispêndio de recursos¹³² a serem empregados nos julgamentos; b) verifica-se uma maior necessidade do estudo da teoria da negociação no processo penal, já que os advogados são preparados para atuar em um mundo no qual o júri já não mais existe;¹³³ c) poupa recursos que seriam destinados ao juízo¹³⁴ para serem empregados em outros casos; d) trata-se da melhor forma de minimizar condenações equivocadas;¹³⁵ e) trata-se de um instrumento indispensável ao sistema de justiça criminal, devido ao excesso de casos; f) trata-se de um instituto

129. REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecution discretion. *The American Economic Review*, [S.l.], n. 4, v. 78, 1988. p. 713.

130. BRUNK, Conrad. The Problem of Voluntariness and Coercion in the Negotiated Plea. *Law & Society Review*, [S.l.], n. 2, v. 13, p. 527-553, 1979.

131. LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. *American Journal of Law & Criminology*, [S.l.], v. 33, 2006. p. 230.

132. HOWE, Scott W. Value of Plea Bargaining. *Oklahoma Law Review*, [S.l.], v. 58, n. 4, p. 599-636, 2006.

133. ALKON, Cynthia; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. How to be a better plea bargainer. *Washington University Journal of Law & Policy*, [S.l.], v. 66, 2021. p. 68.

134. REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecution discretion. *The American Economic Review*, [S.l.], n. 4, v. 78, 1988. p. 713.

135. BOWERS, Josh. Punishing the innocent. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 156, n. 5, p. 1117-1179, 2008.

constitucional e moralmente admissível, já que se trata de um acordo voluntário; g) a sua abolição faria com que as partes continuassem praticando-o às escondidas,¹³⁶ agravando a situação dos inocentes.

4. *PLEA BARGAINING*, RACIONALIDADE NEOLIBERAL E PROCESSO PENAL

O *plea bargaining* representa o mecanismo processual penal que melhor elabora e exprime a racionalidade neoliberal nesse campo. A terceira onda dos estudos sobre o *plea bargaining*, ao abdicar de uma análise micro-histórica que recaía sobre o papel dos atores no processo penal, o aumento da complexidade do processo e do excesso de casos, deixou à margem questões que atravessam diversos outros aspectos da socialidade. A incorporação e os argumentos que sustentam o *plea bargaining* são justificativas que retratam o processo penal desde uma perspectiva essencialmente econômica. Em certa medida, a lógica concorrencial que caracteriza a racionalidade neoliberal aqui é vista a toda luz. Os atores processuais se transformam em empreendedores, capazes de maximizar a sua produtividade. Ainda que o *plea bargaining* assuma vestes diferentes quando se analisa a sua expansão desde o plano do direito comparado, é notável a sua “plasticidade adaptativa”,¹³⁷ mais uma característica comumente atribuída ao neoliberalismo.

A questão principal é que assim como a racionalidade neoliberal acaba por colonizar as mais diversas esferas da vida, o *plea bargaining* procede a uma transformação de tal forma que ele acaba por se transformar no próprio processo.¹³⁸ Como na célebre locução de Scott e Stuntz, “o *plea bargaining* não é apenas algo adjunto ao sistema de justiça criminal; é o próprio sistema de justiça criminal”.¹³⁹ Cuida-se de um processo de administrativização da justiça penal,¹⁴⁰ o que concorre, no campo do setor público, com os procedimentos de “desburocratização”. Em suma, o discurso que acena para a adoção de um modelo processual

136. LYNCH, David. The impropriety of plea agreements: a tale of two counties. *Law & Social Inquiry*, [S.l.], n. 1, v. 19, 1994. p. 115-116.

137. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 48.

138. WALKER, Samuel. *Taming the system*: the control of discretion in criminal justice 1950-1990. Oxford: New York: Oxford University Press, 1993. p. 65.

139. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1912.

140. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining*: aproximação à justiça negociada nos EUA. Coimbra: Almedina, 2007. p. 99.

de *pleas* apresenta, como argumentos, a necessidade de informalização e gestão eficiente de problemas,¹⁴¹ que já fizeram carreira no campo da administração pública, seja pela vertente da *new public management*, ou pela teoria da *public choice*. Assim, o processo penal não passaria de um serviço oferecido pelo Estado e que deve ser racionalizado, isto é, desburocratizado e moldado como um sistema concorrencial em que empreendedores lutam pela maximização de seus ganhos. Categorias como “eficiência”¹⁴² e a própria racionalidade empresarial estão intrincadas na análise econômica do direito, forma de expressão do neoliberalismo no campo jurídico.¹⁴³

O sistema de *plea bargaining* tende também a reforçar traços autoritários dos sistemas de justiça criminal, como o racismo estrutural.¹⁴⁴ Valendo-se dos dados do Estado de Wisconsin, Berdejó chegou à conclusão de que acusados brancos tem 25% a mais de chances de conseguir o arquivamento ou uma desclassificação de crime para contravenção do que os negros.¹⁴⁵ No campo da “guerra às drogas”, os acordos também servem para o incremento da massa carcerária.¹⁴⁶ O *plea bargaining*, desde o ponto de vista individual, é vendido como um direito. Contudo, desde a dimensão coletiva, induz a maus acordos (como instituição).¹⁴⁷ É um

141. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 110.

142. Para a aplicação de um “princípio geral de eficiência no processo penal”, cf. ADELSTEIN, Richard; MICELI, Thomas. Toward a comparative economics of plea bargain. *European Journal of Law and Economics*, [S.l.], n. 11, v. 1, 2001. p. 49.

143. CAEIRO, Pedro. *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*. p. 13. Disponível em: [www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2002_Legalidade_oportunidade.pdf]. Acesso em: 22.04.2019.

144. ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007. p. 124.

145. BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. *Boston College Law Review*, [S.l.], v. 59, n. 4, 2018. p. 1191.

146. “[O] número de pessoas presas por delitos de drogas, sozinho, é por si assustador – aumentou de cerca de 50 mil em 1980 para quase 500 mil hoje, mais do que o número de pessoas que a Europa ocidental prende por todos os crimes. Mais de 90% daqueles rotulados como ‘criminosos’ ou ‘bandidos’ não recebem um julgamento ou uma defesa consistente; eles se confessam culpados porque são ameaçados com sentenças mínimas obrigatórias duríssimas caso ousem desafiar suas acusações” (ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017. p. 20).

147. SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Differential subjective decision making as an engine of racial stratification in the United States prison system. p. 07.

elemento essencial do incremento do encarceramento e da desigualdade racial nas prisões.¹⁴⁸ Além de repristinar a lógica de seletividade das camadas vulneráveis da sociedade para composição da massa carcerária, o *plea bargaining* ingressa em uma espécie de curto-circuito com as prisões cautelares. A prisão cautelar, como bem definido por Wacquant, também exerce funções que têm como finalidade extorquir do acusado um acordo.¹⁴⁹ Nesse ponto, é possível notar como o discurso reacionário se casa muito bem com a pretensa “neutralidade” da economia. Richard Posner, a grande celebridade do movimento *law and economics*, não hesitará em defender a prisão cautelar como uma espécie de punição antecipada. O seu argumento revolve a lógica tecnicista de que a presunção, no processo penal, é a de culpa. O autor afirma que “como a maioria dos acusados é culpada” e, no entanto, como alguns deles se livram soltos, a prisão cautelar, no fim de contas, é uma coisa boa, uma vez que providenciaria alguma punição e efeito preventivo.¹⁵⁰

No Brasil, além das legislações que reconhecem os mecanismos de disposição “consensual” do processo, o Projeto Anticrime, de autoria do então Ministro da Justiça Sergio Moro, procurou introduzir uma generalização dos acordos no processo penal brasileiro. Interessante aqui a manifestação do relator do projeto de reforma integral do Código Penal (PL 236/2012), Luiz Carlos Gonçalves, ao falar sobre os acordos no processo penal: “estamos pela primeira vez rompendo com o devido processo legal. Este instituto é revolucionário”.¹⁵¹ Como visto, não

Disponível em: [www.economyandsociety.org/wp-content/uploads/2013/08/wp52_Savitsky_PleaBargaining.pdf]. Acesso em: 18.11.2020.

148. SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Differential subjective decision making as an engine of racial stratification in the United States prison system. p. 07. Disponível em: [www.economyandsociety.org/wp-content/uploads/2013/08/wp52_Savitsky_PleaBargaining.pdf]. Acesso em: 18.11.2020. p. 03.
149. “[P]ode-se considerar que uma das principais funções da casa de detenção no aparelho penal hipertrófico o qual os Estados Unidos dotaram consiste em extorquir dos seus internos uma confissão de culpa que permite ao sistema judiciário realizar economias colossais, amputando a parte mais custosa do processo. Nos 75 maiores condados do país, 92% das pessoas condenadas a mais de um ano de privação de liberdade nos 12 meses que se seguiram à sua detenção o foram após uma negociação desse tipo” (WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013. p. 219).
150. POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.
151. Apud VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2019. p. 26.

foi a primeira vez que a introdução de mecanismos negociais seria recebida como uma “revolução”. No entanto, o mais curioso é que realmente tal modificação “rompe com o devido processo”.

Argumentos em prol do *plea bargaining* no Brasil não faltam. Em primeiro lugar, afirma-se que uma condenação por meio dos acordos traria certeza, ao contrário dos julgamentos.¹⁵² Outro argumento empregado é a recorrente afirmação de equilibrar custos e recursos disponíveis,¹⁵³ na esteira das justificativas desenvolvidas pelo *law and economics*. Outro ponto invocado é, como de praxe, a impossibilidade de adjudicação de todos os casos e os acordos, nesse sentido, serviriam como uma alternativa à impunidade, o que garantiria a sua legitimidade.¹⁵⁴

Outro ponto atacado pelos defensores de um sistema de *pleas* é o princípio da legalidade processual. Como afirma Bedê Júnior, “é chegada a hora de se desmistificar o princípio da legalidade no processo penal e respirar os ares do consenso”.¹⁵⁵ Segundo o mentor intelectual do Projeto Anticrime, o *plea bargaining* serviria para se garantir a eficácia do funcionamento da justiça criminal, já que a celeridade seria garantida: “a admissão da responsabilidade pelo acusado na ação penal em troca da redução substancial da pena pode gerar algumas distorções, mas, sem dúvida, traz eficácia para o funcionamento da Justiça no país, já que dá rapidez à tramitação da ação penal”.¹⁵⁶ Também há setor doutrinário que relaciona o modelo negocial ao desenvolvimento da criminalidade organizada, sendo, portanto, um instrumento para enfrentamento dessa nova forma.¹⁵⁷

A defesa brasileira dos acordos não compartilha apenas o fundo econômico, mas divide espaço com argumentos de caráter nitidamente moral. Evidentemente não se trata de uma realidade exclusivamente brasileira. Por exemplo, Bibas

152. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 36.

153. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 37.

154. BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016. p. 68.

155. BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009. p. 67.

156. MORO, Sergio. *Contra o sistema de corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2021. p. 29.

157. SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, [S.l.], n. 1, v. 13, 2016. p. 387.

defende a extinção das *alford pleas* e do *nolo contendere* no cenário norte-americano, pelo fato de os acusados não aceitarem a sua responsabilidade moral pelo crime. Segundo o autor, isso impediria a sua reeducação, a sua reforma e o processo de “cura” das vítimas. Assim, inadmissível uma *plea* sem confissão.¹⁵⁸ No caso brasileiro, recorre-se tanto à eficiência quanto à impunidade, elementos reprodutíveis aos borbotões pelos defensores do modelo negocial.

Em primeiro lugar, a autonomia do indivíduo e a liberdade contratual, no *plea bargaining*, dadas as condições coativas estruturais, são meramente uma ideologia.¹⁵⁹ Igualmente o *plea bargaining* contribuiu de maneira importante para o crescimento da população carcerária nos Estados Unidos. O encarceramento em massa se inicia por volta dos anos 1970, com uma taxa de aumento dessa população carcerária de cerca de 12% ao ano, consolidando-se em 400% em 2019. O *plea bargaining* contribuiu para o encarceramento em massa por meio do processamento em massa,¹⁶⁰ considerando as negociações administrativas como “processo”. Há, portanto, como aponta um setor da crítica doutrinária, uma relação simbiótica entre o *plea bargaining* e o hiperencarceramento.¹⁶¹

Qualquer análise sobre o *plea bargaining* não pode desconsiderar o seu valor em induzir acusados a cooperar na investigação de outros réus.¹⁶² Como antes já referido, o pensamento de Scott e Stuntz demonstra que o *plea bargaining* acaba por se confundir com o próprio sistema de justiça criminal.¹⁶³ Ora, um sistema negocial judicial não seria mais problemático do que um exclusivamente

158. BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal law-values and criminal procedure: the case of Alford and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*, [S.l.], v. 88, 2003. p. 1363.

159. SCHER, Robert. The emperor's new clothes: intellectual dishonesty and the unconstitutionality of plea bargaining. *Texas A&M Law Review*, [S.l.], v. 2, n. 3, 2015. p. 394.

160. ALKON, Cynthia; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Bargaining in the dark: the need for transparency and data in plea bargaining. *Texas A&M University School of Law*, [S.l.], Research Paper n. 19-65, 2019. p. 06.

161. DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relation between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics & Policy*, [S.l.], v. 7, n. 4, 2011. p. 646.

162. ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018. p. 122.

163. SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, 1992. p. 1912.

pertencente à acusação.¹⁶⁴ Em primeiro lugar, um sistema negocial produz o que se poderia denominar como uma “revolução gerencialista” do Poder Judiciário, ou seja, a transformação do papel do juiz em um mero gestor do processo criminal.¹⁶⁵ Em segundo lugar, um modelo negocial tende a enfatizar o excesso de formas no processo penal, o que acaba para reduzir ainda mais o campo de atuação de direitos e garantias do acusado.¹⁶⁶ Ademais, acaba por produzir um deslocamento da fase informativa para a investigação¹⁶⁷, o que caracteriza a própria administrativização da persecução penal e da aplicação das penas. Por fim, mas não menos importante, é a circunstância de que um sistema estruturado de acordos acaba por favorecer o surgimento de mercados de informações, ou seja, de delações.¹⁶⁸

Um grande problema encontrado nas leituras sobre o *plea bargaining* é o desprezo pelos efeitos sistêmicos e reflexos deflagrados pela sua integração a um determinado ordenamento. Como destaca Walker, “é impossível distinguir o *plea bargaining* do processo persecutório em geral”.¹⁶⁹ Assim, a sua importação traz, como consequências adjacentes, interferências diretas sobre o campo das nulidades (antiformalismo contratual), prova ilícita (o acordo acoberta ações ilegais praticadas por agentes públicos), recursos (até bem pouco tempo atrás, os acordos de colaboração premiada permitiam o estabelecimento de cláusulas em que o acusado renunciava ao direito de recorrer, não se sabendo ao certo como uma colaboração premiada afetaria a revisão criminal), a presunção de inocência (já que a prova contida na investigação preliminar e que funciona como base fatural não está sujeita a um *standard* de prova rigoroso), ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, uma vez que, para além de eventuais abusos praticados por um promotor singularmente considerado, os mecanismos de indução à autodeclaração de

164. ALSCHULER, Albert. The trial's judge role in plea bargaining. *Columbia Law Review*, [S.l.], n. 7, v. 76, 1976. p. 1060.

165. RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, [S.l.], n. 96, v. 376, 1982-1983.

166. STUNTZ, William J. *The collapse of American criminal justice*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011. p. 94.

167. SANTORO, Antonio Eduardo Ramores. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S.l.], n. 1, v. 6, p. 81-116, 2020.

168. FISCHER, Talia. The boundaries of plea bargaining: negotiating the standard of proof. *The Journal of Criminal Law and Criminology*, [S.l.], n. 4, v. 97, 2007. p. 951.

169. WALKER, Samuel. *Taming the System: the control of discretion in criminal justice 1950-1990*. Orford: New York: Oxford University Press, 1993. p. 86.

culpa são estruturais. Por tudo isso, a definição geral de que o *plea bargaining* é um sistema de negociação é incompleta, já que não inclui a mais importante decisão de todas: a de arquivamento. Seria mais útil, na visão de Walker, pensar o *plea bargaining* como um processo de testagem da prova que se inicia com a prisão e que pode conduzir a uma série de resultados como o arquivamento, o acordo sobre uma ou mais imputações etc. Além disso, a comum aproximação do *plea bargaining* ao contrato privado se esquece de que em cada caso atuam pelo menos quatro indivíduos: juiz, promotor, réu e advogado.¹⁷⁰ Inclusive para Palmer (nisto afastando-se das impressões de Feeley, de que o *plea bargaining* é um efeito da adversarialidade), um sistema de *plea bargaining* corresponde a um modelo administrativo e próximo do continental. Para o autor, o *plea bargaining*, ao invés de ser um instituto que serviria para diferenciar as duas culturas jurídicas, serviria mais para aproximá-las.¹⁷¹ Por tais razões, é bastante comum a crítica doutrinária afirmar a necessidade de se abolir o *plea bargaining*.¹⁷²

5. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, GERENCIALISMO E CONTROLE SOCIAL MEDIANTE A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DE SANÇÕES NÃO PRIVATIVAS DE LIBERDADE

O acordo de não persecução penal, atualmente inserido no art. 28-A e seus parágrafos do Código de Processo Penal brasileiro, anuncia, como requisito objetivo, que, nos crimes praticados sem violência ou grave ameaça, seria possível a aplicação imediata de pena restritiva de direito ao acusado que, confessando formalmente a infração penal, tenha praticado conduta cuja pena mínima aplicável seja inferior a quatro anos de pena privativa de liberdade.

Em investigação em andamento,¹⁷³ mas que já analisou os crimes previstos no Código Penal brasileiro, o limite objetivo do acordo de não persecução penal atinge 48,5% dos crimes estabelecidos no diploma legislativo. Como se pode

170. WALKER, Samuel. *Taming the System: the control of discretion in criminal justice 1950-1990*. Orford: New York: Oxford University Press, 1993. p. 86.

171. LYNCH, Gerard E. Our administrative system of criminal justice. *Fordham Law Review*, [S.l.], v. 66, n. 6, 1998. p. 2118.

172. PALMER, Jeff. Abolishing plea bargaining: an end to the same old song and dance. *American Journal of Criminal Law*, [S.l.], v. 26, p. 505-536, 1999.

173. Trata-se de pesquisa de iniciação científica em andamento na PUC-RS, cujo projeto se denomina “Processo Penal e Mecanismos Negociais de Pena”, financiada pelo CNPq e cujos dados foram recopilados pela bolsista Manoelita Koch Guimarães de Almeida.

perceber, à partida, o potencial reformador trazido pelo mecanismo negocial tem o potencial de atingir cerca de metade dos crimes previstos no Código Penal, com grandes chances de, em termos percentuais, atingir mais significativamente ainda leis especiais, que correspondem à imensa maioria dos tipos penais brasileiros.

Apenas para se ter ideia de como a expansão do uso do instrumento negocial tende a se tornar preponderante quanto aos crimes que objetivamente permitem o seu uso, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais contabilizou, apenas durante o ano de 2021, a celebração de 9.473 acordos de não persecução penal.¹⁷⁴ Segundo Relatório da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal, até setembro de 2020 mais de cinco mil acordos de não persecução penal teriam sido celebrados entre 2019 e 2020 nos 27 estados da Federação.¹⁷⁵

Como visto, trata-se de um instrumento que, diante de sua capacidade para atingir a maior parte dos crimes previstos na legislação brasileira, tem o potencial para transformar as práticas do sistema de justiça criminal brasileiras, essencialmente negociais. Isso significa que o espaço para a negociação se torna o aspecto ordinário do sistema de justiça criminal, transformando o processo penal adjudicativo em uma exceção. Em que pese o acordo de não persecução penal não permitir uma negociação ampla, já que inviabiliza a aplicação de pena privativa de liberdade, o instituto esbarra nos mesmos problemas detectados anteriormente a respeito da voluntariedade, da assimetria de informação existente entre órgão acusador e acusado e da concepção de que se trata de um contrato entre as partes, movidas ambas pelo interesse se maximizar ganhos ou reduzir perdas. Igualmente, as mesmas justificativas podem ser encontradas no cenário do acordo de não persecução penal: evitação de despesas de recursos que poderão ser aplicados apenas nos casos que deverão ser adjudicados; amplia o tempo que os atores poderão dedicar aos casos mais complexos e relevantes; torna possível evitar-se uma condenação equivocada; trata-se de um instrumento importante, tendo em vista o excesso de demanda criminal, além de ser moral e constitucionalmente admissível, pois se trata de um acordo voluntário.

O ponto no qual o acordo de não persecução penal se diferencia do usual *plea bargaining* reside na tendência gerencialista associada ao tratamento de crimes cuja gravidade em abstrato seja considerada menor. Uma simples mirada dirigida

174. Disponível em: [www.mpmg.mp.br/portal/menu/comunicacao/noticias/mpmg-celebra-mais-de-nove-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-2021-8A9480677DC8F-680017F044A30C7479C-00.shtml]. Acesso em: 10.03.2022.

175. BRASIL. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão Criminal. *Relatório de atividades*. Brasília: MPF, 2021. p. 13-14.

aos Juizados Especiais Criminais já seria suficiente para a detecção dessa dimensão gerencial associada ao seu funcionamento. E nesse ponto reside mais uma incorporação do fenômeno de expansão da adversarialidade norte-americana no cenário processual penal. O estudo clássico de Malcolm Feeley sobre o funcionamento de um tribunal competente para processar e julgar infrações de menor gravidade em New Haven apontou que, dos 1640 casos examinados pelo autor (por meio da metodologia de observação participante), nenhum dos acusados fez valer o seu direito de ser julgado pelo tribunal do júri,¹⁷⁶ tornando-se a fase preliminar do processo a própria punição.¹⁷⁷

O estudo realizado por Feeley é um importante indicativo de que o controle social pode ser realizado de forma diversionista às sanções privativas de liberdade. Apesar de o sistema norte-americano ter recebido mais atenção por conta do encarceramento em massa produzido por um sistema de *pleas*, como destaca Natapoff,¹⁷⁸ cerca de 13 milhões de pessoas são acusadas anualmente por infrações menores, como jogar lixo na rua, atravessar a rua em local proibido, cuspir em via pública etc. Em boa parte das vezes, a baixa gravidade das sanções justifica uma série de pressões processuais, como a redução de recursos, desnecessidade de advogados, diminuição do *standard* de prova para se imprimir uma condenação etc.

Especialmente derivadas das políticas implementadas pela proposta da “teoria das janelas quebradas” (e que não se resumiu à cidade de Nova Iorque), essa política criminal de manutenção da ordem ou policiamento dirigido à qualidade de vida dirige prisões, abordagens, ampliação e flexibilização de buscas em pessoas, alimentando toda uma área do sistema criminal.¹⁷⁹ Kohler-Haussman chega a conclusões muito próximas as de Feeley sobre o abandono do modelo adjudicativo de processo penal e o surgimento de um modelo gerencialista, que se preocupa com a gestão de pessoas mediante o seu engajamento com o sistema de justiça criminal no decorrer do tempo. As práticas dos tribunais que cuidam

176. FEELEY, Malcolm. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*. New York: Russell Sage Foundation, 1992. p. 09.

177. FEELEY, Malcolm. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*. New York: Russell Sage Foundation, 1992. p. 241.

178. NATAPOFF, Alexandra. *Punishing without crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*. New York: Basic Books, 2018. p. 13.

179. KOHLER-HAUSSMANN, Issa. *Misdemeanorland: criminal courts and social control in an age of broken windows policing*. Princeton: Princeton University Press, 2018. p. 01.

das pequenas infrações continuam a exercer controle social, embora de forma diversa dos tribunais que lidam com delitos e infrações mais graves.

As punições derivadas da prática de contravenções, contudo, não são tão pequenas quanto se estima. As pessoas detidas pela prática dessas condutas podem ser presas, multadas, supervisionadas, rastreadas, registradas e estigmatizadas. Podem perder o emprego, a licença para dirigir, benefícios sociais, guarda dos filhos, vistos de imigrante e habitação. Além disso, podem ser consideradas desqualificadas para obtenção de empréstimos e financiamentos, licenças profissionais, o que pode conduzir a uma imersão em dívidas e perda de crédito. Portanto, não se trata de um sistema de penas suaves. O seus reflexos transcendem os efeitos penais, seguramente.¹⁸⁰ Além disso, em alguns estados, como o de Nova Iorque, mesmo uma condenação por uma contravenção registrará o DNA do condenado no banco de dados.¹⁸¹

O argumento em torno do acordo de não persecução penal insere-se justamente nesse processo de transformação e enfraquecimento do modelo adjudicativo de processo, sendo progressivamente substituído pelo modelo gerencialista no que diz respeito às infrações consideradas menos graves (até então de competência dos Juizados Especiais Criminais, relativizada pela figura da suspensão condicional do processo – que, apesar de regulada na Lei 9099/95, alcança crimes fora de sua competência e pelo acordo de não persecução penal, cujo alcance é realmente muito mais elástico). A flexibilidade dos requisitos objetivos do acordo de não persecução penal tem a capacidade de realmente provocar, considerando um lapso temporal de larga duração, a transformação do processo penal adjudicativo brasileiro em um procedimento administrativo-gerencialista.

Em primeiro lugar, por gerencialismo se pode compreender a seriação, tramitação e o impulsioneamento da justiça criminal como uma verdadeira linha de montagem. Aliás, essa situação pode ser perfeitamente vislumbrada no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. O acordo de não persecução penal, com o seu alcance objetivo limitado a crimes com pena mínima inferior a quatro anos, pode ampliar desmedidamente esse cenário. No campo das negociações envolvendo penas privativas de liberdade no cenário americano, é possível identificar o fenômeno denominado por Langer como “administrativização das sanções

180. NATAPOFF, Alexandra. *Punishing without crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*. New York: Basic Books, 2018. p. 20.

181. NATAPOFF, Alexandra. *Punishing without crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*. New York: Basic Books, 2018. p. 28.

criminais”, considerando a desjudicialização material do processo penal que envolve o processo de derrocada do modelo adjudicativo. A “desburocratização” e administrativização da gestão processual das penas são ainda mais acentuadas, como demonstra o comparativo com o cenário norte-americano, na gestão dos processos criminais por contravenção, em sua imensa maioria (dados que ultrapassam os 97% de acordos que submetem o acusado a penas privativas de liberdade) resolvidos mediante acordos.

Certamente essa é a tendência que ocorrerá no cenário brasileiro. Os principais problemas que futuramente poderão ser observados, com o abandono do modelo adjudicativo para as infrações consideradas menos graves, são: a) a desjudicialização material do processo penal brasileiro quanto a esses crimes; b) a celebração de acordos em que não existirá empiricamente controle sobre o *standard* probatório a ser satisfeito nesses casos (a experiência brasileira no campo dos Juizados Especiais Criminais demonstra que é um evento muito raro uma rejeição de transação penal devido ao entendimento do juiz de não satisfação dos requisitos do art. 395 do CPP); c) a consequente redução do espectro da presunção de inocência como regra probatória nesses casos; d) a utilização do processamento criminal como ameaça para que acordos sejam celebrados, mesmo diante de um caso acusatório probatoriamente fraco; e) a ambivalente posição do juiz no controle desses casos, em que é possível rejeitar o acordo (seja pela não satisfação dos requisitos, seja por força da ausência de pressupostos de admissibilidade da acusação); f) o reforço da confissão como prova plena suficiente para autorizar a aplicação de uma sanção (mesmo que a lei refira não se tratar de uma condenação); g) a necessária reacomodação do setor advocatício em torno de amplo leque de crimes, o que reverterá certamente em achatamento da classe (redução de honorários advocatícios, transformação de atividades contenciosas em meramente consultivas sobre vantagens da celebração ou não de acordos), etc. Esses são apenas alguns traços da remodelação operada pelo instituto no sistema processual penal brasileiro.

6. REFERÊNCIAS

- ADELSTEIN, Richard; MICELI, Thomas. Toward a comparative economics of plea bargain. *European Journal of Law and Economics*, [S.l.], n. 11, v. 1, p. 47-67, 2001.
- ALBERGARIA, Pedro Soares de. *Plea Bargaining: aproximação à justiça negociada nos EUA*. Coimbra: Almedina, 2007.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2017.

- ALKON, Cynthia. Hard bargaining in plea bargaining: when do prosecutors cross the line? *Nevada Law Journal*, [S.l.], v. 17, p. 401-428, 2017.
- ALKON, Cynthia; SCHNEIDER, Andrea Kupfer. Bargaining in the dark: the need for transparency and data in plea bargaining. *Texas A&M University School of Law*, [S.l.], Research Paper n. 19-65, p. 01-60, 2019.
- ALSCHULER, Albert W. Plea bargaining and its history. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 79, n. 1, p. 01-43, 1979.
- ALSCHULER, Albert. The changing plea bargaining debate. *California Law Review*, [S.l.], n. 69, v. 652, p. 652-730, 1981.
- ALSCHULER, Albert. The defense attorney's role in plea bargaining. *The Yale Law Journal*, [S.l.], v. 84, n. 6, p. 1179-1315, 1975.
- ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. *University of Chicago Law Review*, [S.l.], n. 50, v. 36, p. 50-112, 1968.
- ALSCHULER, Albert. The trial's judge role in plea bargaining. *Columbia Law Review*, [S.l.], n. 7, v. 76, p. 1059-1154, 1976.
- BARKOW, Rachel. Separation of powers and criminal procedure. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 58, p. 989-1054, 2006.
- BEDÊ JÚNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. *Princípios do processo penal: entre o garantismo e a efetividade da sanção*. São Paulo: Ed. RT, 2009.
- BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing race: racial disparities in plea-bargaining. *Boston College Law Review*, [S.l.], v. 59, n. 4, p. 1187-1249, 2018.
- BIBAS, Stephanos. Bringing moral values into a flawed plea bargaining system. *Cornell Law Review*, [S.l.], v. 88, p. 1425-1432, 2003.
- BIBAS, Stephanos. Designing plea bargaining from the ground up: accuracy and fairness without trials as backstops. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 57, n. 4, p. 1055-1081, 2016.
- BIBAS, Stephanos. Harmonizing substantive-criminal law-values and criminal procedure: the case of Alford and nolo contendere pleas. *Cornell Law Review*, [S.l.], v. 88, p. 1361-1411, 2003.
- BIBAS, Stephanos. Plea bargaining outside the shadow of trial. *Harvard Law Review*, [S.l.], v. 117, n. 8, p. 2463-2547, 2004.
- BIBAS, Stephanos. *The machinery of criminal justice*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2012.
- BINDER, Alberto. *Fundamentos para a reforma da justiça penal*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BLUME, John H; HELM, Rebecca K. The unexonerated: factually innocent defendants who plead guilty. *Cornell Law Faculty Working Papers*, [S.l.], n. 113, p. 01-44, 2014.
- BOWERS, Josh. Punishing the innocent. *University of Pennsylvania Law Review*, [S.l.], v. 156, n. 5, p. 1117-1179, 2008.

- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRANDÃO, Nuno. Acordos sobre a sentença penal. *Julgar*, [S.l.], n. 25, p. 161-178, 2015.
- BROWN, Darryl K. *Free market criminal justice: how democracy and laissez faire undermine the rule of law*. New York: Oxford University Press, 2016.
- BRUNK, Conrad. The problem of voluntariness and coercion in the negotiated plea. *Law & Society Review*, [S.l.], n. 2, v. 13, p. 527-553, 1979.
- CAEIRO, Pedro. *Legalidade e oportunidade: a perseguição penal entre o mito da “justiça absoluta” e o fetiche da “gestão eficiente” do sistema*. Disponível em [www.fd.uc.pt/~pcaeiro/2002_Legalidade_oportunidade.pdf]. Acesso em 22.04.2019.
- CALDWELL, Mitchell H. Coercive plea bargaining: the unrecognized scourge of the justice system. *Catholic University of Law Review*, [S.l.], v. 61, p. 63-96, 2012.
- COVEY, Russell D. Signaling and plea bargaining's innocence problem. *Washington & Lee Law Review*, [S.l.], n. 66, n. 1, p. 73-130, 2009.
- DAMASKA, Mirjan. Aspectos globales de la reforma del proceso penal. Disponível em: [https://pt.scribd.com/document/64683436/Aspectos-Globales-Reforma-Processo-Penal-Damaska]. Acesso em: 19.08.2020.
- DAMASKA, Mirjan. Negotiated Justice in International Criminal Courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018.
- DAVIS, Angela J. *Arbitrary Justice: the power of the American prosecutor*. Oxford: New York: Oxford University Press, 2007.
- DERVAN, Lucian E. Overcriminalization 2.0: the symbiotic relation between plea bargaining and overcriminalization. *Journal of Law, Economics & Policy*, [S.l.], v. 7, n. 4, p. 645-655, 2011.
- DERVAN, Lucian E.; EDKINS, Vanessa A. The innocent defendant's dilemma: an innovative empirical study of plea bargaining's innocence problem. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 1, v. 103, p. 01-48, 2013.
- DUBBER, Markus Dirk. American Plea bargains, German lay judges, and the crisis of criminal procedure. *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 49, n. 3, p. 547-605, 1996-1997.
- EASTERBROOK, Frank. Criminal procedure as a market system. *The Journal of Legal Studies*, [S.l.], v. 12, n. 2, p. 289-332, 1983.
- EASTERBROOK, Frank. Plea bargaining as compromise. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, p. 1969-1978, 1992.
- FEELEY, Malcolm. Legal complexity and the transformation of criminal process: the origins of plea bargaining. *Israel Law Review*, [S.l.], n. 31, v. 183, p. 183-222, 1997.

- FEELEY, Malcolm. *The process is the punishment: handling cases in a lower criminal court*. New York: Russell Sage Foundation, 1992.
- FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. El plea bargaining, o cómo pervertir la justicia penal a través de un sistema de conformidades low cost. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, [S.l.], n. 06, v. 20, p. 01-30, 2018.
- FINE, Ralph Adam. Plea Bargaining: an unnecessary evil. *Marquette Law Review*, [S.l.], v. 70, n. 4, p. 615-632, 1987.
- FISHER, Talia. The boundaries of plea bargaining: negotiating the standard of proof. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 4, v. 97, p. 943-1008, 2006-2007.
- GARAPON, Antoine; PAPADOPOULOS. *Julgar nos Estados Unidos e na França: cultura jurídica francesa e common law em uma perspectiva comparada*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- GAROUPA, Nuno; STEPHEN, Frank H. Why plea-bargaining fails to achieve results in so many criminal justice systems: a new framework for assessment. *Maastricht Journal of European Comparative Law*, [S.l.], v. 15, n. 3, p. 323-358, 2008.
- GARRET, Brandon. *Convicting the innocent: where criminal prosecutions go wrong*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011.
- GARRET, Brandon. *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2013.
- GAZAL-AYAL, Oren. Partial ban on plea bargains. *Cardozo Law Review*, [S.l.], v. 27, p. 101-155, 2006.
- GIACOMOLLI, Nereu José. *Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- GIFFORD, Donald G. Meaningful reform of plea bargaining: the control of prosecutorial discretion. *University of Illinois Law Review*, [S.l.], n. 37, p. 37-98, 1983.
- GOLDSTEIN, Abraham S. Converging criminal justice systems: guilty pleas and the public interest. *SMU Law Review*, [S.l.], v. 49, p. 567-577, 1996.
- GRANDE, Elisabetta. *Imitação e direito: hipóteses sobre a circulação dos modelos*. Porto Alegre: SAFE, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antonio Magalhães; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES, Luz Flávio. *Juizados Especiais Criminais: comentários à Lei 9.099, de 26.09.1995*. 5. ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.
- HESSICK III, Andrew F. Plea bargaining and convicting the innocent: the role of the prosecutor, the defense counsel and the judge. *B.Y.U Journal of Public Law*, [S.l.], v. 16, n. 2, p. 189-242, 2002.

- HOWE, Scott W. Value of plea bargaining. *Oklahoma Law Review*, [S.l.], v. 58, n. 4, p. 599-636, 2006.
- KING, Nancy J.; SOULE, David A.; STEEN, Sara; WEIDNER, Robert R. When process affects punishment: differences in sentences after guilty plea, bench trial, and jury trial in five guidelines states. *Columbia Law Review*, [S.l.], v. 105, p. 959-1009, 2005.
- KLEIN, Richard. Due process denied: judicial coercion in the plea bargaining process. *Hofstra Law Review*, [S.l.], v. 32, p. 1349-1423, 2003-2004.
- KOHLER-HAUSSMANN, Issa. *Misdemeanorland: criminal courts and social control in an age of broken windows policing*. Princeton: Princeton University Press, 2018.
- LAIN, Corinna Barret. Accuracy where it matters: Brady v. Maryland in the plea bargaining context. *Washington University Law Quarterly*, [S.l.], n. 1. v. 80, p. 01-53, 2002.
- LANDES, William M. An Economic Analysis of the Courts. In: BECKER, Gary; LANDES, William M. *Essays in the economics of crime and punishment*. Cambridge: NBER, 1974.
- LANGBEIN, John H. On the myth of written constitutions: the disappearance of criminal jury trial. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, [S.l.], v. 15. n. 1, p. 119-128, 1992.
- LANGBEIN, John. Tortura e plea bargaining. In: GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Sistemas processuais penais*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- LANGER, Maximo. *Plea bargaining, conviction without trial and the global administration of criminal convictions*. Disponível em: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3453576]. Acesso em: 02.03.2020.
- LANGER, Maximo. Rethinking plea bargaining: the practice and reform of prosecutorial adjudication in American criminal procedure. *American Journal of Law & Criminology*, [S.l.], v. 33, p. 223-299, 2006.
- LYNCH, David. The impropriety of plea agreements: a tale of two counties. *Law & Social Inquiry*, [S.l.], n. 1, v. 19, p. 115-134, 1994.
- LYNCH, Gerard E. Our administrative system of criminal justice. *Fordham Law Review*, [S.l.], v. 66, n. 6, p. 2117-2151, 1998.
- LYNCH, Gerard E. Screening versus plea bargaining: exactly what are we trading off? *Stanford Law Review*, [S.l.], v. 55, p. 1399-1408, 2003.
- MIRANDA RODRIGUES, Anabela. Celeridade e eficácia: uma opção político criminal. In: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Jorge de Ribeiro Faria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MORO, Sergio. *Contra o sistema de corrupção*. Rio de Janeiro: Primeira Pessoa, 2021.

- NATAPOFF, Alexandra. *Punishing Without Crime: how our massive misdemeanor system traps the innocent and makes America more unequal*. New York: Basic Books, 2018.
- OAKS, Dallin H. Studying the exclusionary rule in search in seizure. *The University of Chicago Law Review*, [S.l.], v. 37, p. 665-757, 1970.
- O'HEAR, Michael M. Plea bargaining and procedural justice. *Georgia Law Review*, [S.l.], v. 42, p. 407-459, 2008.
- OSTROW, Eleanor J. The case for preplea disclosure. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 90, p. 1581-1622, 1981.
- PALMER, Jeff. Abolishing plea bargaining: an end to the same old song and dance. *American Journal of Criminal Law*, [S.l.], v. 26, p. 505-536, 1999.
- POSNER, Richard. *Economic analysis of law*. 8. ed. New York: Wolters Kluwer, 2011.
- REINGANUM, Jennifer F. Plea bargaining and prosecution discretion. *The American Economic Review*, [S.l.], n. 4, v. 78, p. 713-728, 1988.
- RESNIK, Judith. Managerial judges. *Harvard Law Review*, [S.l.], n. 96, v. 376, p. 374-448, 1982-1983.
- ROSS, Jacqueline E. The entrenched position of plea bargaining in United States legal practice. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018.
- SANTORO, Antonio Eduardo Ramores. A imbricação entre maxiprocessos e colaboração premiada: o deslocamento do centro informativo para a fase investigatória na Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, [S.l.], n. 1, v. 6, p. 81-116, 2020.
- SAVITSKY, Douglas. Is plea bargaining a rational choice? Differential subjective decision making as an engine of racial stratification in the United States prison system. Disponível em: [www.economyandsociety.org/wp-content/uploads/2013/08/wp52_Savitsky_PleaBargaining.pdf]. Acesso em: 18.11.2020.
- SCHER, Robert. The emperor's new clothes: intellectual dishonesty and the unconstitutionality of plea bargaining. *Texas A&M Law Review*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 385-432, 2015.
- SCHNEIDER, Sydney. When innocent defendants falsely confess: analyzing the ramifications of entering Alford pleas in the context of burgeoning innocence movement. *Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], v. 103, p. 279-308, 2003.
- SCHULHOFER, Stephen J. Plea bargaining as disaster. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, p. 1979-2009, 1992.

- SCHUNEMANN, Bernd. *La reforma del proceso penal*. Madrid: Dykinson, 2003.
- SCHUNEMANN, Bernd. Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano. In: SCHUNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.
- SCOTT, Robert E.; STUNTZ, William J. Plea-Bargaining as contract. *Yale Law Journal*, [S.l.], v. 101, p. 1909-1968, 1992.
- SIMON, Jonathan. Beyond Tough on Crime: towards a better politics of prosecution. In: LANGER, Maximo; SKLANSKY, David Alan. *Prosecutors and democracy: a cross-national study*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- SLOBOGIN, Christopher. Plea bargaining and the substantive and procedural goals of criminal justice: from retribution and adversarialism to preventive justice and hybrid-inquisitorialism. *William & Mary Law Review*, [S.l.], v. 57, p. 1505-1547, 2016.
- SMITH, Douglas A. The plea bargaining controversy. *The Journal of Criminal Law & Criminology*, [S.l.], n. 3, v. 77, p. 949-968, 1986.
- SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; GOMES FILHO, Demerval Farias. Funcionalização e expansão do direito penal: o direito penal negocial. *Revista de Direito Internacional*, [S.l.], n. 1, v. 13, p. 376-395, 2016.
- STUNTZ, William J. *The collapse of American criminal justice*. Cambridge: London: Harvard University Press, 2011.
- STUNTZ, William J. The political constitution of criminal justice. *Harvard Law Review*, [S.l.], n. 3, v. 119, p. 781-851, 2006.
- THAMAN, Stephen. A typology of consensual criminal procedures: an historical and comparative perspective on the theory and practice of avoiding the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018.
- THAMAN, Stephen C. Introduction. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2018.
- VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2019.
- VIANO, Emilio C. Plea bargaining in the United States: a perversion of justice. *ERES*, [S.l.], n. 1, v. 83, p. 109-145, 2012.
- WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.
- WALKER, Samuel. *Taming the system: the control of discretion in criminal justice 1950-1990*. Orford: New York: Oxford University Press, 1993.

WAN, Tina. The unnecessary evil of plea bargaining: an unconstitutional conditions problem and a not-so-least restrictive alternative. *Review of Law and Social Justice*, [S.l.], v. 17, p. 33-61, 2007.

WEBB, Lindsay. The immortal accusation. *Washington Law Review*, [S.l.], v. 90. n. 4, p. 1853-1900, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



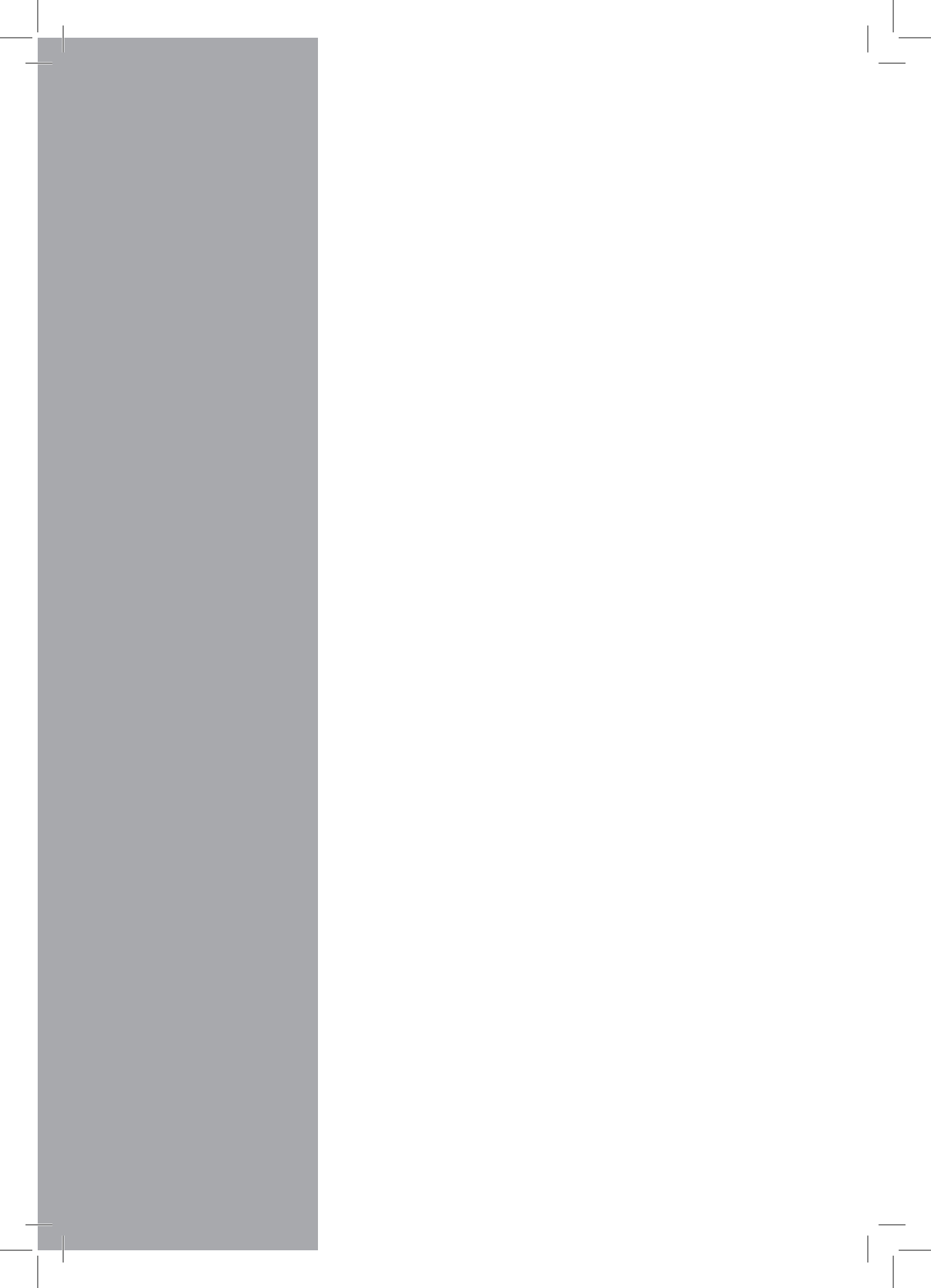
ÁREA DO DIREITO: Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro: o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*, de Guilherme Rodrigues Abrão – *RBCCrim* 179/177-196;
- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333;
- Acordo de não persecução penal: um caso de Direito Penal das Consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Víctor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276;
- Justiça criminal negociada como resposta penal alternativa, de Leonardo Dantas Milhomem e Antonio Henrique Graciano Suxberger – *RePro* 318/51-74; e
- Notas sobre a instituição do *plea bargain* na legislação brasileira, de Orlando Faccini Neto – *RBCCrim* 166/175-201.



Entrevista



ENTREVISTA DA PROMOTORA DE JUSTIÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA LÍVIA SANT'ANNA VAZ

*INTERVIEW WITH THE PROSECUTOR OF THE PUBLIC MINISTRY
OF THE STATE OF BAHIA LÍVIA SANT'ANNA VAZ*

POLLYANNA QUINTELA FALCONERY

Mestre em Direito Público pela UFBA – Universidade Federal da Bahia (2013). Promotora de Justiça com atuação na área criminal, infância, meio ambiente e patrimônio público. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa Segurança Pública e Criminalidade e de Patrimônio Público do MPBA. Integrante do Grupo de Trabalho de Prevenção e Combate à Tortura da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão – PFDC.

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6172213932205414>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.246>].

pollyanna.falconery@mpba.mp.br

Entrevista da promotora de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Lívia Sant'Anna Vaz, idealizadora e cofundadora do Selo Juristas Negras, nomeada, em 2020, uma das 100 pessoas de descendência africana mais influentes do mundo, na edição *Lei & Justiça (Most Influential People of African Descent – Law & Justice Edition)*, sobre a compatibilidade do acordo de não persecução penal com a tutela penal dos crimes de racismo, dada à promotora de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, Pollyanna Quintela Falconery, pesquisadora do Grupo de Pesquisa Segurança Pública e Criminalidade do MPBA.

Interview with the Prosecutor of the Public Ministry of the State of Bahia Lívia Sant'Anna Vaz, creator and co-founder of the Selo Juristas Negras, named, in 2020, one of the 100 most influential people of African descent in the world, in the Lei & Justiça edition (Most Influential People of African Descent – Law & Justice Edition) on the compatibility of the Non-Prosecution Agreement with the criminal protection of crimes of racism, given to the Prosecutor of the Public Ministry of the State of Bahia, Pollyanna Quintela Falconery, researcher at Grupos de Research by MPBA Public Security and Crime and Public Heritage.

RESUMO: A promotora de justiça Pollyanna Q. Falconery, que é membro dos Grupos de Pesquisa Segurança Pública e Criminalidade e de Patrimônio

ABSTRACT: The Public Prosecutor Pollyanna Q. Falconery is a member of the Public Security and Criminality Research Groups and Public Heritage

FALCONERY, Pollyanna Quintela. Entrevista da Promotora de Justiça do
Ministério Público do Estado da Bahia Lívia Sant'Anna Vaz.

Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 191. ano 30. p. 377-388. São Paulo: Ed. RT, jul./ago 2022.

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.246>].

Público do MPBA, nos quais desenvolve pesquisa sobre o acordo de não persecução penal, entrevistou a também promotora de justiça Lívia Sant'Anna Vaz, que atua na Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa de Salvador e é referência em estudos e pesquisas acadêmicas no enfrentamento ao racismo e em respeito à diversidade étnica e cultural, com destaque para a coautoria das obras "Abayomi: o reluzir dos encontros preciosos" e "A Justiça é uma mulher negra".

PALAVRAS-CHAVE: Lívia Sant'Anna Vaz – Acordo de não persecução penal – Crimes de racismo e injúria racial.

of the MPBA, in which she develops research on the Criminal Non-Persecution Agreement, interviewed also the Public Prosecutor Lívia Sant'Anna Vaz, who works at the Public Prosecutor's Office for Combating Racism and Religious Intolerance in Salvador-Ba, is a reference in academic studies and research in the fight against Racism and Respect for Ethnic and Cultural Diversity, with emphasis on the censure of the works "Abayomi: the gleam of precious encounters" and "Justice is a Black woman".

KEYWORDS: Lívia Sant'Anna Vaz – Criminal non-persecution agreement – Racism crime – Racial injury.

SUMÁRIO: Apresentação. Entrevista.

APRESENTAÇÃO



Lívia Sant'Anna Vaz é promotora de justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, desde 2004. Atua na Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo e à Intolerância Religiosa. Doutoranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Graduanda no curso de especialização em estudos

afro-latino-americanos e caribenhos do *Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales*. Coordenou o Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT – 4) da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (2018-2021). Vice-Presidenta do Fórum Direito e Relações Raciais da Escola da Magistratura do Rio de Janeiro (EMERJ). Colunista na Coluna Olhares Interseccionais do Portal Jurídico Migalhas. Parecerista da Revista Brasileira de Direito Processual Penal. Coautora dos livros “Abayomi: o reluzir dos encontros preciosos” e “A Justiça é uma mulher Negra”. Idealizadora e cofundadora do Selo Juristas Negras. Nomeada, em 2020, uma das 100 pessoas de descendência africana mais influentes do mundo, na edição Lei & Justiça (*Most Influential People of African Descent – Law & Justice Edition*).

ENTREVISTA

Livia Sant’Anna Vaz

1. Em 12 de fevereiro de 2021, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos publicou o relatório sobre a situação dos direitos humanos no Brasil, no qual, entre suas conclusões, pontuou que, apesar de o país possuir um sistema democrático e um Estado de Direito com sólidas instituições democráticas e de direitos humanos, “o Estado segue apresentando um cenário de extrema desigualdade social baseada na discriminação estrutural contra pessoas afrodescendentes e comunidades tradicionais quilombolas, indígenas, pessoas camponesas e trabalhadoras rurais, pessoas que vivem na pobreza ou em situação de rua, mulheres e pessoas LGBTI”. Ao que você atribui, após 32 anos de Constituição cidadã, essa incoerência entre a solidez das instituições democráticas e a manutenção desse cenário discriminatório apontado no referido relatório?

É difícil contextualizar em poucas palavras, mas, em síntese, atribuo essa suposta incoerência, principalmente, ao fenômeno denominado por Maria Aparecida Silva Bento de “pacto narcísico da branquitude”, que opera e impera na estrutura do racismo patriarcal. Trata-se de um pacto *entre iguais* voltado para a manutenção do poder, cujo alicerce se sustenta, de um lado, na opressão e subjugação dos *corpos desviantes e descartáveis* na estrutura do racismo patriarcal,¹

-
1. Mulheres, notadamente mulheres negras, pessoas negras, quilombolas e indígenas, pessoas LGBTQIA+ etc. É importante ressaltar que o racismo patriarcal produz variadas e violentas formas de opressão tendo como foco a raça e o gênero, fatores que irão se interseccionar com outros, como classe, resultando em formas ainda mais intensas de violência contra determinados grupos. Ressalte-se, ainda, que a pobreza no Brasil tem

e, de outro, no acúmulo histórico de privilégios em favor da branquitude. Esse pacto – que se desdobra em outros tantos pactos (de mediocridade, de hipocrisia, de isenção de responsabilidades e de manipulação de sentidos²) – impõe silêncios e silenciamentos sobre o racismo, negando sua existência e sua centralidade na (re)produção das desigualdades no Brasil. Nesse sentido, num Estado Democrático de Direito dominado e ditado por homens brancos, cis-heterossexuais e cristãos (para lembrar também o racismo religioso) – que, não à toa, é também o perfil do sistema de justiça brasileiro, verdadeira encarnação do mito do “sujeito universal” –, a dita solidez das instituições democráticas está a serviço da branquitude. Esse sistema de justiça produz visões parciais (ou unilaterais) de justiça, de igualdade e de liberdade, convertendo o direito, em grande medida, em instrumento de manutenção do *status quo* e não de efetiva emancipação de todas as pessoas. É preciso conhecer minimamente a história do Brasil, numa perspectiva étnico-racial crítica – letramento racial ignorado e desprezado pela branquitude que se mantém convenientemente na zona de conforto do acúmulo de privilégios e de poder – para compreender o que, brevemente, afirmo aqui. No entanto, o racismo epistêmico e a “histórica única”³ contada a partir da perspectiva colonial-epistemicida-brancocêntrica e eurocêntrica – configuram-se como instrumentos de controle do acesso a outros saberes e a outras perspectivas epistemológicas e históricas. Pessoas negras e indígenas, nesse país, nunca experimentaram efetiva democracia, por meio das ditas instituições democráticas.⁴ Sob essa ótica, a democracia brasileira é, na realidade, antinegra e, nesse sentido, não se pode afirmar que ela é incoerente, já que vem alcançando seus objetivos de perpetuação das desigualdades fundadas na raça. Se, como afirmam os movimentos negros, “não há democracia com racismo!” e o racismo alicerça a própria construção do Estado Democrático de Direito, deixo aqui a seguinte questão: é possível se falar em democracia antirracista?

2. *A criminalização do racismo no Brasil, nos termos da Lei 7.716/89 e da Lei 10.741/2003, que incluiu o § 3º do art. 140 do CP, é adequada à proteção e promoção dos direitos à igualdade étnica da população negra?*

cor, o que facilita a compreensão do por que pessoas camponesas e trabalhadoras rurais, que vivem na pobreza ou em situação de rua também figuram como foco da desigualdade no relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

2. Como defendemos no livro “A Justiça é uma mulher negra”, de Livia Sant’Anna Vaz e Chiara Ramos.
3. Em referência ao livro “O perigo de uma história única”, de Chimamanda Adichie.
4. Diz-se por meio das ditas instituições democráticas em referência e deferência à experiência democrática quilombista de Palmares.

A criminalização da prática do racismo no Brasil decorre de um mandamento constitucional inscrito no art. 5º, inciso XLII, no qual o legislador constituinte se antecipa ao legislador ordinário e já estabelece que o racismo, além de ser crime imprescritível e inafiançável, deve ser punido com pena de reclusão, nos termos da lei. Esse mandamento constitucional foi resultado da participação dos movimentos negros na Constituinte de 1987/1988. O mandado de criminalização previsto na vigente Constituição é emblemático por representar uma demanda dos movimentos negros e uma girada de chave na ordem jurídica brasileira, ao menos em termos formais, rumo ao antirracismo e à promoção da igualdade racial. No entanto, como tenho dito, a esfera penal não é – nunca foi e nunca será – a instância mais adequada para a proteção e promoção dos direitos à igualdade étnico-racial da população negra. A questão racial está no cerne da seletividade do sistema penal brasileiro. Um Estado que, após a Proclamação da República, em 1889, considerou mais urgente aprovar um Código criminal (1890) para garantir o controle/dominação dos corpos negros recém-libertos, antes mesmo de aprovar uma Constituição republicana – o que só ocorre em 1891. Os sistemas de (in)segurança pública e de (in)justiça criminal terão como alvo sempre os mesmos corpos. Dito de outro modo, o punitivismo jamais irá nos proteger porque ele recai sempre contra corpos negros. Quando somos vítimas – em especial, nos crimes de racismo, cujo sujeito passivo é próprio⁵ –, o sistema penal não funciona (ou melhor, funciona perfeitamente, levando em conta os seus verdadeiros fins), protela os processos penais, garante impunidade para garantir a proteção de corpos brancos. Quando, no entanto, somos réis/réus, esse mesmo sistema opera de modo peremptório, como um tentáculo da necropolítica antinegra, condenando pessoas negras ao encarceramento em massa, para além das outras tantas formas, inclusive simbólicas, de matar e deixar morrer. Por isso, não podemos cair na armadilha de nos contentarmos com a afirmação de que racismo é crime e ponto final. Temos muitas reticências aí. O racismo é definido como crime, mas é também um sistema de opressão racial coordenado e estruturado, mas, ao mesmo tempo, dinâmico, que se reorganiza e se metamorfoseia, reelaborando novas formas de execução das mesmas opressões racistas. Decerto que o sistema jurídico está longe de ser o único implicado na (im)possível (?) desconstrução do racismo, mesmo porque também alicerçado em bases racistas. Ainda assim, os

-
5. O discurso que defende a existência de racismo reverso é mais uma entre as tantas formas de manipulação de sentidos empregada pela branquitude. Racismo reverso não existe. Portanto, o sujeito passivo do crime de racismo é próprio, apenas podendo figurar como vítimas pessoas pertencentes a grupos étnico-raciais vulnerabilizados.

instrumentos jurídico-políticos disponíveis têm sido manejados de forma muito limitada. É preciso, então, explorarmos os diversos mecanismos de enfrentamento ao racismo e de promoção da igualdade étnico-racial, sem nos atermos à esfera criminal, que, como já dito, é incapaz de produzir efetiva proteção, quanto mais promover igualdade.

3. *O sistema de justiça penal brasileiro é eficiente na tutela de combate ao racismo?*

De modo algum. As palavras que traduzem a atuação do sistema de justiça penal brasileiro no combate ao racismo são: ineficiência, impunidade e condescendência. Defendo, na minha tese de doutorado, que o direito à igualdade racial tem, em seu conteúdo, as seguintes dimensões: o direito a não discriminação, o direito à diferença, o direito à promoção da igualdade e o direito à proteção. Embora tenhamos a proteção legal contra a não discriminação racial formalizada na esfera criminal – ou seja, a dita tutela penal do direito a não discriminação racial –, a proteção judicial é insuficiente e ineficiente. Não poderíamos esperar outra postura de um *sistema de justiça de homens brancos*, que sequer admite a existência e centralidade do racismo no Brasil; que define a sua prática como “mal-entendido”. Essa é uma das conclusões do importante relatório produzido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no célebre caso Simone Diniz,⁶ que afirma que, apesar da evolução legislativa, o Poder Judiciário brasileiro é condescendente com a prática do racismo. Posso ratificar a conclusão da Comissão a partir da minha própria experiência no Ministério Público da Bahia. Conforme o estudo (em andamento) “Crimes de racismo na Comarca de Salvador”, do grupo de pesquisa sobre racismo criado pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MP-BA, das 101 denúncias oferecidas (desde o início da minha atuação, em 2015), somente cinco processos resultaram em condenação, sendo que a reparação à vítima não tem sido levada em consideração. Urge, portanto, que, no limitado campo jurídico, busquemos, para além da persecução criminal, a reparação às vítimas, a responsabilização das instituições públicas e privadas e a implementação de ações afirmativas voltadas à promoção da igualdade racial.

4. *A Lei 13.964/2019 incluiu o art. 28-A do Código de Processo Penal, prevendo a possibilidade de oferta de acordo de não persecução penal em crimes sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, desde que necessário*

6. CIDH – OEA. Relatório 66/06, Caso 12.001, mérito, Simone André Diniz, Brasil, 21.10.2006. Disponível em: [www.cidh.org/annualrep/2006port/BRASIL.12001port.htm]. Acesso em: 10.04.2022.

e suficiente para reprovação e prevenção do crime; entre eles, estariam abarcados os elencados na Lei 7.716/89. Diante da não vedação legal à utilização do acordo em crimes de racismo, você entende que essa utilização é compatível com a busca pela eficiência da tutela penal da defesa da igualdade dos direitos da população negra no Brasil?

Entendo que a aplicação do ANPP (Acordo de Não Persecução Penal) aos crimes de racismo pode mitigar a ineficiência da tutela penal do direito a não discriminação, que, no entanto, na perspectiva já delineada, jamais poderá ser inteiramente remediada. Nesse sentido, se bem aplicado e não banalizado, o instituto do acordo de não persecução penal pode atenuar o punitivismo do sistema de justiça, reduzindo o abismo entre (in)eficiência da tutela penal do direito à não discriminação racial e os propósitos declarados do direito penal, de prevenção e punição do crime. Trata-se de um instituto de justiça penal consensual que deve ser aplicado, *a priori*, após a verificação dos critérios subjetivos e objetivos elencados pelo legislador para o seu oferecimento. Nas hipóteses de crimes de racismo, não há proibição legal explícita, como ocorre nos casos de violência doméstica e familiar. Entretanto, ainda assim, formou-se um dissenso entre as/os juristas acerca da aplicabilidade do ANPP aos crimes de racismo, diante da reprovabilidade constitucional de tal prática. Alguns Ministérios Públicos chegaram a expedir atos internos orientando seus membros acerca do tema. Os Ministérios Públicos de São Paulo e Paraná, por exemplo, expediram atos recomendando aos seus integrantes o não oferecimento de ANPP nos casos de racismo, sob o argumento, em síntese, de sua incompatibilidade com a tutela penal constitucionalmente estabelecida, por insuficiência protetiva. O Ministério Público do Maranhão, por sua vez, considerando que não há proibição legal, recomendou aos seus membros a análise caso a caso e a aplicação do instituto, desde que observados os requisitos presentes na lei, sob pena de desrespeito à competência legiferante da União no que tange a normas de conteúdo penal. A apontada divergência revela a importância de uma abordagem legislativa sobre o tema, proposta que foi inclusive apresentada pela Comissão de Juristas Negros e Negras da Câmara dos Deputados, instituída, em 2020, para propor medidas voltadas para o aperfeiçoamento da legislação brasileira de enfrentamento ao racismo estrutural e institucional.

5. Considerando a divergência de significado atribuído ao acordo de não persecução penal, visto por uns como forma mais branda de solução do caso penal e por outros como ferramenta de aumento do controle penal sobre o indivíduo ao antecipar a pena sem as garantias do processo penal, como o acordo pode ser utilizado de forma suficiente para a reprovação e prevenção dos crimes de racismo?

De um modo geral, os institutos de justiça consensual, como o acordo de não persecução penal, aparentam ser um movimento de despenalização. Noutra perspectiva, têm sofrido críticas das teorias garantistas por possibilitarem uma espécie de antecipação da pena – ainda que diversa da privativa de liberdade –, muitas vezes, restringindo certas garantias processuais. Embora considerado por parte da doutrina como um instituto de despenalização, o ANPP não tem o condão de descriminalizar a conduta. Na prática, pode ocorrer uma resposta penal mais célere e mais adequada do que aquela que adviria do fim de um longo processo penal. Embora haja quem defenda que um longo processo penal, por si só, já representa uma punição simbólica para o réu, é preciso recordar que também a vítima enfrenta essa mesma morosidade, na tentativa de ter acesso efetivo à justiça, terminando, sobretudo nos crimes de racismo, “condenada à impunidade”, sem qualquer reparação pelos danos sofridos. Recorde-se, nesse ponto, a importante pesquisa realizada pelo Laboratório de Análises Econômicas, Históricas, Sociais e Estatísticas das Relações Raciais (Laeser), entre 1º de janeiro de 2005 e 31 de dezembro de 2006, que constatou que vítimas de crimes de racismo perdem 57,7% dos casos, nos julgamentos em segunda instância. Para além da preponderante impunidade – já atestada pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos no caso Simone Diniz –, nos poucos casos de condenação pela prática de crimes de racismo, as penas privativas de liberdade são substituídas por penas restritivas de direito, sem nenhuma atenção à reparação à vítima. Diante dessa realidade, o ANPP pode ser utilizado de forma suficiente para o alcance dos objetivos declarados de reprovação e prevenção dos crimes de racismo, sobretudo quando em cotejo com os resultados, na prática, obtidos por meio do processo penal. Exemplificando-se, em um crime de racismo, fixando-se a pena em três anos, ou seja, acima do mínimo abstratamente cominado, inevitavelmente caberia, nos termos legais, a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, que é exatamente o que se alcança com a aplicação das medidas previstas no ANPP, que, no entanto, podem ir além e preconizam explicitamente a reparação à vítima. Fica evidente, nesse contexto, que, em tese, não há prejuízo, quer à tutela penal do direito protegido, quer à vítima, obtendo-se inclusive resultados semelhantes e até mesmo mais adequados e proporcionais, especialmente se houver disciplina legal mais atenta sobre o assunto. Dito de outro modo, não há limitação da pretendida tutela penal por parte do Estado, já que, ao final, se denunciado e condenado, o investigado estaria sujeito às mesmas medidas que podem ser aplicadas, *a priori*, por meio de ANPP. Observando-se, em cada caso concreto, a proporcionalidade das medidas aplicadas e as garantias processuais ao investigado, o ANPP tem se mostrado medida adequada e suficiente nas hipóteses de crimes de racismo. Em síntese, pode-se dizer que, no

Brasil, o déficit de resposta penal à prática de racismo não decorre da “pouca pena”, mas, sim, de aspectos – em especial, do próprio racismo institucional – que florescem no curso do processo e que, ao fim e ao cabo, inviabilizam ou procrastinam a condenação, desprezando a necessária reparação à vítima.

6. *O inciso I do art. 28-A do CPP traz como cláusula obrigatória do acordo a reparação do dano. Você entende viável a instituição de práticas de justiça restaurativa na celebração do acordo em crimes de racismo e injúria racial?*

Sem aprofundar aqui o importante debate sobre a efetiva possibilidade de reparação dos danos causados pelo racismo e até mesmo sobre a pertinência das práticas usuais (e coloniais) de justiça restaurativa diante do racismo estrutural, vou me ater a algumas questões práticas. Primeiramente, deve-se ressaltar que os crimes de racismo têm impactos coletivos, por atingirem, em menor ou maior grau, toda uma coletividade de pessoas e não apenas as vítimas identificadas casuisticamente. Esses elementos devem ser levados em consideração na possível instituição das denominadas práticas de justiça restaurativa, que devem se atentar para a análise dos impactos coletivos do racismo. Outra questão relevante é a participação da(s) vítima(s) identificada(s) nas tratativas para o oferecimento do acordo de não persecução penal, muito embora o art. 28-A do CPP assim não estabeleça expressamente. Como reparar o dano sofrido pela vítima de racismo – que certamente envolverá dano moral – sem sequer ouvi-la a respeito? Daí a importância da participação da vítima, com a devida mediação, ainda que ouvida separadamente, para garantir a proporcionalidade e adequabilidade das medidas de reparação, que podem envolver retratação, pedido público de desculpas, reparação pecuniária do dano sofrido etc. Ressalte-se, ainda, que, quando se tratar de fato que resulte em relevante dano moral coletivo, eventual medida de prestação pecuniária deve ser revertida para instituições voltadas para o combate ao racismo e à promoção da igualdade racial. Outras medidas pertinentes usualmente associadas à justiça restaurativa também podem ser aplicadas, com fulcro no art. 28-A, inciso V, que estabelece como possível condição do ANPP o cumprimento, “por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada”. A título de exemplo, pode-se estabelecer a participação do investigado em curso de letramento racial ou grupo reflexivo antirracista.

7. *Como você avalia a exigência, para a celebração do acordo, da confissão, visto que, em regra, existe a dificuldade do autor do crime de racismo em admitir que a conduta discriminatória foi oriunda de preconceito étnico racial?*

É certo que, para além do debate a respeito da inconstitucionalidade da exigência da confissão como condição para a celebração do ANPP, essa exigência

também pode dificultar a celebração do acordo, tendo em vista a tendência dos investigados em negar a intenção discriminatória ou a própria ocorrência da prática racista. No entanto, minha experiência na Promotoria de Justiça de Combate ao Racismo da Comarca de Salvador tem revelado que a mera confissão formal, apenas para os fins de celebração do ANPP, não tem sido um empecilho. Em geral, na prática, orientados pelos seus defensores – cujo acompanhamento e assinatura é indispensável para a celebração do acordo –, os investigados têm preferido celebrar ANPP a se submeterem a um processo penal pela prática de racismo.

8. *Do ponto de vista da eficácia no enfrentamento ao racismo, como avalia a possibilidade de aplicação do ANPP a crimes anteriores à vigência do art. 28-A do CPP, mesmo após o recebimento da denúncia?*

Considerando a natureza híbrida do acordo de não persecução penal (natureza material e processual penal), em conformidade com o princípio da retroatividade da lei penal mais benéfica, defendo que sua aplicação aos crimes anteriores à lei não deve encontrar limites nem mesmo na coisa julgada, podendo, desse modo, ser o ANPP aplicado até mesmo em fase de execução da pena. Não sendo esse o espaço adequado para aprofundarmos a abordagem e os fundamentos das correntes que têm se formado em torno dessa questão, entendo que a aplicação do ANPP a crimes praticados antes do início da vigência do art. 28-A do CPP é capaz de, além de beneficiar o réu, mitigar a ineficácia do enfrentamento ao racismo por parte do sistema de justiça. Dito de outro modo, diante dos dados apresentados – que dão conta da morosidade e impunidade que imperam no enfrentamento ao racismo por parte do sistema de justiça –, a aplicação do ANPP, embora limitada, tem se apresentado como a melhor medida, no âmbito do processo penal, para o combate aos crimes de racismo.

9. *Considerando que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso Simone André Diniz, apontou expressamente o racismo institucional como fator determinante da inaplicabilidade da legislação antirracismo no Brasil, refletido tanto na fase investigativa quanto judicial, como evitar que a utilização do ANPP não sofra os efeitos do racismo institucional?*

Essa é uma excelente pergunta, porque, de fato, como já pontuado, o racismo institucional (re)produzido pelo sistema de justiça gera impunidade nos casos de racismo, desde a fase da investigação policial, passando pela atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. Dessa maneira, é fundamental termos em conta que a aplicação indiscriminada e banalizada do ANPP – nos mesmos moldes, por exemplo, da transação penal, em que tudo ou quase tudo termina “em cesta básica” – é previsível, especialmente nos crimes de racismo. Desse modo,

para evitar ou, ao menos, minimizar os efeitos do racismo institucional na aplicação do ANPP, a proposta do Ministério Público deve conter medidas (cláusulas mínimas) que levem em consideração o grau de censura constitucional atribuída ao racismo. Nesse sentido, seja por meio de orientação, recomendação ou normativa institucional, seja por meio de futura alteração legislativa, entendo que a utilização do ANPP deve se pautar pelos seguintes pontos:⁷ i) para aplicação do acordo de não persecução penal aos crimes de racismo, o Ministério Público, além das condições subjetivas previstas no *caput* do art. 28-A do CPP, para aferir a necessidade e suficiência do acordo, levará em consideração, entre outros elementos: I – a repercussão pública do crime; II – o meio utilizado para sua prática; III – os efeitos morais e materiais do crime para a vítima. ii) Nos crimes de racismo, a proposta de acordo de não persecução penal, além das condições dos incisos de I a V do *caput* do art. 28-A do CPP, deverá conter cláusula pertinente: I – à reparação mínima à vítima pelos danos morais e materiais decorrentes do crime, cujo valor deverá ser abatido em eventual condenação cível; II – à fixação, em sendo o caso, de valor mínimo de indenização por dano moral coletivo, destinando-se o valor correspondente para fundos ou ações específicos destinados ao enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial, sem prejuízo de eventual ação civil pública, cujo valor da condenação deverá ser abatido do montante pago em decorrência do acordo; III – à prestação de serviço à comunidade, que consistirá em atribuições de tarefas gratuitas a serem realizadas em organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial; IV – à participação do investigado em cursos ou grupos reflexivos de letramento racial, a serem realizados por organizações ou instituições públicas ou privadas cuja principal atuação esteja voltada para o enfrentamento ao racismo e/ou à promoção da igualdade racial.

10. *Verificando que a prevenção e repressão de práticas racistas demandam o enfrentamento do racismo estrutural, de que forma o ANPP pode ser instrumentalizado para esse fim?*

O enfrentamento do racismo estrutural – e das suas diversas formas de manifestação, como o racismo institucional, ambiental, religioso, interindividual – demanda ações antirracistas em diferentes esferas de atuação. A melhor maneira de instrumentalizar o ANPP para o enfrentamento ao racismo estrutural é compreendendo que ele é apenas um dos mecanismos jurídicos disponíveis para tal

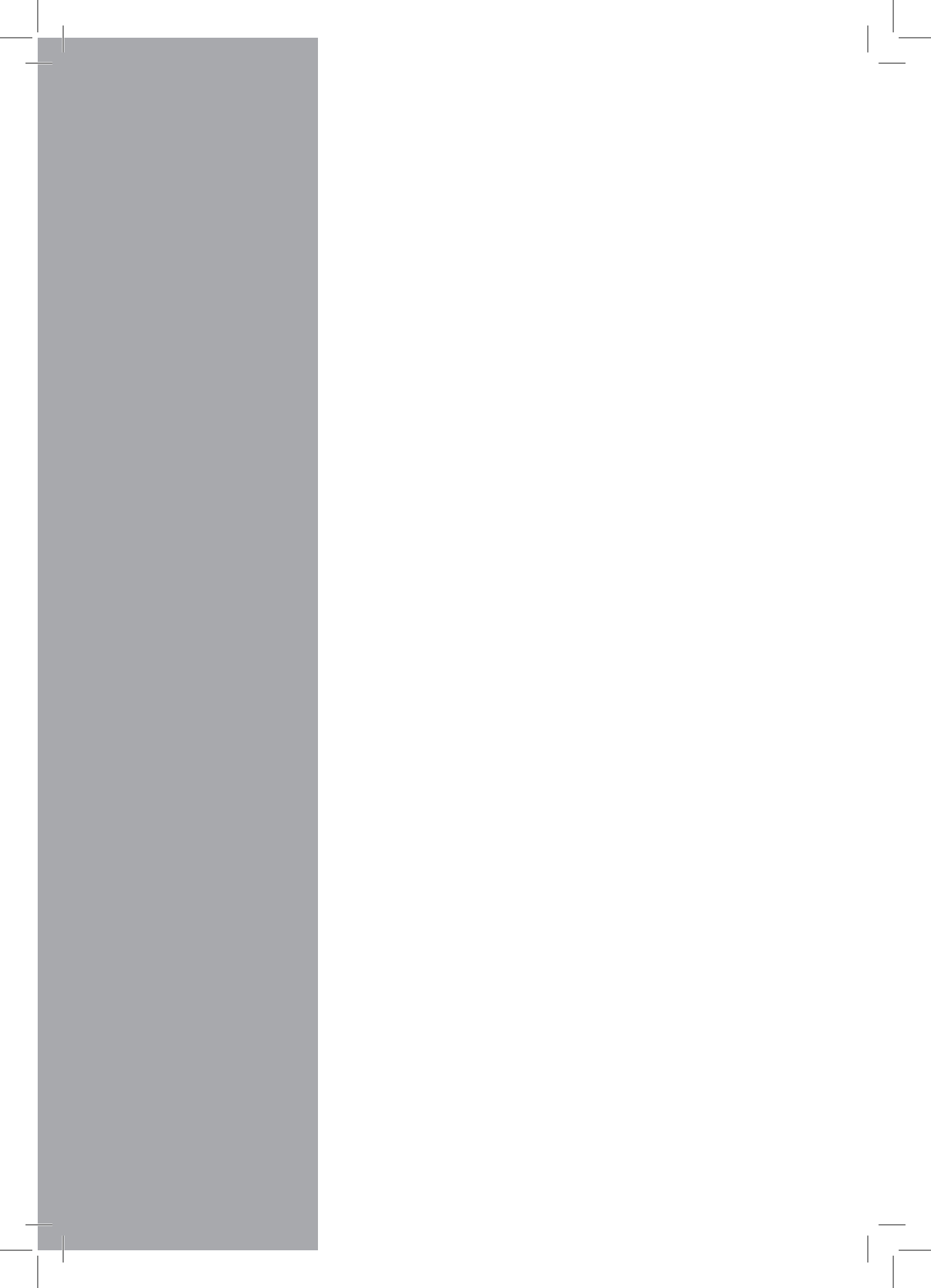
7. Essa proposta foi por mim redigida no bojo do relatório apresentado pela Comissão de Juristas Negros e Negras da Câmara dos Deputados.

fim. Limitar o enfrentamento ao racismo apenas à esfera criminal é o mesmo que incidir somente nas condutas racistas interindividuais, que são apenas o sintoma mais explícito e, ao mesmo tempo, mais superficial do racismo. É preciso ações muito mais profundas do que a criminalização do racismo. Nesse contexto, não se pode deixar de lado a necessidade de que as instituições públicas e privadas, sobretudo os órgãos que integram o sistema de justiça brasileiro, reconheçam que são institucionalmente racistas e assumam efetiva responsabilidade no processo de desconstrução do racismo estrutural, o que envolve a implementação de medidas antirracistas e de ações afirmativas para a promoção da igualdade racial. Em outras palavras, é preciso que o sistema de justiça aplique o ANPP sem deixar de lançar mão do leque de instrumentos jurídico-políticos – de natureza cível, administrativa, criminal e constitucional – disponíveis e necessários para o efetivo enfrentamento ao racismo e para a promoção da igualdade racial.

The background of the page is a light gray with a complex, abstract pattern. It features several overlapping circles and a dense network of thin, curved lines that create a sense of depth and movement. The pattern is most prominent on the right side of the page, where it appears to be a close-up of a larger, more detailed design.

Índice

Alfabético–remissivo



AUTORES

A

AMARAL, Thiago Bottino do

- A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

C

CANI, Luiz Eduardo

- Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

COSTA, Victor Cezar Rodrigues da Silva

- Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207

E

EBERHARDT, Marcos

- Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

F

FALCONERY, Pollyanna Quintela

- O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235
- Entrevista da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Livia Sant’Anna Vaz, p. 377

G

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen

- Justiça negocial e acordo de não persecução penal, p. 329

J

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier

- Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121

K

KASSADA, Daiane Ayumi

- Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal

negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

R

RIOS, Rodrigo Sánchez

- Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207

ROCHA, Lucas Ramos Krause dos Santos

- A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

S

SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da

- Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305

SOUSA, Cláudia Vieira Maciel de

- Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

SPONCHIADO, Jéssica Raquel

- Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

V

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de

- O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93

W

WERMUTH, Maiquel Ângelo Dezordi

- Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?, p. 285

TEMAS

A

Acesso à justiça – Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

Acordo de não persecução penal

- Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121
- Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207
- Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175
- Entrevista da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Livia Sant’Anna Vaz, p. 377
- Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?, p. 285
- Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49
- Justiça negocial e acordo de não persecução penal, p. 329
- Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305
- O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93
- O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235
- A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

Alternativas penais – Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207

Análise econômica do direito – A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

Análise jurisprudencial – O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93

ANPP – Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

C

Confissão – A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

Crime tributário – Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

Crimes de racismo e injúria racial – Entrevista da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Livia Sant’Anna Vaz, p. 399

Crimes previdenciários – Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121

Crise – O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235

D

Delinquência habitual – Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

Descaminho – Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121

Direito penal – O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235

Direito penal do autor – Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o

oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

Direito processual penal

– Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305

– A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

Direitos Humanos – Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

Discrecionalidade – Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207

E

Expansão punitiva – Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?, p. 285

G

Garantias processuais penais – Expansionismo punitivo e acordo de não persecução penal: garantias processuais em risco?, p. 285

J

Justiça consensual – Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos

humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

Justiça negocial – O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93

Justiça penal consensual – A exigência da confissão no acordo de não persecução penal sob a óptica da Análise Econômica do Direito, p. 261

L

Legitimidade – O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235

Lei 13.964/2019 – Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

Livia Sant’Anna Vaz – Entrevista da Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia Livia Sant’Anna Vaz, p. 377

M

Ministério Público – Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207

P

Pagamento do tributo – Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

Parcelamento do tributo – Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

Persecução penal – Inexigibilidade do pagamento do tributo devido como condição objetiva do acordo de não persecução penal nos crimes tributários, p. 49

Política criminal

- Contributo para a interpretação das finalidades do acordo de não persecução penal – O sentido e o alcance da expressão “reprovação e prevenção” no art. 28-A do CPP, p. 207
- Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305
- O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil, p. 235

Práticas restaurativas – Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305

Processo penal

- Justiça negocial e acordo de não persecução penal, p. 329
- O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93

R

Racionalidade neoliberal – Justiça negocial e acordo de não persecução penal, p. 329

Reformas de justiça criminal – Justiça sem processo? O acordo de não persecução penal como possível instrumento político-criminal, p. 305

Reparação do dano – Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121

S

Seletividade penal – Da ilegitimidade da figura do “delinquente habitual” como

requisito legal negativo para o oferecimento do acordo de não persecução penal, p. 175

Sonegação fiscal – Acordo de não persecução penal em crimes tributários: um estudo acerca da condição de reparação do dano, p. 121

Supremo Tribunal Federal – O acordo de não persecução penal na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em 2020 e 2021, p. 93

V

Vítimas – Uma releitura do ANPP sob a perspectiva dos direitos humanos: a necessária participação da vítima na conformação do acordo, p. 25

NORMAS DE PUBLICAÇÃO – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

Política editorial determinada pela equipe editorial em conformidade com o conselho editorial da RBCCRIM, sujeita à revisão periódica.

1. DADOS GERAIS DO PERIÓDICO

- **Nome:** Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCRIM)
- **Responsável:** Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM)
- **Formato:** impresso (Editora Thomson Reuters)
- **Ano de criação:** 1992 (sem interrupções)
- **Periodicidade:** bimestral
- **Recebimento de manuscritos:** fluxo contínuo e editais especiais
- **ISSN:** 1415-5400
- **Qualis:** A1

2. LINHA EDITORIAL

A Revista Brasileira de Ciências Criminais visa à publicação de **trabalhos científicos** relacionados às **ciências criminais**, essencialmente compreendidas entre as áreas de Direito Penal, Direito Processual Penal e Criminologia, além de seus pontos de transdisciplinaridade com outras esferas do conhecimento, como a psicologia, a medicina, a antropologia, a sociologia etc.

Com o objetivo de abranger tal escopo editorial, o periódico é dividido nas seguintes seções:

- a) *Direito Penal:* abrangendo Teoria Geral, Parte Especial, Legislação Penal Especial e Direito Penal Econômico;
- b) *Processo Penal;*
- c) *Crime e Sociedade;*

Ademais, a RBCCRIM, almejando a interlocução entre a estruturação de uma sólida doutrina nas ciências criminais e seu impacto na prática judicial, também publica **comentários críticos a decisões jurisprudenciais**, preferencialmente aquelas emanadas dos tribunais superiores e internacionais. Tais contribuições integram a seção *Direito em Ação* - Comentário Jurisprudencial. Além disso, também são publicados **Pareceres** acerca da aplicação prática de teorias relevantes às ciências criminais.

Por fim, visando à divulgação de importantes trabalhos científicos publicados em âmbito nacional e internacional, especialmente pesquisas acadêmicas, há a seção **Resenhas Críticas**, em que se apresentam breves comentários a tais publicações, ensejando críticas e incentivo ao debate científico. Ocasionalmente, também serão admitidas e publicadas **entrevistas** avaliadas pela coordenação como relevantes à promoção do debate científico concorrente ao escopo do periódico.

1. REGRAS PARA SUBMISSÃO

O envio dos trabalhos deverá ser feito por meio de cadastramento direto no sistema (OJS): <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>. Recomenda-se a utilização de processador de texto Microsoft Word (formatos doc.). Caso seja usado outro processador de texto, os arquivos devem ser gravados no formato RTF (de leitura comum a todos os processadores de texto).

1.1. Condições para submissão

- a) É exigida **titulação mínima de mestrado (de autores e coautores)** para submissão de artigos ao processo de avaliação.
- b) O artigo deve ser inédito; portanto, não publicado em nenhum outro periódico científico e/ou canais de comunicação. Vale ressaltar que ineditismo não deve ser confundido com originalidade, podendo o tema tratado pelo artigo já ter sido abordado por outros autores(as) e/ou publicações;
- c) Todos os artigos serão submetidos à inspeção com programa antiplágio. Não são considerados inéditos os textos: divulgados na *internet*; já publicados no exterior (ainda que em outra língua); publicados em anais de eventos científicos. Serão considerados inéditos os artigos que consistam em versões reduzidas de dissertações de mestrado ou teses de doutorado, embora publicados integralmente em bancos de teses de programas de pós-graduação e os publicados anteriormente em anais de eventos científicos, mas que apresentem efetivos aprimoramentos em razão de debates e estudos posteriores (destacar tais modificações à equipe editorial no e-mail da submissão). Alterações não justificadas em trabalhos já publicados, só serão toleradas até o limite de 30% de coincidência de caracteres.
- d) Assim, em qualquer das hipóteses acima referidas, quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado pelo autor em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão, **sob pena de proibição de novas submissão pelo período de um ano**.
- e) Traduções de artigos também poderão ser submetidas à apreciação do periódico, desde que acompanhadas da autorização de seus respectivos autores e, quando necessário, do periódico que detenha seus direitos de publicação. No entanto, a decisão sobre a sua publicação ou não será prerrogativa da coordenação da Revista.

- f) Uma vez submetido um artigo para avaliação, objetivando sua possível publicação, é vedada a submissão simultânea do mesmo trabalho a outro periódico ou publicação, sob pena de impedimento de submissão de novos trabalhos a este periódico pelo período de um ano;
- g) Após o recebimento e cadastramento do trabalho, entraremos em contato para acusar a recepção e solicitar eventuais informações faltantes.

2. ELEMENTOS FORMAIS OBRIGATÓRIOS

- a) Os artigos deverão ser precedidos de uma página de apresentação, na qual se fará constar obrigatoriamente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos com ano de obtenção, instituições às quais pertença e a principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, e-mail, link para o currículo LATTES e número do ORCID.
- b) Os trabalhos devem ter entre 20 a 40 páginas, com tolerância de duas para mais ou duas para menos; e resenhas críticas (até 15 páginas). Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois.
- c) Como fonte, usar a Times New Roman, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- d) Os parágrafos devem ser justificados. Não devem ser usados deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois de cada tópico; devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 2,5 cm. A formatação do tamanho do papel deve ser A4.
- e) Os trabalhos podem ser escritos em português, espanhol, inglês, francês, alemão ou italiano. Em qualquer caso, deverão ser indicados, no idioma do artigo e em inglês, o título do trabalho, o respectivo resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave.
- f) Os artigos devem possuir os seguintes elementos em português e inglês: título/*title*; resumo/*abstract*; palavras-chave/*keywords*; sumário (apenas em português ou na língua original do artigo).
- g) A numeração do sumário deverá obrigatoriamente ser feita em algarismos arábicos. É vedada a numeração dos itens em algarismos romanos. No sumário deverão constar os itens com até três dígitos. Exemplo:
Sumário: 1. Introdução – 2. Responsabilidade civil ambiental: legislação: 2.1 Normas clássicas; 2.2 Inovações: 2.2.1 Dano ecológico; 2.2.2 Responsabilidade civil objetiva. Considerações finais. Referências.
- h) Os artigos deverão conter itens específicos para introdução, considerações finais (conclusões) e referências.

- i) A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) não se responsabilizará por realizar qualquer complemento nos trabalhos, tais como inserção de sumário, resumo ou palavras-chave, que ficam à elaboração exclusiva do autor do artigo.
- j) O título do artigo não deverá ser excessivamente extenso, mas necessariamente precisa apresentar de modo claro a temática e a delimitação de seu objeto.
- k) A qualificação/afiliação do(s) autor(es) deve obedecer ao seguinte critério: iniciar com a titulação acadêmica (da última para a primeira); caso exerça o magistério, inserir os dados pertinentes, logo após a titulação; em seguida, completar as informações adicionais (associações ou outras instituições de que seja integrante e seu respectivo estado da federação e a cidade); finalizar com a função ou profissão exercida (que não seja na área acadêmica). Deverá ser indicado e-mail para contato. Exemplo:

Doutor em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Professor em Direito Processual Penal na Faculdade de Direito da USP. Membro do IBDP. Juiz Federal em Londrina. ORCID. E-mail.
- l) Solicita-se que o autor informe em nota de rodapé qualquer financiamento ou benefícios recebidos de fontes comerciais (por ex., se o artigo é fruto de parecer contratado), e que declare não haver conflito de interesses que comprometam a cientificidade do trabalho apresentado. Se o trabalho for resultante de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento), deverá haver tal informação em nota de rodapé, especificando o edital de que resulta o financiamento.
- m) As Referências deverão seguir o padrão da norma NBR 6023/2018 (da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT). As referências bibliográficas completas deverão constar apenas da lista de REFERÊNCIAS, ao final do texto. Exemplo: PEREIRA, Frederico V. *Delação premiada: legitimidade e procedimento*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 45. Em notas de rodapé não se inclui referência completa, podendo-se utilizar do modelo autor/data/página. Esse mesmo modelo deverá ser utilizado no corpo do texto, quando de citações de trechos de obras, devendo a informação vir entre parênteses. Exemplos: PEREIRA, 2016, p. 45, quando em notas de rodapé; e (PEREIRA, 2016, p. 45), quando no corpo do texto.
- n) Palavras em língua estrangeira devem constar com uso de *italico*. Jamais deve ser usado negrito ou sublinhado.
- o) Citações diretas (transcrição textual de parte da obra de autor consultado) no corpo do texto devem seguir a norma NBR 1052 (ABNT/2002), ou seja:
 - Citações diretas de até três linhas devem estar contidas entre aspas duplas, no corpo do parágrafo a que se referem. Exemplo: Barbour (1971, p. 35)

descreve: “O estudo da morfologia dos terrenos [...] ativos[...]”. OU: “Não se mova, faça de conta que está morta.” (CLARAC; BONNIN, 1985, p. 72)

- Citações diretas de mais de três linhas devem ser destacadas do texto, com recuo de 4 cm da margem esquerda, com letra menor (corpo 10) que a utilizada no texto corrido, espaçamento simples entre as linhas e sem aspas.

A teleconferência permite ao indivíduo participar de um encontro nacional ou regional sem a necessidade de deixar seu local de origem. Tipos comuns de teleconferência incluem o uso da televisão, telefone e computador. Através de audioconferência, utilizando a companhia local de telefone, um sinal de áudio pode ser emitido em um salão de qualquer dimensão. (NICHOLS, 1993, p. 181).

- p) As referências legislativas ou jurisprudenciais devem conter todos os dados necessários para sua adequada identificação e localização. Em citações de sites de internet deve-se indicar o *link*, introduzido pela expressão “Disponível em:” e a data de acesso, precedida da expressão “Acesso em:”. As datas devem seguir o padrão de abreviação universal ABNT. Exemplo: 20 ago. 2012; 15 set. 2018; 22 mar. 2019 etc.
- q) Sugere-se que esquemas, organogramas, tabelas e gráficos sejam inseridos no texto por meio de imagens, de modo a evitar distorções na posterior diagramação.

3. CIENTIFICIDADE

Os artigos deverão apresentar caráter científico, definindo e esclarecendo um (ou mais) problema específico, resumizando os estudos prévios sobre a temática e informando aos leitores o estado em que se encontra uma determinada área de investigação. Além disso, o trabalho deve buscar identificar relações, contradições, lacunas e inconsistências na literatura e indicar sugestões para a resolução dos problemas identificados.

Preferencialmente, serão publicados artigos que apresentem contribuição inédita e efetiva às ciências criminais, a partir de referências sólidas e/ou pesquisa empírica inédita. Assim, o trabalho deverá ser uma fonte confiável para o leitor conhecer o estado atual de cada área acerca da temática abordada, é necessária a referência a todas as informações nele inseridas e, ainda, precisam ser identificados e justificados os métodos de correção estatística que eventualmente sejam utilizados.

3.1. *Pressupostos de Integridade Ética em Pesquisa*

- a) Autoria: Todas as pessoas que contribuíram para a pesquisa devem ser indicadas. Cada autor deve ter participado suficientemente do trabalho para poder assumir publicamente a responsabilidade pelo seu conteúdo. Sua participação deve incluir: a) a concepção ou delineamento ou ainda análise e interpretação dos dados, ou ambos; b) redação do manuscrito ou sua revisão, quando inclua crítica

intelectual importante de seu conteúdo; c) aprovação final da versão a ser publicada. A simples participação na coleta de dados não justifica autoria.¹

- b) Coautoria: Quando se tratar da publicação de resultados obtidos por meio de pesquisa coletiva, é preciso certificar-se da contribuição intelectual direta e efetiva e do consentimento de todos os colaboradores. A cessão de recursos financeiros e de infraestrutura não é indicação de coautoria.
- c) Vedação de Plágio: Quando uma ideia ou uma formulação utilizada no trabalho não sejam evidentemente de domínio público na área de pesquisa em questão, presume-se que se trata de contribuição original. Se não for esse o caso, a ideia ou formulação devem ser expressamente creditadas, sob pena de plágio.
- d) Vedação de Autoplágio: Quando trabalho idêntico ou substancialmente semelhante tiver sido publicado em outro veículo de comunicação, ainda que em outro idioma, esse fato deve ser declarado expressamente no texto e informado ao editor no momento da submissão. A falta de menção expressa a esse fato caracterizará o autoplágio.
- e) Responsabilidade: O autor ou, quando for o caso, cada um dos autores é responsável pela qualidade do trabalho como um todo, a menos que os limites de sua contribuição sejam indicados de modo expresso e preciso.
- f) Termo de consentimento livre e esclarecido (TCLE): Sempre que, em virtude do objeto ou outras circunstâncias de pesquisa, for possível a identificação dos entrevistados, será exigida a apresentação de TCLE dos entrevistados que puderem ser identificados.
- g) Conflito de interesses: quando houver possível conflito de interesses, os autores devem informar a equipe editorial no ato da submissão do trabalho. Os editores decidirão sobre a configuração de conflito de interesses avaliando se a cientificidade da obra foi comprometida.
- h) Responsabilidade com Dados
 - Fontes: Sempre que se faz referência a dados é necessário que seja apontada a sua fonte.
 - Termo de Confidencialidade: Sempre que um trabalho fizer uso de dados obtidos através de TC, é preciso que os autores enviem o termo no ato da submissão do trabalho para que se possa apurar sua observância.
 - Manipulação: Sempre que se utilizarem métodos de correção estatística, os mesmos devem ser identificados e justificados.

1. MONTENEGRO, Mario R. ALVES, Venâncio A. Ferreira. Critérios de autoria e coautoria em trabalhos científicos. *Acta boT. bras.* 11 (2): 1997. Acesso em: 25 abr. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/abb/v11n2/v11n2a14.pdf>

3.2. *Responsabilidade editorial*

- a) O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. O interesse em realizar a melhor avaliação deve prevalecer em face de outros interesses, como o cumprimento estrito de prazos estipulados. As divergências de juízos não devem ser tomadas como razões suficientes para a emissão de parecer desfavorável.
- b) O revisor deve tratar com confidencialidade e não fazer uso próprio das informações a que tenha tido acesso no exercício de sua função de avaliador.
- c) O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando mantiver colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar ou afetiva com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação.
- d) Todos os casos em que se verificarem violações de natureza ética, serão devidamente apurados pela coordenação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBC-Crim) mediante estudo, debate e encaminhamento das providências cabíveis.

3.3. *Política de Privacidade*

- a) Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou a terceiros.
- b) Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota o sistema de controle duplo-cego por pares, de modo que há anonimato entre os avaliadores e autores, respeitando o sigilo sobre os dados do redator do parecer no momento do encaminhamento ao autor.
- c) Com relação aos pareceres eventualmente emitidos pelos avaliadores da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), embora utilize-se o sistema de controle duplo-cego (em que autor e revisores não têm informações recíprocas no momento da avaliação), após a finalização do processo editorial, a partir do momento da tomada da decisão final pela equipe editorial, não há proibição de publicização do parecer pelo seu autor (parecerista). Por exemplo, autoriza-se (e sugere-se) a publicação do conteúdo das avaliações no sistema PUBLONS. Ou seja, os direitos autorais sobre os pareceres são dos seus respectivos autores (pareceristas). O direito de anonimato em relação à avaliação é disponível ao parecerista, que pode optar por publicar posteriormente o parecer emitido.
- d) A partir dessa lógica, deve-se ressaltar que os autores dos artigos submetidos não podem dar publicidade a eventuais pareceres recebidos, salvo em caso de autorização expressa do parecerista.

- e) Por fim, ao submeter o artigo para o processo editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim), o autor está ciente e autoriza eventual divulgação do parecer emitido por qualquer avaliador do periódico, por exemplo, no sistema PUBLONS.

4. RESENHAS CRÍTICAS, PARECERES, COMENTÁRIOS JURISPRUDENCIAIS E ENTREVISTAS

- a) Resenhas de livros: não serão aceitas resenhas meramente descritivas. Serão publicadas somente **resenhas críticas** de livros de interesse jurídico e científico para o escopo editorial do periódico, com a citação de outras referências, e não somente um resumo do trabalho específico. O tamanho do texto deve respeitar os limites e requisitos das informações necessárias para a boa compreensão do texto analisado (Item 2, b).
- b) Os comentários jurisprudenciais poderão ser enviados à Revista e serão publicados, respeitando as regras acima, com o limite de páginas reduzido a 20 laudas. Deve haver uma análise crítica do julgado, a partir de referências doutrinárias representativas acerca da temática em estudo.
- c) Os pareceres deverão abordar caso relevante e atual de concretização prática acerca de discussão teórica importante às ciências criminais. Deverá ser embasado em referências consistentes e atualizadas. Se houver qualquer tipo de financiamento, isso deve ser exposto em nota de rodapé, de modo a atestar eventuais conflitos de interesse.
- d) As entrevistas com pesquisadores de renome poderão ser propostas ou enviadas à revista, com base na avaliação combinada dos seguintes critérios:
- Representa um avanço no conhecimento que merece ser divulgado para a sociedade?
 - Contribui para a popularização do conhecimento científico?
 - Apresenta inovações significativas?
 - Pode ter impacto na sociedade ou na definição de políticas públicas?
 - Além do público-alvo (jornalistas), a entrevista poderá ser utilizada também por tomadores de decisão, pesquisadores, estudantes e público em geral?
 - Tamanho: deve ser composta por 4 a 10 questões e o texto deve conter o máximo de 15.000 caracteres com espaço;
 - Idioma: poderão ser encaminhadas nos idiomas português, inglês ou espanhol;
 - Imagem: deverão, obrigatoriamente, ser acompanhadas pela foto do entrevistado que deve ser enviada em arquivo anexo (.jpg ou .gif), com boa resolução (acima de 100 KB) e com autorização prévia do entrevistado. Caso seja

de interesse deste, pode ser incluída também uma imagem que complemente o conteúdo da entrevista;

- Dados sobre o entrevistado: breve texto com dados sobre o entrevistado, contendo informação sobre o currículo, incluindo instituição a qual está afiliado, produção científica resumida, formação acadêmica, outros;
 - Lead: as entrevistas deverão estar acompanhadas do lead que consiste em um pequeno texto que fornece ao leitor a informação básica sobre o tema. O lead deve conter informação que responda às seguintes questões: “O quê” e/ou “Quem?”, “Quando?”, “Onde?”, “Como?”, e “Por quê?”.
- e) A avaliação das resenhas, comentários jurisprudenciais, pareceres e entrevistas serão realizadas pela equipe editorial da RBCCRIM, a partir da relevância, cientificidade e pertinência do trabalho, além da titulação do autor, sem envio à análise cega por pares.

5. PROCESSO DE AVALIAÇÃO E PUBLICAÇÃO

- a) Controle preliminar formal (*desk review*): Recebido o manuscrito, inicialmente haverá um controle preliminar realizado pelos editores (chefe, assistentes, executivos ou editores associados) do periódico, o que condicionará seu envio para o controle por pares. Em tal momento, a avaliação se limitará aos aspectos formais essenciais do artigo, conforme as regras expostas anteriormente, analisando-se os seguintes aspectos:
1. O trabalho obedece às normas de publicação da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim)?
 2. O trabalho é compatível com a linha editorial do periódico?
 3. O trabalho apresenta linguagem adequada e científica, sem erros excessivos? (considerar que haverá revisão gramatical e de ortografia se aprovado)
 4. O trabalho é inédito?
 5. A temática abordada é atual e/ou relevante?
 6. O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- b) Em caso de rejeição preliminar, o autor será notificado, mediante o envio do parecer emitido com os motivos da recusa. Em tal situação, o artigo poderá ser submetido novamente à avaliação para volume posterior, se mantido o ineditismo e corrigidas as deficiências indicadas.
- c) No curso da avaliação por pares, havendo dois pareceres discordantes sobre a publicação ou não do trabalho, este será encaminhado a um terceiro parecerista. Em casos excepcionais, poder-se-á encaminhar o trabalho para um parecerista convidado, desde que a especificidade do tema e o notório conhecimento do parecerista

na área assim o justifique. Do mesmo modo, se por inércia dos avaliadores a conclusão da análise restar pendente por prolongado período e por empate de decisões contrárias, a coordenação da Revista poderá desempatar com a elaboração de um parecer de Minerva.

- d) Na avaliação do parecerista, os trabalhos poderão ser rejeitados, aprovados ou aprovados com ressalvas (com sugestões para correções necessárias). Nesta última hipótese, o autor será informado acerca das correções sugeridas, podendo corrigi-las ou manter justificadamente seu formato original. Em qualquer situação, a decisão final acerca da publicação do trabalho é da equipe editorial do periódico, que poderá condicionar a sua publicação à realização de mais de uma rodada de correções, caso as justificativas apresentadas para a não adoção das recomendações não pareçam consistentes e satisfatórias.
- e) Em todos os casos, os pareceres anônimos (sem identificação do avaliador) ficam à disposição dos autores.

6. DIREITOS AUTORAIS

- a) Os direitos autorais dos artigos publicados são do autor, com direitos do periódico sobre a primeira publicação.

Os autores somente poderão utilizar os mesmos resultados em outras publicações indicando claramente este periódico como o meio da publicação original. Se não houver tal indicação, considerar-se-á situação de autoplágio.

Portanto, a reprodução, total ou parcial, dos artigos aqui publicados fica sujeita à expressa menção da procedência de sua publicação neste periódico, citando-se o volume e o número dessa publicação. Para efeitos legais, deve ser consignada a fonte de publicação original.

7. REVISÃO, DIAGRAMAÇÃO, IMPRESSÃO E PUBLICAÇÃO

Finalizado o processo editorial de seleção dos artigos, os trabalhos aprovados e selecionados para o respectivo volume são enviados para a revisão e diagramação, realizadas ao encargo do IBCCRIM e da Editora Revista dos Tribunais (RT).

Assim, são realizadas a revisão gramatical e ortográfica, bem como a formatação (diagramação) dos arquivos, que retornam ao IBCCRIM. Em seguida, em data próxima à publicação, haverá novo contato com o autor para a análise das sugestões de correção pós-revisão e verificação da formatação, com prazo de 3 (três) dias para resposta. Em caso de inércia, as correções sugeridas pela revisão serão integralmente aceitas. Nesse momento, solicita-se que o autor se abstenha de realizar alterações profundas no texto, mas somente realize a revisão sugerida e atualizações indispensáveis.

No que tange à revisão de ortografia, o IBCCRIM adota a correção ortográfica (ortografia, acentuação, hifenização etc.) do mais recente Acordo Ortográfico (2009) em vigor

(obrigatório desde 01/01/2016), até mesmo para citações de originais anteriores ao Acordo. Exceção é feita a documentos antigos em contextos nos quais a preservação da grafia original tem importância e significado historiográfico e/ou linguístico etc.

Em seguida, os artigos, com as aprovações e rejeições dos autores às sugestões de revisão, são encaminhados para a diagramação final e publicação.

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) adota postura de integral respeito ao autor, de modo a vedar qualquer alteração sem sua aprovação (salvo a falta de resposta no prazo determinado), ainda que aparentem ser “meras correções ortográficas”. Qualquer atitude distinta a tal diretriz é repudiada pela equipe editorial do periódico.

8. CRITÉRIOS DE ESPERA E PREFERÊNCIA PARA PUBLICAÇÃO

- a) A publicação dos trabalhos aprovados pelo controle por pares e selecionados pelos editores do periódico segue a ordem cronológica de submissão e aprovação, com exceção de autores convidados. Contudo, em razão das regras impostas pela comissão Qualis/CAPES, existem critérios para avaliação e publicação preferencial, que podem ser atendidos pelos autores visando à maior agilidade na publicação de seu trabalho.
- b) Em razão das regras de exogenia, artigos de autores representantes do Estado de São Paulo são limitados a 25% do total de trabalhos publicados por volume, de modo que há uma fila específica para artigos que se enquadrem em tal circunstância;
- c) Diante das regras de qualidade impostas, cada volume publicado conterà entre 50 a 60% dos artigos com autor (ao menos um) que possua titulação de doutor, de modo que há limitação à publicação de trabalhos sem autoria de autor com essa titulação;
- d) Artigos em coautoria entre professores permanentes de Programas de Instituições de Ensino Superior de diferentes unidades da federação, com filiação devidamente identificada;
- e) Artigos originais de profissionais vinculados a Instituições de Ensino Superior estrangeiras;
- f) Artigos em inglês ou em outras línguas, ainda que o autor seja brasileiro;
- g) Artigos resultantes de pesquisas financiadas por órgãos de fomento (desconsiderar bolsas de iniciação científica, mestrado e doutorado ou de editais destinados aos programas como o PROEX, PROAP, PROSUP e versões semelhantes dos órgãos estaduais de fomento) devidamente identificados no texto (especificar o edital de que resulta o financiamento em nota de rodapé).
- h) Além de tais hipóteses, podem ser publicados com preferência trabalhos que abordem temática de iminente atualidade e que possam se tornar obsoletos em razão do decurso da demora para publicação. Tal situação é determinada por decisão da equipe editorial da Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) e pode ser sugerida pelos pareceristas em sua avaliação.

- i) Vale ressaltar, contudo, que os critérios expostos neste tópico determinam a preferência do artigo no processo de avaliação e publicação, mas não são requisitos indispensáveis. Por exemplo, embora textos com autoria de escritor com titulação de doutor tenham preferência, não há impedimento para publicação de artigos sem tal característica. Todos serão submetidos ao controle por pares, que adotará idênticos parâmetros na seleção, visando à produção científica de qualidade no periódico.

8.1. Autores convidados

Conforme decisão de sua equipe editorial, a Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá convidar autores para publicar artigos sobre temáticas específicas, em razão de sua relevância, atualidade e marcante contribuição crítica às ciências criminais. Em tal situação, excepcionalmente, não haverá controle por pares (*double blind peer review*) e atenção à fila de aprovados para publicação. Conforme regra da Qualis/CAPES, o percentual de artigos de autores convidados fica limitado a 25% por volume.

8.2. Volumes e dossiês especiais

A Revista Brasileira de Ciências Criminais (RBCCrim) poderá publicar volumes especiais ou dossiês específicos em seus volumes ordinários, em razão da relevância e da pertinência da temática, conforme decisão da equipe editorial e de seu conselho editorial. O volume ou dossiê poderá ficar sob responsabilidade de um editor associado que possua relevante conhecimento sobre o tema. Em tal situação, haverá divulgação de edital contendo as informações necessárias, como regras e prazos para submissão. De todo modo, haverá o controle por pares (*double blind peer review*).

DIRETRIZES AO CORPO DE AVALIADORES – REVISTA BRASILEIRA DE CIÊNCIAS CRIMINAIS

*Diretrizes determinadas pela equipe
editorial em conformidade com o conselho editorial da
RBCCRIM, sujeitas à revisão periódica.*

1. COMPOSIÇÃO DO CORPO DE AVALIADORES

O corpo de avaliadores da RBCCRIM é composto por mestres, doutorandos e doutores, com distinto conhecimento acerca das ciências criminais. Os artigos submetidos são avaliados por pareceristas de igual ou superior titulação ao autor de maior titulação.

Interessados em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM que cumpram os requisitos abaixo (item 2) deverão se cadastrar por meio do seguinte link: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>

Como contraprestação à contribuição realizada pelo parecerista, serão fornecidas, conforme solicitação, **declaração de sua participação no corpo permanente e individuais por parecer emitido** (para fins de preenchimento e comprovação em Lattes nos campos *Revisor de Periódico* e *Produção Técnica – Parecer*, sem divulgação do título do artigo avaliado). **As declarações serão emitidas uma vez ao ano (mês de dezembro)**, englobando todos os pareceres emitidos no período, salvo casos de urgência motivada.

Além disso, o parecerista que respeitar integralmente as regras contidas nestas Diretrizes e no documento de Política Editorial da RBCCRIM, especialmente com a atenção aos prazos para resposta, **receberá um código de acesso da versão digital do volume referente à avaliação realizada** (fornecido diretamente pela Editora RT e mediante requisição).

Por fim, a cada quatro (4) pareceres realizados adequadamente e com respeito ao prazo determinado, o avaliador terá direito a **um exemplar impresso da RBCCRIM**, conforme disponibilidade no estoque do IBCCRIM. O exemplar deverá ser retirado pessoalmente (ou por terceiro com autorização por escrito) na sede do IBCCRIM em São Paulo, pois não haverá pagamento de custas e disponibilidade para postagem nos correios.

Na versão impressa da revista será publicada a lista dos avaliadores que efetivamente emitiram pareceres referentes ao respectivo volume/mês.

Para fins de determinação do volume (mês) em que houve a colaboração do parecerista, por se tratar de periódico de fluxo contínuo (salvo em caso de dossiês temáticos), serão adotados os seguintes critérios:

- a) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for aprovado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for publicado;
- b) se, na decisão editorial (após o recebimento de todos os pareceres) o artigo for rejeitado, considerar-se-á o volume (mês) em que o artigo for rejeitado pela decisão final da equipe editorial.

Portanto, por exemplo, embora o parecerista tenha enviado a avaliação em um determinado mês (junho), se houver pareceres divergentes (sendo necessária a redistribuição a novo avaliador) e a rejeição ocorrer em agosto, considerar-se-á que todos os avaliadores contribuíram ao volume da RBCCRIM de agosto.

2. REQUISITOS PARA INGRESSO NO CORPO DE AVALIADORES

O pesquisador interessado em compor o corpo de pareceristas e contribuir com a RBCCRIM deverá:

- a) possuir currículo LATTES atualizado (se brasileiro);
- b) Possui número de registro ORCID;
- c) possuir a titulação de mestre ou estar cursando doutorado em Direito ou áreas afins;
- d) possuir conhecimento específico acerca das ciências criminais, demonstrado a partir de titulação, experiência na pesquisa e docência ou sólida produção bibliográfica, relacionados à área das ciências criminais;
- e) atestar disponibilidade para a realização de **dois pareceres por bimestre** com respeito aos prazos e regras da RBCCRIM.

Em razão das regras determinadas pela Qualis/CAPES, haverá preferência a pesquisadores com doutorado finalizado, professores de Programas de Pós-Graduação e não vinculados ao estado de São Paulo (regra de exogenia).

3. DIRETRIZES PARA REALIZAÇÃO DA AVALIAÇÃO

Em razão dos prazos exigidos para a publicação da Revista, e a fim de evitar atrasos na resposta aos autores e no próprio encaminhamento dos textos à Editora, o parecer deve ser enviado no **prazo máximo de 15 (quinze) dias**. Caso haja qualquer dificuldade no atendimento do mencionado prazo, deve-se notificar o periódico para que se busque a solução adequada. O envio do parecer deve ser **em formato DOC (WORD), e não em PDF**, pois posteriormente os dados do avaliador precisam ser suprimidos para o envio anônimo ao autor.

Se houver qualquer identificação do autor do artigo ou sua temática apresentar complexidade que deva ser analisada por avaliador específico, tal fato deve ser informado imediatamente, a fim de que se encaminhe o trabalho a outro parecerista. Contudo, deve-se considerar

que existem limites para a quantidade de recusas à avaliação pelo parecerista, o que pode resultar no afastamento do avaliador do corpo permanente.

Assim, após a leitura do trabalho encaminhado, deve-se **preencher o formulário constante no modelo de parecer**, manifestando a avaliação do artigo. Na confecção da justificativa do parecer, poder-se-á utilizar o espaço necessário. Além disso, também pode ser realizada a avaliação do texto por meio da **ferramenta de revisão do WORD**, com sugestões de alterações e comentários, desde que atente-se à exclusão de qualquer dado que possa identificar o parecerista. Isso não afasta a necessidade de preenchimento e justificação do parecer.

Para a realização da avaliação, impõe-se o conhecimento prévio das regras contidas no documento referente à Política Editorial da RBCCRIM, que pode ser acessado no link: https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao

Considerando tais diretrizes e os critérios elencados no modelo de parecer, deve-se iniciar a avaliação pelos “critérios de exclusão” (parte 1), que determinam aspectos formais indispensáveis ao artigo científico, sob pena de rejeição preliminar, o que, de qualquer modo, precisa ser motivado no campo de justificação (parte 3). Se considerado apto em tal análise, deve-se realizar a avaliação qualitativa conforme os “critérios de avaliação” (parte 2), determinando-se uma nota ao artigo, e, ao final, motivando-se tal decisão. Por fim, deve-se apontar o parecer final e os demais aspectos acessórios.

A ausência de justificativa ou sua inconsistência acarreta a invalidade do parecer! A mera marcação dos critérios e definição de nota é insuficiente, sendo necessária a motivação específica, onde deve-se descrever brevemente o conteúdo fundamental do trabalho analisado e sua adequação aos critérios determinados.

4. REGRAS SOBRE DISPONIBILIDADE E PRAZOS DE RESPOSTA

Cada integrante do corpo permanente de avaliadores da RBCCRIM deverá estar disponível para emitir até dois pareceres por bimestre no prazo de 15 dias a partir do recebimento da solicitação.

Em caso de não realização do parecer em razão da temática específica do artigo enviado necessitar **avaliador *ad hoc***, tal situação deverá ser motivada especificamente no formulário de avaliação.

A cada período de atividade de 12 meses, o avaliador poderá solicitar a **suspensão temporária** de encaminhamento de novos artigos para avaliação pelo prazo de até 3 meses, sem afastamento do corpo de avaliadores permanentes.

Em caso de inatividade por 2 meses (não resposta às solicitações) ou duas negativas injustificadas consecutivas, descumprimento das regras e desrespeito reiterado dos prazos, o avaliador será **imediatamente afastado** do corpo permanente de pareceristas da RBCCRIM, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

5. PRESSUPOSTOS DE INTEGRIDADE ÉTICA AOS AVALIADORES

(Versão inspirada nas diretrizes adotadas e sugeridas pela Revista Teoria Jurídica Contemporânea, periódico do PPG em Direito da UFRJ. Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/rjur/about/editorialPolicies>>. Acesso em: 16 mar. 2016).

O parecer cego deve ser feito com rigor, objetividade, imparcialidade e presteza. A avaliação deve ser realizada com o objetivo de aprimorar a produção científica do Direito.

O parecerista não deve utilizar critérios distintos daqueles determinados no modelo de parecer da RBCCRIM. Um trabalho não deve ser rejeitado por discordâncias pessoais do avaliador (salvo se o trabalho sustentar posições avessas e incompatíveis às diretrizes regimentais e políticas do IBCCRIM) ou formalidades distintas das requeridas pelo periódico, mas devem ser considerados somente critérios científicos para o aprimoramento das ciências criminais.

O revisor deverá abster-se de sua função de avaliador, por potencial conflito de interesse, quando manter colaboração científica regular, em atividade de pesquisa, publicação, orientação ou tutoria, ou quando tiver relação familiar com algum dos pesquisadores responsáveis pela proposta submetida à sua avaliação. “Há conflito potencial de interesses nas situações em que a coexistência entre o interesse que deve ter o pesquisador de fazer avançar a ciência e interesses de outra natureza, ainda que legítimos, possa ser razoavelmente percebida, por ele próprio ou por outrem, como conflituosa e prejudicial à objetividade e imparcialidade de suas decisões científicas, mesmo independentemente de seu conhecimento e vontade”

6. PRINCÍPIOS PARA UMA BOA AVALIAÇÃO¹

Confidencialidade: é essencial que a confidencialidade do processo de correção do artigo seja respeitada, durante a avaliação e mesmo após a divulgação dos resultados. Por isso, requer-se do(a) avaliador(a) que mantenha o sigilo a respeito dos trabalhos avaliados, evitando-se comentar ou divulgar, verbalmente ou por escrito, qualquer questão relacionada aos artigos avaliados. O anonimato, garantido pelo processo de avaliação cega (*double blind peer review*) deve ser protegido mesmo após a entrega do parecer. O respeito a esse princípio do processo de avaliação é considerado essencial.

Imparcialidade: a produção intelectual na área das ciências sociais aplicadas, como é o direito, é historicamente marcada pela tensão entre a cientificidade e os valores ou preferências, sejam eles políticos, religiosos ou éticos. É um grande desafio, portanto, avaliar um trabalho carregado por tais tensões. Por isso, recomenda-se uma “autovigilância” constante no processo de avaliação, para que preferências como convicções políticas ou outras convicções

1. Recomendações adaptadas do Guia de avaliação de TCC do programa de pós-graduação lato sensu da FGV Direito SP | GVlaw, disponível online.

subjetivas não contaminem a correção do artigo. Isso não implica conceder, no processo de avaliação, que qualquer tipo de trabalho ou argumentação é aceitável, mas apenas a busca por uma aferição imparcial e objetiva da qualidade, rigor e fundamentação dos argumentos apresentados.

Fundamentação: a melhor forma de garantir-se imparcialidade na avaliação do artigo é fundamentando-se, de forma clara e objetiva, as percepções sobre o trabalho e decisões tomadas a partir daí. Para tanto, é fundamental que os(as) avaliadores(as) se familiarizem com a política editorial da RBCCrim e suas diretrizes. É importante que a avaliação ocorra de forma fundamentada nestes parâmetros. A avaliação deve, necessariamente, ser exercida a partir das mesmas normas e diretrizes divulgadas ao tempo da submissão do artigo ao processo avaliação.

Respeito aos prazos: o processo de avaliação deve obedecer a prazos para que sejam reunidas as condições mais céleres possíveis de resposta aos(as) autores(as). Atrasos podem gerar graves consequências para os(as) autores(as) e para a RBCCrim como um todo, tais como prejuízos ao cronograma de produtividade acadêmica exigida pelos programas de pós-graduação ou morosidade para a confecção antecipada dos próximos números da revista. Não há impedimento à comunicação de indisponibilidade ou afastamento temporário, sem prejuízo de posterior reingresso quando atestada a necessária disponibilidade.

Feedback Construtivo

A avaliação de um trabalho acadêmico implica em um importante exercício de empatia, colaboração e autoconhecimento. O feedback pode alcançar diferentes resultados, a depender da forma que foi emitido: pode ser encorajador e oferecer uma boa contribuição para o artigo, ou ser destrutivo e desestimular o destinatário, sem oferecer qualquer contribuição científica/acadêmica útil para o trabalho. Portanto sugerimos que, ao dar feedback sobre o trabalho sob sua avaliação, leve em consideração as seguintes sugestões:

- (I) **Comece ressaltando os pontos positivos:** iniciar uma avaliação ressaltando os pontos fortes do artigo pode auxiliar o destinatário a receber melhor as críticas colocadas, com a segurança de que outros aspectos foram levados em conta. O feedback deve sempre ser equilibrado e levar em conta a integralidade do artigo. Muitas vezes, o ato de apenas enumerar o que está errado desestimula o receptor que se sente desprestigiado e não favorece uma avaliação justa, tendo em vista que é focada apenas nos erros.
- (II) **Seja específico e ofereça alternativas:** é muito importante evitar comentários genéricos, que dificultam a compreensão do que pode ser desenvolvido pelo(a) autor(a). Comentários como “muito bom”, “muito ruim”, “terrível” etc, costumam não apontar nenhuma direção e não fornecem uma colaboração efetiva. Sugestões objetivas facilitam a compreensão e dão ao(à) autor(a) a oportunidade de corrigir seus erros e aprimorar suas habilidades para as próximas pesquisas. A especificidade também auxilia o receptor da informação a entender os critérios para a sua avaliação e a aceitar isso como uma colaboração, não como uma punição.

- (III) **Seja mais descritivo e gentil:** assumir uma postura avaliativa muito assertiva pode prejudicar a forma com que essa informação será recebida pelo(a) autor(a). Não podemos esquecer que, para além da avaliação final, esse momento integra uma relação de troca e crescimento com um(a) autor(a) que não espera de uma instituição acadêmica uma contribuição pouco construtiva e hostil. O anonimato garantido pela “avaliação cega” não pode nos fazer esquecer de que, “do outro lado” do Formulário de Avaliação haverá um autor(a) que receberá os comentários.
 - (IV) **Evite adjetivos:** Normalmente, uma avaliação bem fundamentada e construtiva se caracteriza por trazer poucos adjetivos. Simplesmente dizer que um determinado argumento é “ruim” ou “frágil” é diferente de demonstrar, concretamente, a contradição lógica implicada por esse mesmo argumento. A adjetivação, com frequência, fala menos do artigo e mais das preferências do(a) avaliador(a), pouco contribuindo, portanto, para a compreensão, pelo(a) autor(a), sobre as forças e deficiências de seu artigo.
 - (V) **Ofereça uma contribuição:** cada pessoa possui uma forma de desenvolver seu raciocínio e uma maneira de escrever. Avaliar não significa impor sua forma de desenvolver a pesquisa, mas sim colocar ao(à) pesquisador(a) uma opção de como o estudo poderia ser melhor desenvolvido. Ainda que esse feedback implique apontar um erro, colocar isso como uma sugestão facilita a absorção da informação, pois muitas vezes a crítica direta desperta a resistência do receptor.
-

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO (*CHECK LIST*)

(ou “como evitar uma rejeição preliminar”)

* requisitos básicos que não excluem a necessidade de integral atenção às demais regras da Política Editorial da RBCCRIM (https://www.ibccrim.org.br/rbccrim_normas_publicacao)

- ✓ O artigo é inédito e livre de plágio? Ele não está sendo avaliado para publicação por outra revista? Quando um trabalho idêntico ou semelhante tiver sido publicado em meio distinto (ainda que em outro idioma), esse fato deve ser informado ao editor no momento da submissão.
- ✓ O cadastro do artigo no sistema de submissões (OJS) foi preenchido em sua integralidade? <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/RBCCRIM/index>
OBS: o arquivo precisa estar no formato .doc (word)
- ✓ O trabalho aborda temática relacionada às ciências criminais e é compatível com a linha editorial da RBCCRIM?
- ✓ O texto é precedido de título, resumo (até 200 palavras) e cinco palavras-chave, todos no idioma do artigo e em inglês, além de sumário (no idioma do artigo)?
- ✓ O artigo é dividido em tópicos e apresenta itens específicos para introdução, considerações finais (ou conclusões) e referências?
- ✓ O trabalho tem entre 20 e 40 páginas sem espaçamentos entre os parágrafos, 1.5 de entrelinha, fonte Times New Roman (tamanho 12 no corpo) e margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm?
- ✓ A qualificação do(a)(s) autor(a)(es), número de ORCID e seu e-mail estão indicados?
- ✓ Os autores e coautores possuem titulação mínima de mestrado?
- ✓ Se houver financiamento, os dados do edital estão indicados em nota de rodapé?
- ✓ Se houver apresentação de resultados de pesquisa empírica inédita envolvendo seres humanos, há a indicação em nota de rodapé da aprovação por comitê de ética?
- ✓ O artigo utiliza referências atualizadas e de autores nacionais e estrangeiros representativos na temática abordada?
- ✓ O trabalho respeita integralmente as demais regras da Política Editorial da RBCCRIM?

EDITAL IV – CHAMADA DE ARTIGOS DOSSIÊS – 2022



DOSSIÊ “DOSSIÊ JUSTIÇA RESTAURATIVA” – RBCCRIM Nº (195)



Com o objetivo de adequar-se às melhores práticas de periódicos internacionais e incentivar a democratização do conhecimento aplicado aos artigos direcionados à **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, periódico científico **QUALIS A1**, a Equipe Editorial da RBCCRIM torna público que receberá, no período determinado abaixo, artigos científicos a serem publicados no volume 195, sobre o tema: “**Dossiê Justiça Restaurativa**”.

Editores(as)-Associados(as):

Prof. Dr. Daniel Achutti

(Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/4216504259102555>.

Profa. Dra. Raffaella Pallamolla

(Universidade La Salle – Canoas/RS)

Endereço para acessar este CV: <http://lattes.cnpq.br/9298767854135130>.

- **Ementa:** O dossiê pretende explorar o desenvolvimento da justiça restaurativa – em termos teóricos e práticos – no campo da justiça criminal e juvenil, com ênfase no Brasil e na América Latina. O intuito é observar se a justiça restaurativa tem sido capaz de incorporar as particularidades desses contextos periféricos, relacionados à justiça social. Especialmente em relação ao caso brasileiro, esta publicação pretende verificar se a justiça restaurativa se mostra um espaço adequado para discutir características da sociedade brasileira responsáveis pela manutenção de desigualdades sociais, refletidas na atuação do sistema penal, a exemplo do racismo estrutural, da violência de gênero e da violência institucional. Pretende, ainda, especificamente em relação à aplicação da justiça restaurativa aos conflitos criminais, discutir seu papel na redução do superencarceramento e da seletividade penal, suas possibilidades de impactar no desfecho do processo penal e sua relação com o acordo de não-persecução penal e outros institutos de natureza consensual existentes no Brasil e na América Latina. Busca, também, analisar quais os movimentos e

teorias influenciaram a introdução e o desenvolvimento da justiça restaurativa nos contextos mencionados.

- **Prazo submissão: 01 de julho de 2022**

Normas:

Os artigos deverão ser cadastrados e enviados pelo site do IBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>) contendo folha de rosto com informação sobre o Dossiê ao qual é submetido.

Os textos devem respeitar todas as regras determinadas na Política Editorial da RBCCRIM (<https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/pagina/7>), sob pena de ser rejeitado preliminarmente. A avaliação será feita por meio do sistema de *controle duplo-cego por pares*, de acordo com as diretrizes da Qualis/CAPES.

A equipe editorial da RBCCRIM poderá encaminhar artigos submetidos à chamada geral de fluxo contínuo, que abordem temática relacionada a algum dos dossiês, para a sua avaliação conjunta; os textos já aprovados e em fila para publicação que tratem do tema de algum dos dossiês poderão ser nele publicados.

A GARANTIA DA MOTIVAÇÃO E O ARTIGO 935 DO CÓDIGO CIVIL: A INCONSTITUCIONALIDADE DA VINCULAÇÃO DO JUÍZO CÍVEL ÀS SENTENÇAS DO TRIBUNAL DO JÚRI

*REASONED DECISIONS AND THE ARTICLE 935 OF THE BRAZILIAN CIVIL CODE:
UNCONSTITUTIONALITY OF THE BINDING EFFECTS FROM
THE JURY'S DECISIONS TO THE CIVIL JUSTICE*

DANIEL DE OLIVEIRA PONTES

Mestrando em Direito Processual na Universidade
do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Advogado.
danielop@globo.com

Data de recebimento: 01.11.2017
Data de aprovação: 12.11.2017 e 16.11.2017

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Civil; Penal

RESUMO: No presente artigo, destaca-se a problemática dos julgamentos do Tribunal do Júri, em que os jurados decidem por íntima convicção e em sigilo. Diante dessas peculiaridades, pretende-se analisar se as sentenças prolatadas nesse rito especial do processo penal podem repercutir no cível, em especial pela garantia da motivação das decisões jurisdicionais.

PALAVRAS-CHAVE: Motivação – Garantias – Júri – Vinculação – Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present work seeks to analyze this problem regarding Jury's decisions, because they are confidential and unjustified. Such characters could prevent the application of the article 935 to obey the right of the parts to reasoned decisions.

KEYWORDS: Decisions – Rights – Jury – Binding – Unconstitutionality.

SUMÁRIO: 1. Introdução e delimitação do tema. 2. O conteúdo da garantia da motivação em um Direito Processual constitucionalizado. 2.1. O neoconstitucionalismo e seu impacto no Direito Processual. 2.2. O princípio da motivação como garantia estrutural da prestação jurisdicional. 3. O artigo 935 do Código Civil e a influência do juízo penal no cível. 4. Os julgamentos no Tribunal do Júri: a peculiaridade do sigilo do voto e da soberania dos veredictos. 5. A inconstitucionalidade da incidência do artigo 935 do CC nos casos de Tribunal do Júri frente à garantia da motivação. 6. Conclusões. 7. Referências.

1. INTRODUÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Ao longo do tempo, o exercício do poder jurisdicional já comportou relações diversas com a exigência da fundamentação de seus atos: a íntima convicção, a prova tarifada e o livre convencimento motivado. No Código de Processo Civil (CPC) atual, afloram críticas de que não haveria liberdade na formação do convencimento, de modo que nos encaminharíamos para um novo momento histórico, tendo em vista que o direito processual deve servir como mecanismo de controle às decisões judiciais.¹

Seja como for, é indubitado que, no atual estado de coisas, a motivação se tornou uma garantia estruturante do processo, que legitima o próprio exercício da jurisdição pelo agente público.

7. REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 21-42, abr.-jun. 2005.
- CALAMANDREI, Piero. *Procedure and democracy*. Trad. John Clarke Adams e Helen Adams. New York: New York University Press, 1956.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 31. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- GALDINO, Flavio. A evolução das ideias de acesso à justiça. In: SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flavio (Org.). *Direitos fundamentais: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sergio; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil*. São Paulo: Ed. RT, 2015. v. 2.
- PICARDI, Nicola. *Jurisdição e processo*. Trad. Carlos Alberto Alvaro de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.
- TIMOTEO, Gabrielle. Normativos internacionais e escravidão. *Revista Hendu*, n. 4, p. 70-83, 2013. Disponível em: [www.periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1716/2137]. Acesso em: 27.10.2017.

1. STRECK, Lenio Luiz. O novo Código de Processo Civil (CPC) e as inovações hermenêuticas. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, ano 52, n. 206, p. 33-51, abr.-jun. 2015.