



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA COUTO DA SILVA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
EXPANSÃO OU REDUÇÃO DO SISTEMA PENAL?**

Salvador
2020

BRUNA COUTO DA SILVA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
EXPANSÃO OU REDUÇÃO DO SISTEMA PENAL?**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito da Faculdade de direito da Universidade Federal da Bahia como requisito para obtenção do grau de bacharel em direito.

Orientadora: Prof. Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado.

Coorientadora: Prof. Dra. Daniela Carvalho Portugal.

Salvador
2020

BRUNA COUTO DA SILVA

**O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL:
EXPANSÃO OU REDUÇÃO DO SISTEMA PENAL?**

Monografia apresentada como requisito parcial para
obtenção do grau de bacharel em direito, Faculdade de
Direito, Universidade Federal da Bahia.

Salvador, ____ de _____ de 2020

BANCA EXAMINADORA

Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado (Orientadora) – Universidade Federal da Bahia
Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUCSP, Brasil.

Daniela Carvalho Portugal (Coorientadora) – Universidade Federal da Bahia
Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Thais Bandeira Oliveira Passos – Universidade Federal da Bahia
Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Thaize de Carvalho Correia – Universidade Federal da Bahia
Doutorado em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a toda minha família, em especial aos meus pais, Marco Antônio Chaves (professor que me inspira) e Andrea Piton, pelo amor e incentivo incondicionais, e aos meus irmãos, Marco e Henrique, por serem meus melhores amigos e por me apoiarem sempre.

Aos meus amigos por terem tornado a rotina acadêmica mais prazerosa, em especial a Murilo, pelo companheirismo e incentivo.

Agradeço à Universidade Federal da Bahia pela disseminação de um conhecimento crítico e diverso, pelo incentivo à pesquisa e por ter mestres que estimulam o voo de seus alunos.

Agradeço às professoras Alessandra Prado e Daniela Portugal, por serem referências de dedicação e amor pelo ensino, pela orientação na realização desta pesquisa e por contribuírem para construção de um direito efetivamente mais plural, inclusivo e democrático.

SILVA, Bruna Couto da. **Acordo de Não Persecução Penal**: expansão ou redução do sistema penal?. Orientadora: Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado. Coorientadora: Daniela Carvalho Portugal. 2020, 90 f. Monografia (Bacharelado) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

RESUMO

O presente estudo trata do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), instituto que configura um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada, tendo por escopo evitar a deflagração de uma ação penal. Mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, a exemplo da confissão, o investigado aceita cumprir condições supostamente mais brandas do que a sanção penal aplicável ao crime confessado. Diante da possibilidade de flexibilização das garantias processuais penais por meio da ampliação da justiça consensual no Brasil, este trabalho se fundamenta na necessidade de proteger os princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, busca-se analisar se o ANPP, a pretexto de reduzir o sistema penal e beneficiar o investigado, legitima e expande o poder punitivo a partir da flexibilização das normas constitucionais. Para compreender se o ANPP provoca a expansão do sistema penal, realizamos uma pesquisa teórica, utilizando livros, artigos, legislação e jurisprudência. O principal referencial teórico utilizado foram os estudos de Foucault (2002b, 2015) acerca da fragmentação do poder, das instituições de sequestro e das mudanças do poder punitivo a partir do século XIX. Ademais, foram coletados dados empíricos em cinco audiências de ANPP realizadas por promotores de Salvador (Apêndice A) e mediante questionário aplicado por meio de formulário virtual enviado para todos os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública atuantes em varas criminais de Salvador (Apêndice B). No desenvolvimento, trata-se inicialmente das perspectivas da criminologia e da política criminal, possibilitando a compreensão acerca dos reais objetivos do poder punitivo estatal, bem como da relação entre o sistema penal formal e o paralelo, da natureza do sistema processual penal brasileiro e das consequências do modelo neoliberal da eficiência no estado de exceção penal e processual penal brasileiro. Em sequência, busca-se compreender a origem do ANPP, além de tratar sobre o fenômeno de “americanização” do processo penal brasileiro, com ênfase no estudo do *plea bargaining*. Por fim, avalia-se, de modo crítico, as consequências práticas da aplicação do ANPP e conclui-se pela ocorrência do aumento do sistema penal em razão da inserção do instituto no ordenamento jurídico brasileiro.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal. Sistema penal. *Plea bargaining*. Justiça consensual.

SILVA, Bruna Couto da. **Non-Persecution Penal Agreement**: expansion or reduction of the penal system?. Thesis advisor: Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado. Thesis co-advisor: Daniela Carvalho Portugal. 2020, 90 p. Monography (Bachelor's degree) – Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2020.

ABSTRACT

The present study deals with the Non-Persecution Penal Agreement (NPPA), an institute that sets up a mandatory adjustment signed between the Public Prosecution and the investigated person, with the aim of avoiding the criminal process. By complying with the requirements established by law, such as confession, the investigated accepts to comply with supposedly milder conditions than the criminal sanction applicable to the confessed crime. In view of the possibility of disrespecting criminal procedural guarantees through the expansion of consensual justice in Brazil, this work is justified in the need to protect the principles of due legal process, the presumption of innocence, the contradictory and the broad defense. In this context, it is sought to analyze whether the NPPA, with the pretext of reducing the penal system and benefiting the investigated, legitimizes and expands the punitive power from the flexibilization of constitutional rules. To understand if the NPPA causes the expansion of the penal system, we conducted a theoretical research, using books, articles, legislation and jurisprudence. The main theoretical framework used was Foucault's (2002b; 2015) studies on the fragmentation of power, disciplinary institutions and changes in punitive power from the 19th century onwards. In addition, empirical data were collected in five NPPA hearings held by prosecutors in Salvador (Appendix A) and through a virtual form sent to all members of the Public Prosecution and the Public Defender that works in criminal courts in Salvador (Appendix B). In development, we treat about the perspectives of criminology and criminal policy, enabling to understand the real objectives of penal system, as well as the relationship between the formal and parallel penal system, the nature of the Brazilian criminal process system and the consequences of the efficiency neoliberal model in the exception state of Brazilian criminal and criminal process system. In sequence, we seek to understand the origin of the NPPA, in addition to treat about “americanization” phenomenon in Brazilian criminal process, with an emphasis on the study of plea bargaining. Finally, the practical consequences of the application of the NPPA are critically assessed and it is concluded that the penal system has increased due to the insertion of the NPPA in the Brazilian legal system.

Keywords: Non-Persecution Penal Agreement. Penal system. Plea bargaining. Consensual justice.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ANPP	Acordo de Não Persecução Penal
CF	Constituição Federal
CNMP	Conselho Nacional do Ministério Público
CP	Código Penal brasileiro
CPP	Código de Processo Penal brasileiro
OAB	Ordem dos Advogados do Brasil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1 — Qual sua profissão?.....	60
Gráfico 2 — Há quanto tempo o(a) senhor(a) exerce sua profissão na área criminal?.....	60
Gráfico 3 — O(A) senhor(a) já participou de alguma audiência de ANPP?.....	61
Gráfico 4 — Na sua concepção, a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o investigado?.....	62
Gráfico 5 — Na sua opinião, existe autonomia da vontade do investigados nos acordos penais?.....	65
Gráfico 6 — Na sua concepção, a prisão processual prejudica a livre manifestação do investigado?.....	66
Gráfico 7 — Na sua opinião, o ANPP irá interferir na quantidade de pedidos de arquivamento?.....	70

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO.....	11
2 O SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO DE OPRESSÃO.....	14
2.1 A MUDANÇA NA FORMA DE PUNIR NA CONCEPÇÃO DE FOUCAULT	17
2.2 PERSPECTIVAS DESLEGITIMADORAS: MINIMALISMOS E ABOLICIONISMOS.....	21
2.2.1 Sistemas penais paralelos e subterrâneos na visão de Zaffaroni.....	23
2.3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO.....	25
2.3.1 Sistemas processuais penais.....	26
2.3.2 Estado de exceção no processo penal brasileiro.....	29
3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONTORNOS DO NOVO INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA NEGOCIAL.....	33
3.1 INSPIRAÇÃO E CRIAÇÃO DO ANPP: CONTEXTO JURÍDICO.....	33
3.1.1 <i>Plea Bargaining</i>.....	34
3.1.2 Justiça criminal negocial no Brasil.....	38
3.1.2.1 As Resoluções do CNMP n. 181/17 e n. 183/18.....	41
3.2 O REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO.....	44
3.2.1 Requisitos para aplicação do ANPP.....	45
3.2.2 Condições aplicáveis.....	50
3.2.3 O procedimento.....	52
4 A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.....	56
4.1 A APLICAÇÃO DO ANPP EM SALVADOR.....	56
4.1.1 Audiências de ANPP em Salvador.....	57
4.1.2 As impressões do Ministério Público e da Defensoria Pública sobre o ANPP.....	59
4.2 ENTRE A CELERIDADE E A RENÚNCIA AO DEVIDO PROCESSO.....	61
4.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS.....	65

4.3.1 A presunção de inocência e a (ir)relevância da confissão.....	67
4.3.2 A aplicação de pena sem o devido processo legal.....	72
4.4 O ANPP COMO FATOR QUE AMPLIA O SISTEMA PENAL.....	73
5 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	75
REFERÊNCIAS.....	77
APÊNDICE A — Roteiro para realização da observação das audiências de ANPP nas varas criminais de Salvador.....	87
APÊNDICE B — Perguntas enviadas para promotores e defensores que atuam nas varas criminais de Salvador via Formulários Google.....	89

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo trata da inserção do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) no ordenamento jurídico brasileiro, instituto que configura um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada, tendo por escopo evitar a deflagração de uma ação penal. Mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, a exemplo da confissão, o investigado aceita cumprir condições supostamente mais brandas do que a sanção penal aplicável ao crime confessado.

O principal fundamento deste trabalho é a necessidade constitucional de garantir a proteção dos indivíduos seletivamente taxados como *criminosos*¹, sobretudo com ênfase na defesa dos princípios do devido processo legal, da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa. Diante da possibilidade de flexibilização das garantias processuais penais por meio da ampliação da justiça consensual, justifica-se a realização de estudos acerca das consequências jurídicas e sociais da aplicação dos acordos na seara penal.

Nesse sentido, seria possível inferir que, a pretexto de reduzir o sistema penal e beneficiar o investigado, o ANPP legitima e expande o poder punitivo a partir da flexibilização das normas constitucionais?

Para compreender se o acordo de não persecução penal provoca a expansão do sistema penal, realizamos uma pesquisa teórica, cujo principal procedimento foi a análise de conteúdo², utilizando livros, artigos, legislação e jurisprudência. O principal referencial teórico utilizado foram os estudos de Foucault (2002b, 2015) acerca da fragmentação do poder, das instituições de sequestro e das mudanças do poder punitivo a partir do século XIX.

Além disso, foram coletados dados empíricos em cinco audiências de ANPP realizadas por promotores de Salvador (Apêndice A) e mediante questionário aplicado por meio de formulário virtual enviado para todos os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública atuantes em varas criminais de Salvador (Apêndice B). Esses dados permitiram a compreensão da visão interna daqueles que atuam no processo penal, bem como das consequências práticas da aplicação deste instituto, o que possibilitou entender se o acordo de não persecução penal é um instituto que implica o aumento ou a redução do sistema penal.

¹ Usa-se aqui o tradicional termo *criminoso* de forma a evidenciar o caráter pejorativo que carrega consigo por remeter à criminologia positivista.

² Cf. GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. *(Re)Pensando a Pesquisa Jurídica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

O desenvolvimento teórico deste estudo ocorreu por meio de uma análise interdisciplinar do poder punitivo. O segundo capítulo tem por foco o exame do sistema penal nas perspectivas da criminologia e da política criminal. Inicialmente, compreende-se os aportes teóricos da criminologia crítica e os reais objetivos do sistema penal — não declarados.

Com base nos estudos de Foucault (2015), a sociedade moderna é caracterizada pela fragmentação poder que é essencialmente disciplinar e exercido principalmente por meio das instituições de sequestro, mecanismos de dominação que regem a vida dos indivíduos por meio do controle do tempo e espaço, a exemplo das prisões. Dessa maneira, o direito penal moderno surge e encontra seu fim maior no incremento de um aparato destinado à subjugação dos corpos e ao controle de populações.

A partir desses ensinamentos, questionamos se a expansão da justiça consensual na seara penal, da mesma forma que a instituição das prisões como principal mecanismo de punição no século XIX, representa uma fórmula estatal para punir mais e “melhor”, promovendo um controle social mais eficiente, apesar de caracterizar, supostamente, uma forma de punição mais benéfica ao investigado.

Ainda neste capítulo, pontua-se a necessidade de analisar a compatibilidade do ANPP com o modelo processual penal acusatório, adotado na Constituição Federal (CF) de 1988. Busca-se também verificar se este instituto se adequa ao sistema penal formal ou se integra o sistema penal paralelo, caracterizado por promover o controle social através do exercício do poder punitivo sem o respeito ao regramento e às garantias impostas à tutela penal formal.

Ademais, trata-se da influência do modelo neoliberal da eficiência no estado de exceção penal e processual penal brasileiro. Essa busca pela eficiência ensejou o surgimento das denominadas penas alternativas, supostamente instrumentos de despenalização, que, na prática, configuram uma forma de ampliação do poder punitivo estatal, tendo em vista que a vigilância ultrapassa os muros da prisão, garantindo a onipresença do Estado.

O terceiro capítulo, por sua vez, trata principalmente da origem do acordo de não persecução penal. Este instituto foi implementado no Brasil em 2017, por meio de uma resolução editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Posteriormente, o ANPP foi introduzido no art. 28-A do Código de Processo Penal (CPP) através da Lei n. 13.964/19, popularmente conhecida como “pacote anticrime”.

Para além do cenário brasileiro, busca-se analisar a justiça negocial estadunidense, especialmente o *plea bargaining*, modelo que influenciou alterações em diversos ordenamentos por meio do processo de “americanização” (LANGER, 2004, p. 2-3). Nessa toada, busca-se

compreender as consequências da aplicação dos institutos consensuais no processo penal norte-americano, com ênfase no respeito às garantias dos investigados.

Insta consignar que a “americanização” no processo penal brasileiro não se iniciou com o acordo de não persecução penal, haja vista os demais institutos de natureza consensual anteriormente introduzidos no nosso ordenamento. Nessa toada, objetiva-se analisar o regramento da transação penal, da composição dos danos civis, da suspensão condicional do processo (*sursis processual*) e da colaboração premiada.

Na sequência, o quarto capítulo trata da legalidade do ANPP, bem como de suas consequências no sistema penal brasileiro, o que foi aferido a partir da análise dos dados empíricos coletados junto ao Ministério Público e a Defensoria Pública. Neste capítulo, com base em todo estudo desenvolvido, buscou-se concluir se o acordo de não persecução penal pode ser visto como um instrumento que legitima e, conseqüentemente, provoca a expansão do sistema penal.

2 O SISTEMA PENAL COMO INSTRUMENTO DE OPRESSÃO

O presente trabalho tem como embasamento teórico principalmente os aportes feitos pelo movimento da criminologia crítica. Conforme aponta Baratta (2002, p. 161), o pensamento criminológico crítico supera o paradigma etiológico, entendendo a criminalidade como um *status* atribuído a determinados indivíduos mediante, primeiramente, a seleção dos bens protegidos penalmente e dos comportamentos que lesionam esses bens (descrição dos tipos penais) e, em segundo, a escolha dos indivíduos que serão alvo da persecução criminal. Ainda de acordo com o autor, a criminalidade é, portanto, “um ‘bem negativo’, distribuído desigualmente conforme a hierarquia dos interesses fixada no sistema socioeconômico e conforme a desigualdade social entre os indivíduos”.

A criminologia crítica defende a impossibilidade de se pensar no crime como algo que existe em si mesmo, ou seja, o crime é uma construção social e, portanto, não é neutro. Para além disso, a teoria criminológica crítica já surge com a concepção de que todo sistema de produção tende a descobrir formas de punição compatíveis com suas relações de produção (RUSCHE; KIRCHHEIMER, 2004). A partir dessa constatação, podemos compreender que o sistema penal, além de atender a interesses econômicos de determinadas classes, necessariamente reproduz as desigualdades do sistema de produção adotado.

Ao entender que existe um processo de criminalização com interesses políticos e econômicos bem determinados, não é possível conceber o mito da igualdade que fundamenta a ideologia penal da defesa social. Com base nisso, Baratta (2002, p. 162) conclui que o direito penal não tem a finalidade de defender todos os cidadãos e os pune com intensidade desigual, distribuindo desigualmente o *status* de *criminoso*, o que independe da gravidade do fato delitivo.

Na prática, o sistema penal não assume essa constatação e busca legitimidade através da espetacularização do processo penal. Segundo Casara (2015, p. 11), o fascínio pelo crime e a confiança na pena como medida adequada para impedir o cometimento de delitos, somados a certo sadismo, fazem do processo penal um meio de entretenimento. A espetacularização do processo é evidente inclusive nas vestimentas utilizadas pelos operadores do direito, como observou Carnelutti (2017) ao tratar sobre as misérias do processo penal.

O processo penal do espetáculo se vale de uma visão maniqueísta do crime, na qual o indivíduo que comete um delito representa o mal. Ao refletir sobre o maniqueísmo no julgamento de um dos acusados de cometer crimes durante o período nazista alemão, Arendt

(1999, p. 309) defendeu sua inexistência diante da banalidade do mal, vez que, segundo a autora, não se trata de um ser humano particular que cometeu um crime, ao ponto de que toda espécie humana poderia estar sentada atrás do acusado no banco dos réus.

Para Casara (2015, p. 12), o maniqueísmo é utilizado no processo penal porque o caso penal se torna uma mercadoria que deve ser atrativa para que seja consumida. Zaffaroni (2013, p. 197), ao tratar sobre a criminologia midiática, afirma que há a criação da “realidade de um mundo de *pessoas decentes*, diante de uma massa de *criminosos*, identificada através de estereótipos que configuram um *eles* separado do resto da sociedade, por ser um conjunto de *diferentes e maus*”. Nessa toada, se consideramos que aquele que comete um crime não é um ser maligno que precisa ser combatido, qual é o real objetivo do sistema penal?

Acerca desse tema, Michel Foucault³ inferiu que o sistema penal tem por objetivo o controle social. Para este autor (FOUCAULT, 2015), a sociedade moderna tem como característica a fragmentação do poder, que é associado à ideia de disciplina, sendo utilizado de maneira difusa. Esse poder disciplinar é exercido especialmente por meio das denominadas instituições de sequestro, mecanismos de dominação que regem a vida dos indivíduos por meio do controle do tempo e espaço.

Dentre as instituições de sequestro, Foucault (2002b) estuda a prisão, que configura um mecanismo de controle social, cujo objetivo declarado é o combate à criminalidade, mas que tem como real objetivo a produção de delinquência, uma forma de ilegalidade que pode ser controlada e usada como um instrumento de poder. De acordo com o autor (FOUCAULT, 2015, p. 225), “a delinquência era por demais útil para que se pudesse sonhar com algo tão tolo e perigoso como uma sociedade sem delinquência. Sem delinquência não há polícia. O que torna a presença policial, o controle policial tolerável pela população senão o medo do delinquente?”.

Nessa perspectiva, Zaffaroni (2001, p. 12), ao tratar sobre as penas perdidas (carentes de racionalidade), afirma que a contradição entre o discurso jurídico-penal e a realidade letal do sistema é ainda mais evidente na América Latina, de modo que estamos lidando com um discurso que facilmente se desarma frente a realidade⁴. Além disso, o autor (ZAFFARONI, 2001, p. 15) explica que a realidade operacional do sistema penal nunca será compatível com o discurso que o legitima, vez que “a concentração de poder, a verticalização social e a destruição

³ Insta consignar que Foucault, apesar de ser um dos principais referenciais teóricos da criminologia crítica, não integra o movimento. Aponta-se, inclusive, que Foucault é um “aboliconista disfarçado” porque seus livros “não formam teorias completas ou linhas de ação, mas, sim, estratégias possíveis, que devem ser utilizadas em cada caso, como se fossem uma caixa de ferramentas de onde se escolhem as indicadas, de acordo com a situação.” (ELBERT, 2009, p. 134-135).

⁴ Zaffaroni (2001) identifica a América Latina como uma imensa instituição de sequestro.

das relações horizontais ou comunitárias *não são características conjunturais, mas estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais*". Em razão disso, não é possível falar propriamente em crise do sistema penal, pois a "crise" é essencial ao sistema.

Ao refletir sobre o discurso jurídico-penal, podemos concluir que se trata de uma criação que visa atender a interesses econômicos e políticos determinados. Anitua (2007, p. 22) infere que os discursos não são "naturais", ou seja, não existiram desde sempre e possuem uma origem histórica determinada, de modo que todo ato discursivo é um ato de poder. A partir dessa constatação, devemos nos questionar: em que momento histórico firmou-se o discurso que legitima o sistema penal?

Especificamente em relação às penas privativas de liberdade Davis (2020) aponta que a prisão é vista como algo que sempre existiu, sendo difícil imaginar uma vida sem a existência dessa instituição, mas é impossível desassociar o estabelecimento da prisão como principal forma de punição do fim da escravização e do processo de industrialização capitalista.

Com a abolição formal⁵ da escravização a instituição criminal apareceu como prática legalizada de hierarquização racial e social, tendo por escopo a garantia do controle social de grupos subalternizados estruturalmente (BORGES, 2019, n.p.). O sistema prisional é, portanto, racista e classista em essência. Vale ressaltar que, ao apontar o sistema penal como uma instituição racista, defendemos a concepção de que o racismo é um problema estrutural, ou seja, um dos componentes orgânicos da estrutura social (ALMEIDA, 2019, n.p.).

O controle social exercido pelo sistema penal tem a seletividade como dispositivo essencial de funcionalidade, fazendo com que a lei, o saber penal e as práticas judiciárias sejam dispositivos policiais de controle dos indivíduos indesejáveis (MELLIM FILHO, 2010, p. 271). Assim, pessoas negras e pobres — indesejáveis — são seletivamente punidas pelo Estado, desde a escolha das condutas que irão compor os tipos penais até a aplicação da lei.

Desta maneira, estamos diante de um sistema que estruturalmente reflete as opressões sociais. Mais do que isso, estamos diante de um sistema que — como trataremos neste trabalho — não se restringe ao aprisionamento e que se reinventou ao longo da história para manter o *status quo*.

⁵ Utiliza o termo "abolição formal" para demarcar que, materialmente, a escravidão não foi abolida. Como aponta Davis (2019, n.p.), "a escravidão continua a existir em instituições contemporâneas — como nos casos da pena de morte e da prisão, por exemplo".

2.1 A MUDANÇA NA FORMA DE PUNIR NA CONCEPÇÃO DE FOUCAULT

Durante o período iluminista, defendeu-se a necessidade de mudança na forma de punir adotada pelo Estado. Nesse contexto, pensadores iluministas como Servan, Voltaire, Marat, Duport, Target e Cesare Beccaria difundiram a ideia de que o suplício das penas era odioso e intolerável, sendo necessária a moderação das punições e sua proporcionalidade com o crime (OLIVEIRA, 2003, p. 42-43).

De acordo com Beccaria (1999, p. 43), a palavra direito não se opõe à palavra força, sendo apenas uma modificação desta de uma forma mais útil à maioria e, em relação ao exercício do poder de punir, deve-se observar que as penas, sob o risco de se tornarem injustas, não podem ultrapassar a necessidade de conservar o contrato social estabelecido entre os integrantes da sociedade, os quais cederam parte de sua própria liberdade para fazer parte do corpo social.

No que se refere à finalidade das penas, Beccaria⁶ (1999, p. 62) fundamentava que a aplicação da pena se destina a evitar a reincidência e servir de exemplo para que outros indivíduos não cometam crimes, de modo que é necessário aplicar penas que “causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do réu”.

Como aponta Davis (2020, p. 28), o novo sistema de punição instituído com o fim da escravização foi majoritariamente visto como uma reforma progressista, que estava vinculada à uma campanha mais ampla em prol dos direitos dos cidadãos. Ocorre que, na visão de Foucault (2002b), o ideal iluminista serviu apenas de justificativa moral para alteração da forma de punir. Nesse sentido, a passagem da criminalidade de sangue (suplício) para a criminalidade de fraude (cárcere) teve como fundamento real:

Encontrar novas técnicas às quais ajustar as punições e cujos efeitos adaptar. Colocar novos princípios para regularizar, afinar, universalizar a arte de castigar. Homogeneizar seu exercício. Diminuir seu custo econômico e político aumentando sua eficácia e multiplicando seus circuitos. Em resumo, construir uma nova economia e uma nova tecnologia do poder de punir: tais são sem dúvida as razões de ser essenciais da reforma penal do século XVIII. (FOUCAULT, 2002b, p. 76).

⁶ Ressalte-se que Beccaria (1999, p. 95), apesar de se opor às penas corporais retributivas, admitia pena de morte em duas situações excepcionais: quando um indivíduo, mesmo privado da liberdade, “conserva poder e relações tais que podem afetar a segurança nacional” ou “quando sua existência pode produzir uma revolução perigosa para a forma de governo estabelecida”.

A reforma que proporcionou a predominância dos cárceres teve, portanto, fundamento na necessidade política e econômica de aumentar a abrangência do poder de punir estatal de uma maneira mais eficiente, ou seja, buscou-se punir mais e “melhor”. Ainda de acordo com Foucault (2002b, p. 65), a referida reforma proporcionou o estabelecimento de uma justiça mais pesada, no sentido de buscar atingir infrações penais leves que antes eram praticamente ignoradas, a exemplo da legislação francesa sobre a vadiagem, que foi renovada e agravada diversas vezes desde o século XVII.

No Brasil, este fenômeno também é perceptível no período pós abolição, momento em que, além de crimes como a vadiagem, as expressões culturais da população negra foram tipificadas como delitos, a exemplo da capoeira (SANTOS, 2014, p. 38). A perseguição aos escravizados também pode ser verificada nos escritos de Nina Rodrigues (2011, p. 76) a partir da associação do “gérmen da criminalidade” com a “tendência degenerativa do mestiçamento, pela impulsividade dominante das raças inferiores, ainda marcadas do estigma infamante da escravidão recentemente extinta”.

No mesmo sentido, estudos desenvolvidos nos Estados Unidos apontam que os indivíduos escravizados tinham uma espécie de propensão para criminalidade. De modo que os presos, tanto brancos quanto negros, eram representados popularmente como indivíduos de afinidade profunda com os negros escravizados (HIRSCH, 1992 apud DAVIS, 2020, p. 29).

Desse modo, ocorreu a metamorfose do racismo, sem que o mesmo perdesse sua substância fundamental, pois o que “era antes explicitado nos processos de disciplina dos corpos, serve agora aos mesmos propósitos, nos arcabouços de um empreendimento que investe sobre as balizas do convívio social” (FLAUZINA, 2006, p. 100).

Dessa maneira, tornar as penas mais “humanas” nunca teve como objetivo garantir a dignidade do infrator, mas sim tornar o processo de punição estatal irrefutável, fundamentando o poder de punir na razão e garantindo a longevidade do cárcere, tendo em vista que, conforme apontou Beccaria (1999, p. 92), a própria atrocidade da pena enseja que os operadores do direito tentem evitar sua aplicação, de modo que “a certeza de um castigo, mesmo moderado, causará sempre a impressão mais intensa que o temor de outro mais severo, aliado à esperança de impunidade”. Ao afirmar que o fim dos suplícios implicava humanização das penas, em verdade, estamos diante da exclusão do sofrimento dos juízes ou dos espectadores do processo e não dos condenados (FOUCAULT, 2002b, p. 77).

Fica claro que o fim dos suplícios e a instituição do cárcere como principal forma de punir não representam a aplicação de uma punição mais benéfica ao condenado. Ao analisar a

complexidade das relações sociais, Foucault (2015, p. 235) explica que o poder muda ao longo do tempo para se adequar à realidade social, de modo que “a impressão de que o poder vacila é falsa, porque ele pode recuar, se deslocar, investir em outros lugares... e a batalha continua”. Desse modo, a mudança do sistema punitivo representa apenas a nova fórmula estatal para punir de maneira mais eficiente.

A predominância das prisões no sistema punitivo configura uma das mudanças socioeconômicas ocorridas a partir do século XIX, por meio das tecnologias de poder, que ensejaram a transformação do direito de soberania que passa a englobar *o direito de fazer viver e de deixar morrer*. Nesse contexto, o *biopoder* representa o modo de exercício disciplinar sobre a vida, sendo o racismo essencial para assegurar “a função de morte na economia do biopoder, segundo o princípio de que a morte dos outros é o fortalecimento biológico da própria pessoa [...] na medida em que se é elemento numa pluralidade unitária e viva” (FOUCAULT, 2005, p. 308). Em outras palavras, o “que morre faz com que o bom viva mais puro e mais sadio através de uma relação biológica, de eliminação de perigos internos e externos” (BATISTA, 2003, p. 157).

Vale ressaltar que essa mudança na forma de punir ocorreu no mesmo período em que Foucault apontou a instituição do denominado “panoptismo”, um dos traços característicos da sociedade no período do fim do século XVIII e começo do século XIX. Foucault (2002a, p. 103) utiliza esse termo em referência ao panóptico de Bentham⁷ e afirma que existe uma forma de poder que “se exerce sobre os indivíduos em forma de vigilância individual e contínua, em forma de controle de punição e recompensa e em forma de correção, isto é, de formação e transformação dos indivíduos em função de certas normas”. A sociedade panóptica tem como fundamento a vigilância, o controle e a correção.

Foucault (2002b, p. 104) salienta ainda que a instituição da sociedade panóptica foi precedida pela teoria legalista de Beccaria, a qual subordina o exercício do poder de punir à existência de uma lei, sendo que esta punição teria o objetivo de reparar ou prevenir o dano causado pela infração. Ocorre que, o panoptismo, em sentido contrário, exerce a vigilância sobre os indivíduos “ao nível não do que se faz, mas do que se é; não do que se faz, mas do que se pode fazer. Nele a vigilância tende, cada vez mais, a individualizar o autor do fato, deixando de considerar a natureza jurídica, a qualificação penal do próprio ato”.

⁷ No contexto em que a vigilância se tornou um operador econômico decisivo, Bentham foi um grande apoiador das arquiteturas circulares, sendo o panóptico um modelo que potencializa a vigilância nas penitenciárias. Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução: Raquel Ramalhe. 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002b. p. 143 e seg.

Desse modo, Foucault contradiz mais uma vez a teoria que fundamentou a instituição das prisões como principal forma de punir a partir do fim do século XVIII. Além de não se fundamentar em ideais humanitários, as prisões são apenas um aspecto do panoptismo e buscam exercer o controle social independente das previsões legais e das teorias que defendem a existência de funções da pena.

Passados mais de dois séculos da mudança na forma de punir, muitos sequer imaginam uma sociedade sem prisões. Todavia, o poder está sempre em constante mudança e o sistema punitivo, na condição de instituição de sequestro, deve se adequar à realidade atual. Globalmente, diante da superlotação das prisões e das condições precárias, discute-se a necessidade de se repensar o sistema penal e de buscar medidas que viabilizem o desencarceramento.

No Brasil, as latentes condições desumanas do cárcere foram escancaradas mediante o reconhecimento do Estado de Coisas Inconstitucional e a definição das prisões como verdadeiros “infernos dantescos” (BRASIL, 2015, p. 9) durante o julgamento da ADPF 347⁸. Nesse contexto, o Supremo Tribunal Federal (STF) reconheceu a violação ao direito fundamental à vida, tendo em vista que os presos estão sob a responsabilidade do Estado, que não garante uma vida com condições mínimas de dignidade e segurança (HIRSCH; ARCHANJO, 2020, n.p.).

Ainda de acordo com a decisão do STF (BRASIL, 2015, p. 9-10), mais de 40% dos presos estão sob custódia provisória e “pesquisas demonstram que, julgados, a maioria alcança a absolvição ou a condenação a penas alternativas”. Na prática, existe uma “cultura do encarceramento”, gerada pelo número excessivo de prisões provisórias, que “agravou a superlotação carcerária e não diminui a insegurança social nas cidades e zonas rurais.”. Nesse sentido, a principal instância do poder judiciário reconheceu o fracasso do sistema prisional e enfatizou a necessidade de mudança na forma de punir.

Diante da necessidade de reinvenção do sistema punitivo, nota-se um estímulo à aplicação de medidas que evitem a imposição de penas privativas de liberdade. Nesse contexto, o senso comum pode levar a crer que o acordo de não persecução penal, por não poder gerar penas privativas de liberdade, é necessariamente uma medida que concretiza os preceitos constitucionais. Acontece que estamos tratando de um sistema extremamente seletivo que não

⁸ Em 2015, o PSOL ajuizou uma ação de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 347) para reconhecer o estado de coisas inconstitucional no que toca a superlotação dos estabelecimentos prisionais. Dentre as medidas exigidas pelo partido, destacam-se: a liberação imediata de toda a verba do Fundo Penitenciário Nacional, a implementação de audiências de custódia e a exigência de que o magistrado justifique o porquê de não aplicar medida diversa de prisão. (BRASIL, 2015).

se limita ao aprisionamento e que estruturalmente reflete todas as opressões sociais. Assim, não é possível concluir que o ANPP visa a garantia de direitos fundamentais apenas porque é um instituto que não provoca o encarceramento.

2.2 PERSPECTIVAS DESLEGITIMADORAS: MINIMALISMOS E ABOLICIONISMOS

Começamos este trabalho tratando especificamente da criminologia crítica, concepção teórica que supera o paradigma etiológico e que estabelece a criminalidade como algo não ontológico, por se tratar de uma criação social promovida por meio de um processo de criminalização. Para além dos aportes promovidos pelos criminólogos críticos, é preciso tratar especificamente das perspectivas deslegitimadoras do sistema penal, de modo que seja possível aferir se o acordo de não persecução penal se enquadra em alguma dessas visões e, portanto, provoca a diminuição do sistema punitivo.

Ao tratar sobre perspectivas deslegitimadoras do sistema penal, estamos falando sobre minimalismos e abolicionismos, termos ora escritos no plural porque representam vertentes heterogêneas. Primeiramente, ao trabalhar com a deslegitimação do sistema penal, parte-se do pressuposto de que nenhum sistema punitivo é eterno, o que indica que os problemas gerados pelo convívio social podem ser solucionados através de um direito penal mínimo ou por meio do abolicionismo penal.

Nesta pesquisa, trabalharemos com as variantes fenomenológica e fenomenológico-historicista do abolicionismo teórico, representadas respectivamente por Louk Hulsman e Nils Christie. Na visão de Hulsman (HULSMAN; CELIS, 1997, p. 44), o abolicionismo nada tem a ver com uma visão ilusória da sociedade, pois não se está ignorando o conflito social, mas ao contrário, por considerar que o conflito é inerente a vida em sociedade, é ilusório acreditar no pretenso consenso no qual se justifica o sistema penal.

Ao analisar, dentre outros fatores, que o sistema penal se legitima através de uma visão maniqueísta, que a lei determina onde está o crime a partir da criação do *criminoso* e que o sistema penal pune seletivamente ao menosprezar determinados fatos ilícitos (cifras ocultas), Hulsman (HULSMAN; CELIS, 1997) defende o abolicionismo, especialmente porque entende que a abolição do sistema penal não provocaria o aumento da violência. Além disso, ele afirma que o sistema penal é problemático porque sempre responde às condutas taxadas como delito através da punição, menosprezando a participação das pessoas diretamente envolvidas nessas

situações, o que poderia ensejar uma resposta de natureza educativa, reparatória, psicológica etc.

Como aponta Christie (2016, p. 122), a resposta às condutas entendidas como crimes não precisa necessariamente solucionar o conflito. É preciso aprender a lidar com conflito e garantir a participação das pessoas envolvidas, de modo que “talvez a participação seja mais importante do que as soluções”. Para combater a inflição de dor provocada pela aplicação das penas, Christie (2016, p. 147) propõe a redução máxima do Estado, mas observa que a intervenção estatal é necessária para controlar a crueldade proposta pelas vítimas em casos excepcionais.

Uma das principais críticas feitas pelos opositores do abolicionismo penal é o receio do retorno da vingança privada⁹. Essa crítica parte do pressuposto de que a vingança pública, promovida pelo poder punitivo estatal, surgiu para substituir a descontrolada vingança privada. Acontece que, contradizendo este pensamento, “o excesso de controle social formal traduziria um tipo de sociedade capaz de assimilar a cultura punitiva e exercê-la, de per si, em nome do Estado e para o Estado”. Além disso, a problemática da vingança privada, no que se refere às cifras ocultas, “confere pistas no sentido de deslocar a discussão sobre a justificação do Direito Penal da prevenção das reações informais (autotutela) à impossibilidade real do sistema em administrar o número total de eventos criminalizáveis” (OLIVEIRA FILHO; PRADO, 2018, p. 67-69). Nesse sentido, o sistema penal não só é insuficiente para prevenir a ocorrência da vingança privada, como também a fomenta.

Em relação aos minimalismos, trabalharemos com a divisão entre minimalismos teóricos e reformistas. No que toca os minimalismos teóricos, iremos utilizar a vertente que enxerga o minimalismo apenas como um meio para que seja possível alcançar o abolicionismo, sobretudo na perspectiva de Zaffaroni e Baratta.

Na tentativa de limitar a violência dos sistemas penais, Zaffaroni propõe o realismo marginal como resposta à deslegitimação do sistema. Marginal porque a resposta deve nascer na América Latina, situada na periferia global, tendo em vista que, apesar da marginalização do poder, a população latino-americana é objeto da violência dos mecanismos punitivos do Estado. Segundo o autor (ZAFFARONI, 2001, p. 197), a “construção de um discurso jurídico-penal que reconhece o caráter de fato de poder deslegitimado do sistema penal e se limite à pauta de decisões da agência judicial não implica uma relegitimação do sistema penal”.

⁹ Cf. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 230 e seg.

Na visão de Baratta (2002, p. 199), diante de todos os problemas provocados pelo sistema penal, faz-se necessário construir uma política criminal alternativa, adotando o ponto de vista do interesse das classes subalternas, provocando transformações na raiz dos fenômenos negativos examinados pela criminologia crítica e incidindo sobre as causas mais profundas. Nessa transição para uma sociedade que não precise do direito penal, o autor (2002, p. 202) salienta que é necessário evitar cair em uma política reformista, que consiste em uma mera extensão do direito penal, uma política que pode produzir também um reforço da ideologia da defesa social, bem como uma legitimação do sistema repressivo tradicional.

Essa política reformista criticada por Baratta diz respeito ao denominado minimalismo reformista, um movimento que, a pretexto de efetivar a intervenção mínima do direito penal, luta pela implementação de penas alternativas à prisão, o que, em regra, “têm se caracterizado, segundo a lógica do sistema penal, por uma ‘eficácia invertida’, contribuindo, paradoxalmente, para ampliar o controle social e relegitimar o sistema penal.” (ANDRADE, 2006, p. 168).

Por conta disso, neste trabalho, ao tratar de minimalismo, estaremos nos referindo aos minimalismos como meios para o abolicionismo, vez que consideramos que o denominado minimalismo reformista não enseja a diminuição do sistema penal. Da mesma forma, não utilizaremos como base as vertentes de minimalismos como fins em si mesmos, modelo que agrega o garantismo de Luigi Ferrajoli (2010), tendo em vista que o autor “parte da deslegitimação do sistema penal, mas acredita que ele possa ser relegitimado, e o minimalismo é apresentado como fim em si mesmo – um direito penal mínimo para uma sociedade futura” (ANDRADE, 2006, p. 176).

Diante do exposto, é preciso analisar se o acordo de não persecução penal se enquadra como uma medida política condizente com o abolicionismo penal ou se pode ser visto como um instrumento de deslegitimação do sistema penal a partir do minimalismo. Caso o ANPP não esteja inserido em uma dessas vertentes, será possível concluir que o instituto reforma e re-legitima o sistema e, ainda, provoca sua expansão.

2.2.1 Sistemas penais paralelos e subterrâneos na visão de Zaffaroni

Sistema penal pode ser concebido como “*o conjunto das agências que operam a criminalização (primária e secundária) ou que convergem na sua produção*”, englobando as agências políticas, judiciais, policiais, penitenciárias, de comunicação social e as de reprodução ideológica (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 60-61). O exercício desse poder punitivo estatal é

frequentemente reduzido ao sistema penal formal, que se submete aos ditames da legalidade. Todavia, essa visão que ignora a existência dos denominados sistemas penais paralelos ou subterrâneos.

Essa visão reducionista “deixa de lado uma enorme parte do poder punitivo cuja função latente de controle social punitivo não é diferente da penal, do ângulo das ciências sociais” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 69). Os sistemas penais paralelos, portanto, apesar de viabilizarem o controle social através do exercício do poder punitivo, não se submetem ao regramento e às garantias impostas à tutela penal formal. Dito isso, defendemos a inexistência de um suposto monopólio do exercício do poder punitivo por parte das instâncias formais.

O princípio da legalidade penal pressupõe que o Estado exerça o poder punitivo do sistema penal dentro dos limites preestabelecidos para a punibilidade. O princípio da legalidade processual, por sua vez, exige que o Estado tente criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis. “Isto significa não apenas que o sistema penal *somente* exercia seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal sempre — em todos os casos — deveria exercer esse poder.” (ZAFFARONI, 2001, p. 21).

Em sequência, Zaffaroni esclarece que a mera análise detida das leis penais já permite comprovar que a própria lei renuncia à legalidade e que o discurso jurídico-penal (o saber penal) aparenta desconhecer tal fato. Por meio da *minimização jurídica* limita-se a abrangência do discurso jurídico-penal aos “injustos graves” e através da “administrativização”, da *tutela* e do *assistencialismo* são excluídos do discurso jurídico-penal as institucionalizações manicomialis, dos menores e dos idosos (*anciões*):

A perversão do discurso jurídico-penal faz com que se recuse, com horror, qualquer vinculação dos menores (especialmente os abandonados), dos doentes mentais, dos anciões e, inclusive, da própria prostituição com o discurso jurídico-penal, embora submetam-se todos esses grupos a institucionalizações, aprisionamentos e marcas estigmatizantes autorizadas ou prescritas pela própria lei que são, num todo, semelhantes - e, frequentemente, piores do que as abrangidas pelo discurso jurídico-penal. (ZAFFARONI, 2001, p. 22).

Assim, não existe vinculação oficial entre determinadas práticas e o sistema penal formal porque o objeto do poder punitivo ensejaria a deslegitimação do discurso jurídico-penal. Ou seja, a atuação estatal se fundamenta na necessidade de controle social para que se iniba a ocorrência de ações vistas pela sociedade como perversas, o que autorizaria uma resposta perversa por parte do Estado. Entretanto, não seria possível legitimar o aparato punitivo estatal frente à determinadas condutas que sequer são taxadas como crimes, por exemplo. Por conta disso, o sistema penal atua de modo informal.

Demonstrando clara relação com os estudos desenvolvidos por Foucault (2002b) Zaffaroni (2001) explica que, na prática, o real poder do sistema penal não é repressivo, mas, ao contrário, é positivo e configurador (*militarizador e verticalizador-disciplinar*). A verdadeira expressão desse poder não decorre da persecução penal associada ao devido processo legal e posterior condenação, tendo em vista que a vigilância disciplinar da sociedade opera de modo camuflado. A grande problemática dessa situação é que praticamente não existe conduta que não seja objeto de vigilância do sistema penal e este poder configurador é exercido à margem da legalidade de modo arbitrariamente seletivo.

Além disso, é necessário observar que nem mesmo o sistema penal formal observa os ditames da legalidade, tendo em vista que, por vezes, é este sistema que fomenta atuações ilícitas por parte das agências executivas. O sistema formal fomenta o subterrâneo, que é universal e estrutural nos sistemas penais e “institucionaliza a pena de morte (execuções sem processo), desaparecimentos, torturas, sequestros, roubos, saques, tráfico de drogas, exploração do jogo, da prostituição etc.” (ZAFFARONI *et al.*, 2003, p. 70).

Nesse contexto, Zaffaroni (2001, p. 28) conclui que o exercício do poder repressivo, além de não obedecer estruturalmente à legalidade processual ou penal, corresponde “apenas a um pretexto para o exercício do poder verdadeiro”. O exercício do poder por parte do sistema penal é abertamente ilícito porque “a própria lei se ocupa de renunciar à legalidade, concedendo amplíssima margem de arbitrariedade a suas agências”.

Diante do exposto, consideramos que os sistemas penais subterrâneos ou paralelos são elementos presentes em todas as sociedades e que, portanto, estão inseridos no sistema brasileiro. No intuito de entender melhor a natureza jurídica do acordo de não persecução penal, é preciso analisar se este instituto está à margem do sistema penal formal, violando a Constituição Federal e permitindo que o Estado aplique penas sem a existência do devido processo legal.

2.3 O PROCESSO PENAL BRASILEIRO

O processo é, primordialmente, um mecanismo de defesa do réu diante do reconhecimento de sua vulnerabilidade perante o poder estatal. Desta maneira, há grande preocupação em garantir a presunção de inocência dos acusados, bem como do ônus probatório da acusação, de modo que impera no processo penal o princípio da proteção dos inocentes. Ou

seja, o processo penal funciona como um verdadeiro direito protetor dos inocentes (LOPES JR., 2001, p. 21).

Entretanto, o processo não pode ser visto apenas como um instrumento que objetiva garantir a proteção dos indivíduos, pois da mesma forma que o direito como um todo, o processo reflete a ideologia dominante de determinado país, vez que se trata de um mecanismo que visa a manutenção do *status quo*. Nesse sentido, o processo reflete os valores políticos e ideológicos da sociedade (FERNANDES, 2000, p. 15). Assim, cumpre analisar a natureza do sistema processual penal no Brasil.

2.3.1 Sistemas processuais penais

Ao tratar sobre sistemas processuais penais, estamos afirmando que a estrutura do processo penal sofreu alterações de acordo com o tempo e espaço. Atualmente, de modo geral, concebe-se a existência de três modelos: inquisitório, acusatório e misto.

Em uma perspectiva histórica, entende-se que o modelo acusatório foi predominante até meados do século XII, na baixa Idade Média, momento em que foi gradativamente substituído pelo sistema inquisitório, especialmente com a instituição do Tribunal da Inquisição ou Santo Ofício. Posteriormente, aproximadamente no final do século XVIII, movimentos sociais e políticos ensejaram mudanças nessa estrutura, o que, para maior parte da doutrina, provocou o surgimento do modelo misto. Nessa linha, o sistema processual penal brasileiro seria predominantemente inquisitório na fase pré-processual e acusatório na fase processual, sendo, portanto, misto (LOPES JR., 2020, n.p.).

Para Pacelli (2020, p. 33-34), atualmente é relevante diferenciar os sistemas inquisitório e acusatório a partir da titularidade atribuída ao órgão acusador. Nesse sentido, o sistema acusatório pode ser caracterizado por dois fatores: as funções de acusação (abrangendo a investigação) e de julgamento são atribuídas a órgãos diferentes e o processo só se inicia com o oferecimento da acusação. No sistema inquisitório, por outro lado, o órgão julgador também atua na fase investigação, de modo que o processo já se inicia com a *notitia criminis*.

Acontece que não é possível reduzir a análise apenas ao aspecto formal de divisão entre os órgãos acusador e julgador. É necessário salientar que o sistema inquisitório se caracteriza por ser um modelo essencialmente parcial, sendo incompatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa, tendo em vista que o julgador também exerce função de acusador, mesmo que isso não esteja legalmente previsto.

Dentre os princípios que fundamentam o sistema penal garantista, Ferrajoli trata do princípio acusatório, que estaria relacionado ao axioma A8 (*nullum iudicium sine accusatione*). Para o autor (FERRAJOLI, 2010, p. 96) o método inquisitivo deriva da subtração do axioma A8 e está presente "em todos os ordenamentos nos quais o juiz tem funções acusatórias ou a acusação tem funções jurisdicionais", de modo que, nesses sistemas "a mistura de acusação e juízo compromete, sem dúvida, a imparcialidade do segundo e, por seu turno, frequentemente, a publicidade e a oralidade do processo".

Na visão de Binder (2003), apesar de não existirem sistemas concretos baseados puramente na eficiência ou na garantia, a síntese da dialética *eficiência-garantia* determina o surgimento dos modelos processuais penais, sendo possível notar uma tendência dos sistemas para um desses pontos, ainda que se trate de um processo dinâmico. A eficiência, nesse contexto, é utilizada para designar o foco em alcançar a aplicação efetiva da coerção penal. Assim, nota-se que no modelo acusatório deve predominar a "garantia", como meio de efetivar a proteção dos indivíduos, bem como a aplicação legítima do direito.

Em relação ao sistema processual penal vigente no Brasil, insta consignar que o Código de Processo Penal (CPP) foi editado em 1941, notadamente inspirado no Código Rocco da Itália¹⁰, é marcado por uma clara mistura entre as funções de julgar e acusar, sendo tipicamente de natureza inquisitória. A título exemplificativo, vale mencionar o artigo 26 do CPP, que prevê que a "ação penal, nas contravenções, será iniciada com o auto de prisão em flagrante ou por meio de portaria expedida pela autoridade judiciária ou policial".

Passados quase 80 anos de vigência do Código, presenciamos diversas alterações na legislação processual penal brasileira. Especialmente a partir da Constituição Federal (CF) de 1988, houve a inserção de um conjunto de garantias processuais penais no ordenamento jurídico brasileiro, inclusive com a clara separação entre as funções de julgar e acusar com a edição do artigo 129, inciso I da Constituição, que estabeleceu como função institucional do Ministério Público a promoção privativa da ação penal pública, o que ensejou a revogação do mencionado artigo 26 do CPP.

Na perspectiva da supremacia constitucional, Ferrajoli (2003, p. 31) aponta que existem dois modelos de Estado de Direito, sendo um formal (Estado legislativo de Direito) e outro

¹⁰ O Código vigente foi editado durante o Estado Novo, após o golpe de estado de 1937. O contexto político da época influenciou diretamente o Código, de modo que o regime autoritário determinou uma legislação compatível com suas necessidades políticas. Vale lembrar dos ensinamentos de Goldschmidt (2018): uma Constituição de caráter autoritário corresponderá a um modelo de processo igualmente autoritário, de natureza inquisitória. Diante do cenário político da época, nota-se uma forte influência do Código italiano editado em 1930 durante o regime fascista na Itália (COUTINHO, 2009, p. 109-110).

substancial (Estado constitucional de Direito). Em sentido formal, Estado de Direito corresponde a qualquer ordenamento no qual os poderes são conferidos e exercitados na forma da lei. No viés substancial, por sua vez, os poderes públicos estão sujeitos às leis não apenas no aspecto formal, englobando também o conteúdo, no sentido de que se deve respeitar os princípios estabelecidos pelas normas constitucionais.

Entretanto, apesar da hierarquia da Constituição e de seus avanços democráticos, “o Código de Processo Penal sofre de um vício estrutural, que lhe acarreta um grave prejuízo na sua função: o de estar visceralmente refém do sistema inquisitivo.” (STRECK, 2009, p. 118), de modo que concretizar “as programações constitucionais e implementar um processo penal democrático, acusatório, ainda é uma tarefa pendente de concretização no Brasil” (CORREIA, 2017, p. 252).

No mesmo sentido, Prado defende que, embora não esteja expresso, a Constituição Federal de 1988 adotou o sistema penal acusatório, todavia:

[...] se notarmos o concreto estatuto jurídico dos sujeitos processuais e a dinâmica que, pelas relações jurídicas ordenadas e sucessivas, entrelaçam a todos, de acordo com as posições predominantes nos tribunais (principalmente, mas não com exclusividade no Supremo Tribunal Federal), não nos restará alternativa salvo admitir, lamentavelmente, que prevalece, no Brasil, a *teoria da aparência acusatória*, porque muitos dos princípios opostos ao acusatório verdadeiramente são implementados todo dia. (PRADO, 2001, p. 220).

Nota-se, portanto, que apesar das alterações legislativas de caráter acusatório, o Código de Processo Penal ainda carrega um viés estruturalmente inquisitório. Diante de tal reflexão, poderíamos supor que, por carregar características de ambos os sistemas, estaríamos diante de um modelo processual misto.

Para doutrina majoritária, o sistema processual penal brasileiro é misto porque, em verdade, não existem mais modelos puros, quer seja acusatório ou inquisitório. Acontece que a definição de sistemas mistos é reducionista pois, ao enquadrar os modelos puros apenas como referência histórica, afirma que todos os sistemas possuem a mesma qualificação, sem realizar distinções necessárias (LOPES JR., 2020, n.p.).

Assim, como explica Coutinho (2001, pág. 29) é necessário “observar o fato de que ser misto significa ser, na essência, inquisitório ou acusatório, recebendo a referida adjetivação por conta dos elementos (todos secundários), que de um sistema são emprestados ao outro.”. Para o autor, “o sistema processual penal brasileiro é, na essência, *inquisitório*, porque regido pelo *princípio inquisitivo*, já que a *gestão da prova* está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.”.

Diante do exposto, concluímos que o sistema processual penal brasileiro é inquisitório. Todavia, essa constatação não impede a análise isolada de previsões legislativas que, apesar de não conseguirem alterar a estrutura inquisitiva do sistema, podem representar avanços em direção ao modelo acusatório.

Pensando nisso, devemos questionar se o acordo de não persecução penal possui natureza acusatória, por dar mais autonomia ao Ministério Público como órgão titular da acusação e investigação, ou se, em perspectiva diversa, o acordo enseja a concentração do poder de acusar e julgar nas mãos dos promotores de justiça.

2.3.2 Estado de exceção no processo penal brasileiro

Apesar dos referidos avanços promovidos pela CF de 1988, há quem defenda que o próprio texto constitucional, ao produzir cláusulas de penalização, favoreceu o estado de exceção em matéria penal e processual penal, refletindo a edição de normas em desacordo com as garantias de direitos fundamentais, além de práticas judiciais controversas. Para Karam (2006), o marco inicial da paradoxal escalada punitiva pós democratização foi a lei n. 8.072/90 que, concretizando o disposto na deslocada regra do inciso XLIII do art. 5º da CF, inaugurou a avalanche de leis “excepcionais” em matéria penal e processual penal produzidas após a vigência da Constituição.

Como vimos, o mecanismo de controle social que é exercido pelo sistema penal se baseia na construção social de *crime* e *criminoso*, atendendo a interesses políticos e econômicos de determinadas classes e reproduzindo as desigualdades do sistema de produção adotado. Em razão disso, não é possível conceber o mito da igualdade que fundamenta a ideologia penal da defesa social, pois o direito penal não tem a finalidade de defender todos os cidadãos e os pune de modo desigual.

Nota-se que os direitos e garantias fundamentais propositalmente não se distribuem de maneira igualitária na sociedade. Há, em verdade, uma violação autorizada de direitos constitucionalmente assegurados de parte da população, de modo que “o estado de exceção se apresenta como a forma legal daquilo que não pode ter forma legal” (AGAMBEN, 2004, p. 13). Ou seja, o estado de exceção prescinde de um determinado contexto fático excepcional que enseja a suspensão total ou parcial de direitos, porque essa suspensão é uma técnica de poder adotada pelo próprio governo.

Esse estado de exceção, além de estar vinculado ao próprio exercício do direito, é racializado, na medida em que suprime os direitos da população negra. Nessa linha, é preciso reconhecer a importância do direito no período da colonização, quando este foi utilizado para “fundar juridicamente uma determinada ideia da humanidade dividida entre uma raça de conquistadores e outra de escravos”, na qual apenas “a raça dos conquistadores podia legitimamente se atribuir qualidade humana” (MBEMBE, 2018, p. 115). Na perspectiva decolonial, ainda é preciso lutar contra os efeitos materiais, epistêmicos e simbólicos da “lógica global de desumanização que é capaz de existir até mesmo na ausência de colônias formais” (MALDONADO-TORRES, 2018, n.p.).

No Brasil, como aponta Flauzina (2006, p. 100-101) a agenda da globalização neoliberal potencializou os expedientes nutridos desde o advento da República com foco no extermínio da população negra, no seu genocídio. Entendendo-se o genocídio, no sentido criado por Carlos Wedderburn, como a “negação da presença africana nas Américas”, evidenciada, por exemplo, pelo apagamento da população negra pelos grandes veículos de comunicação, o que sem dúvida caracteriza um “fator violento de genocídio simbólico” (FLAUZINA, 2006, p. 32-33).

Dessa forma, ao longo da história brasileira, verifica-se que a produção da morte das pessoas negras pelo Estado se dá de variadas formas, desde a morte política — da impossibilidade de votar e ser votado, à morte civil — de não poder frequentar determinados lugares, ao não acesso aos serviços de educação e de saúde ou à morte penal — ao disparo de projéteis contra corpos negros. No Brasil, raça é “fator criminógeno e exterminante” (GOES, 2017, p. 101).

Assim, podemos concluir que vivenciamos continuamente um estado de exceção estruturalmente racializado, no sentido de que “o racismo é uma decorrência da própria estrutura social, ou seja, do modo ‘normal’ com que se constituem as relações políticas, econômicas, jurídicas e até familiares, não sendo uma patologia social e nem um desarranjo institucional” (ALMEIDA, 2019, n.p.).

A ampliação desse estado de exceção em matéria penal e processual penal, no período pós democratização brasileira, é marcada pela agenda neoliberal utilitarista da eficiência e “a busca da eficiência no terreno penal dá origem a um paradoxo, consistente em atribuir-se a um Estado mínimo o controle social máximo sobre os excluídos” (BATISTA, 1997, p. 147). No que diz respeito ao sistema penal, a eficiência deve ser entendida como o incremento do exercício do controle em prol da defesa social, ou seja, punir mais e “melhor”.

Essa busca pela eficiência ensejou o surgimento das denominadas penas alternativas, as quais aparecem não como instrumentos de despenalização, no sentido de redução da intervenção penal, mas como uma forma de ampliação do poder punitivo estatal, tendo em vista que a vigilância ultrapassa os muros da prisão.

A partir desse processo, o Estado se torna onipresente, exercendo o controle social de maneira mais eficiente. Os avanços tecnológicos do capitalismo pós industrial e globalizado permitiram uma “execução ampliada da nova disciplina social, que, não mais exigindo a reprodução da estrutura fabril encontrada na prisão, por um lado, necessita alcançar um número crescente daqueles excluídos da produção e do mercado” (KARAM, 2002, p. 171).

Essa ampliação é perceptível há anos, principalmente a partir da experiência estadunidense, na qual, ainda na década de 90, dados apontavam que os norte-americanos efetivamente encarcerados representavam apenas um quarto da população submetida à tutela penal, sendo que a aplicação das medidas alternativas não implicou redução da população carcerária, apenas aumentou a quantidade de pessoas sob controle do poder punitivo estatal (WACQUANT, 2003, p. 29-30).

Assim, a junção do modelo neoliberal utilitarista de eficiência com o estado de exceção inerente ao direito brasileiro ensejou o surgimento das medidas ditas despenalizadoras através da introdução dos juizados especiais criminais por meio das Leis n. 9.099/95 e 10.259/01. Como demonstra Karam (2002, p. 172), os delitos de menor potencial ofensivo, na forma das regras disciplinadas pelo art. 76 da Lei n° 9.099/95, dificilmente ensejariam a aplicação de pena privativa de liberdade em caso de sentença condenatória. Além disso, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade também seria certamente aplicada em casos de condenações cujas circunstâncias correspondessem àquelas previstas no art. 89 da Lei n° 9.099/95.

Dessa maneira, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a pretexto de configurarem medidas que implicam menor sofrimento ao investigado, flexibilizam as garantias do devido processo legal e ampliam a abrangência do sistema penal, ressaltando que a adoção de modelos negociais não implica a existência de uma verdadeira “composição entre as partes, pois o poder de coerção do Estado-Administração desequilibra a relação processual e compromete a livre manifestação de vontade do réu (por isso, há ‘acordo’ e não verdadeiro acordo de vontade)” (CASARA, 2011, p. 155).

Diante do o exposto, levando em consideração todos os apontamentos acerca do sistema penal e processual penal, bem como da inserção de mecanismos de justiça consensual penal no

ordenamento através dos juizados especiais, faz-se necessário analisar propriamente o acordo de não persecução penal, para que então seja possível compreender se o instituto provoca a expansão ou a redução do sistema penal.

3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: CONTORNOS DO NOVO INSTITUTO BRASILEIRO DE JUSTIÇA NEGOCIAL

O acordo de não persecução penal é um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada, devendo passar por homologação judicial e tendo por escopo evitar a deflagração de uma ação penal. Mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, o investigado aceita cumprir condições supostamente mais brandas do que a sanção penal aplicável ao crime confessado.

Trata-se de instituto previsto no art. 28-A do CPP, introduzido pela Lei n. 13.964/19. Para melhor compreensão do ANPP, será analisado o contexto social que ensejou a criação desse mecanismo, especialmente no que se refere à influência estadunidense na ampliação da justiça consensual em diversos países.

3.1. INSPIRAÇÃO E CRIAÇÃO DO ANPP: CONTEXTO JURÍDICO

De acordo com dados disponibilizados pelo Conselho Nacional de Justiça (BRASIL, 2020a), em 2019, o Poder Judiciário brasileiro teve uma despesa total de cerca de cem bilhões de reais. Ainda de acordo com o relatório, ingressaram no Poder Judiciário 2,4 milhões de casos criminais novos, sendo mais da metade na fase de conhecimento de 1º grau. Nessa fase, os processos criminais têm duração média de 1 ano e 3 meses a mais do que os não criminais em todos os segmentos de justiça.

Durante a persecução criminal, não raro, há incidência da prescrição, fato que impede o exercício do poder punitivo estatal, independentemente da existência de provas suficientes de materialidade e autoria. Além disso, no processo criminal, as limitações cognitivas do fato podem determinar o proferimento de sentenças absolutórias, vez que o réu deve ser beneficiado em caso de dúvida — *in dubio pro reo*, o que torna difícil, ao menos em tese¹¹, o proferimento de sentenças condenatórias.

¹¹ Apesar da crescente popularização da discussão acerca da necessidade de determinar critérios de suficiência probatória para fundamentar o proferimento de uma sentença condenatória por meio do *standard* de prova, na prática, enquanto outros sistemas jurídicos desenvolvem debates acerca dos desafios de elaboração de um *standard* de prova objetivo, no Brasil, observamos os perigos do transplante acríptico de institutos característicos de outras matrizes jurídico-culturais (MATIDA; VIEIRA, 2019).

Diante desse cenário, o acordo de não persecução penal surge com o propósito de tornar a punição mais célere e eficaz, conforme consta no Projeto de Lei n. 10.372/2018, que deu origem à Lei n. 13.964/2019.

3.1.1 *Plea Bargaining*

É impossível falar de justiça negociada na esfera criminal sem tratar da tradição jurídica norte-americana. Primeiramente, antes de tratar propriamente do instituto, ressaltamos que a escolha do termo *plea bargaining* e não *plea bargain* tem uma razão de ser. Falar em *plea bargain* é restringir a discussão ao acordo (*deal*), ao passo que tratar de *plea bargaining* é discutir toda a complexidade da negociação que antecede o acordo, bem como seus fundamentos e consequências (COUTINHO, 2019, p. 2-3).

O instituto estadunidense, que numa tradução literal, significa “pleito de barganha”, é o “mecanismo pelo qual o acusado pode, logo no início das apurações pré-processuais, reconhecer a responsabilidade pelo fato, abrindo mão de seu direito a um processo e consequente julgamento judicial de mérito para receber, desde logo, uma pena.” (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 5). Em contrapartida, há a possibilidade de condenação a uma sanção teoricamente menos gravosa do que àquela que seria aplicada no procedimento regular.

Nos Estados Unidos, segundo dados divulgados pela Associação Nacional de Advogados de Defesa Criminal (*National Association of Criminal Defense Lawyers*) (2020), cerca de 20% dos casos criminais investigados eram levados a julgamento na década de 80, ao passo que atualmente esse número reduziu para apenas 3%. De acordo a referida instituição, existem diversas evidências de que os investigados estão sendo coagidos a se declarar culpados porque há alto risco de serem condenados de maneira mais severa ao exercerem seus direitos constitucionais.

Ao tratar sobre o *plea bargaining*, Alschuler (1979, p. 4) esclarece que existe uma diferença crucial entre a barganha por informações e a barganha pela confissão de culpa, pois quando alguém presta informações contra outrem, o depoimento pode ser refutado e criticado durante o processo, o que não ocorre no *plea bargaining* porque a confissão do investigado já configura prova suficiente para ensejar a condenação. Assim, pode-se inferir que o conjunto probatório que permite a prolação de sentenças condenatórias nos Estados Unidos é

extremamente frágil, não por acaso estamos diante do país com a maior população carcerária do mundo¹².

Para o autor (ALSCHULER, 1979), o surgimento do *plea bargaining* no século XIX está relacionado às dificuldades associadas ao conjunto probatório exigido para fundamentar uma sentença condenatória. Nas décadas que sucederam a Guerra Civil Americana, a maior parte da opinião pública era manifestamente contrária ao instituto, o que leva a crer, inclusive, que a Suprema Corte Americana teria invalidado a prática caso tivesse sido provocada à época. Todavia, tempos depois, ao se posicionar sobre o tema, a Corte decidiu pela sua legalidade, em razão do *plea bargaining* ser “inerente à lei penal e à sua administração” (tradução nossa).

Insta consignar que o período pós Guerra Civil Americana é marcado por alguns fatores que chamam atenção do ponto de vista da política criminal. Se trata do contexto pós abolição formal da escravidão, momento que afetou fortemente a economia do Sul do país, criando um problema para classe dominante: como gerar lucro diante de quatro milhões de pessoas que antes eram propriedade e agora haviam passado a usufruir da liberdade?

Para resolver tal situação, como aponta o documentário 13ª Emenda (2016), a brecha deixada pela Constituição foi prontamente utilizada, de modo que, após a Guerra Civil, afro-americanos foram encarcerados em massa, consubstanciando o primeiro surto de prisão nos Estados Unidos. O *plea bargaining* surge, então, como forma de tornar o sistema judicial mais célere e eficaz no combate à criminalidade. Em outras palavras, o *plea bargaining* surgiu como forma de tornar o controle social dos ex-escravizados mais eficiente.

Segundo Walsh (2019, p. 78), os tribunais criminais dos Estados Unidos são extremamente dependentes da *plea bargaining* principalmente por questões de ordem econômica, pois “julgamentos são caros e demorados. Racionalmente, duas partes podem chegar a um bom resultado de forma mais rápida e barata por meio de barganha: o promotor oferece uma acusação mais leve se o réu abrir mão do processo (completo) e admitir a culpa.”.

Tratar de acordos é, necessariamente, tratar de voluntariedade. Na seara penal, é difícil crer na existência de uma real voluntariedade por parte do investigado, principalmente levando-se em consideração dois fatores: a manifesta disparidade de armas e a imposição de medidas cautelares privativas de liberdade durante as tratativas. Ainda de acordo com Walsh (2019, p. 78), não há um real controle da atuação dos promotores nos Estados Unidos, de modo que os juízes geralmente não participam da realização dos acordos e, por vezes, sequer são exigidos

¹² Cf. EZABELLA, Fernanda. Recordista carcerário, EUA tentam libertar presos para evitar surtos. *TAB*, Los Angeles, 20 mar. 2020. Disponível em: <https://tab.uol.com.br/noticias/redacao/2020/03/20/recordista-carcerario-eua-tentam-libertar-presos-para-evitar-surtos.htm>. Acesso em: 15 out. 2020.

os registros escritos. Na prática, "a única restrição à barganha imposta aos promotores é que eles não podem usar ameaças ilegais para garantir o acordo".

A liberdade do promotor no *plea bargaining* ensejou o surgimento do fenômeno conhecido como *overcharging* (sobrecarga de acusações). Na prática, diante das poucas regras que limitam o exercício da discricionariedade do órgão acusador, o promotor "é livre para acusar o réu por mais crimes do que é possível provar, bastando que supostamente exista uma causa provável – uma prática conhecida por sobrecarga de acusações" (ALEXANDER, 2018, n.p.).

Assim, diante da ausência de controle judicial na prática e, em decorrência da autonomia do promotor para determinar o enquadramento do fato investigado ao tipo penal, a doutrina estadunidense notou que o *parquet*, não raro, sobrecarrega a acusação durante as negociações como forma de coação do investigado.

No que se refere à população carcerária provisória, pesquisas apontam que a quantidade de negros e hispânicos submetidos ao encarceramento antes do julgamento é muito superior à quantidade de brancos, além da quantidade total de presos provisórios ter crescido mais que o dobro em 15 anos. Em 2002, a quantidade de detentos provisórios era de 182,754 mil, sendo 43% negros e 19,6% hispânicos, ao passo que, em relação aos dados raciais da população estadunidense, havia apenas 12,2% de norte-americanos negros e 13,4% de hispânicos. Em 2017, a quantidade de presos aguardando julgamento totalizou 482,000 mil (SAWYER, 2019).

Analisando especificamente a interferência da desigualdade racial no *plea bargaining*, pesquisas demonstram que em casos de investigações com arcabouço probatório frágil em razão da ausência de informações sobre o fato, a raça do investigado pode ser indiretamente utilizada para indicar suposta probabilidade de reincidência e criminalidade latente (BERDEJÓ, 2018). Como explica Alexander (2018), a população estadunidense vivencia um novo *Jim Crow*, ou seja, um período de segregação racial institucionalizada pelo Estado através do encarceramento em massa. Um dos fatores que contribui para o estabelecimento desse sistema é o "fechamento das cortes" através do *plea bargaining*.

O modelo de justiça negocial norte-americano se expandiu pelo mundo, principalmente com o fim da Guerra Fria, momento em que o sistema de justiça estadunidense passou a influenciar os ordenamentos de outras nações. Segundo Langer (2004, p. 2-3), essa influência norte-americana ensejou a criação de diferentes institutos em diversos países que passaram pelo processo de "americanização". Os sistemas judiciais alemão, espanhol e italiano são exemplos deste fenômeno.

Segundo Schünemann (1998, p. 420-421), em relação à Alemanha, a introdução de práticas diretamente influenciadas pela justiça estadunidense ocorreu em um contexto de críticas ao procedimento até então aplicado no país, em razão de problemas relacionados à tramitação dos processos, tais como: procedimentos volumosos, grande influxo de processos e longa duração dos mesmos.

Segundo o autor, o país adotou um mecanismo de acordos informais nos quais o investigado não se declara culpado, mas formaliza uma confissão que é analisada pelo tribunal como um meio de prova geral para aferir a culpabilidade. Ainda de acordo com Schünemann (1998, p. 427), um dos grandes problemas dos acordos penais é o jogo de poder envolvido nas negociações, ou seja, os conflitos deixam de ser regidos por critérios jurídicos e passam a ser tratados a partir de critérios de poder.

Em relação à América Latina, Anitua (2015, p. 44-45) explica que no final do século XX, foram implementadas reformas importantes no processo penal com fundamento, em um primeiro momento, no processo de “transição” ou “democratização” dos países. Pouco depois, surgiu um novo fundamento que ensejou o abandono das pretensões democráticas: a garantia da “eficácia” das funções penais. Assim, surgiu a necessidade de simplificação do processo, tendo em vista que a busca pelos objetivos estatais desmedidos (aqueles sinalizados na criminalização primária) torna necessária a colaboração do acusado para que o mesmo abra mão de seus direitos.

Para Anitua (2015), esses mecanismos de simplificação do processo influenciados pela legislação estadunidense (*plea bargaining*) remetem a práticas próprias do modelo inquisitivo, vez que se trata de um procedimento sigiloso e no qual a confissão do acusado é prova determinante de culpabilidade. É verdade que a confissão não é extraída mediante tortura física, mas não se pode negar a existência de coação para realização do acordo. Nesse sentido, os objetivos do poder punitivo estatal são obter rapidez e eficácia, mesmo que isso implique na violação de todo o sistema de garantias, a exemplo dos princípios acusatório, da publicidade e da presunção de inocência. Aduz ainda o autor que os sistemas penais contemporâneos adotam mecanismos consensuais com a pretensão de um confronto de partes em pé de igualdade, mas que, em verdade, se trata de uma relação de profunda desigualdade real.

Tratando propriamente da realidade brasileira, os mecanismos consensuais do processo penal se resumem às hipóteses de colaboração premiada, transação penal e composição dos danos civis no âmbito dos juizados especiais, suspensão condicional do processo e, mais recentemente, o acordo de não persecução penal. O ANPP, em verdade, não equivale ao

instituto estadunidense, tendo em vista principalmente que não pode gerar pena privativa de liberdade, mas, como veremos adiante, é inegável a influência do procedimento norte-americano. “Ainda que sejam institutos diversos, tanto o *plea bargain*, quanto o acordo de não persecução penal foram embalados no mesmo berço e pelas mesmas mãos” (MENDES; MARTÍNEZ, 2020, p. 64).

Analisando à nomenclatura adotada no Brasil, também é possível notar a influência estadunidense, mas em razão de dois outros institutos, o *deferred prosecution agreement* (DPA) e *non-prosecution agreement* (NPA), os quais implicam “a assunção de responsabilidades e o cumprimento de condições pelo réu para que, em troca, receba sanções potencialmente mais leves que as que poderia ter que cumprir caso fosse submetido a processo penal” (DOTTI; SCANDELARI, 2019, p. 6).

Nesse sentido, o promotor pode não oferecer denúncia, mesmo mantendo o direito de propor acusações (NPA) ou, no curso do processo, oferecer um acordo (DPA). Esses institutos foram inicialmente criados como alternativa de punição para jovens infratores da legislação antidrogas, mas atualmente estão sendo muito usados em processos de crimes corporativos, nos quais existe a indicação de que o promotor analise se é melhor oferecer acusação ou firmar acordo de cooperação para que a empresa forneça dados que auxiliem na investigação de seus empregados (XIAO, 2013). Assim, diferente do ANPP, esses institutos envolvem tratativas que dizem respeito a delitos praticados por outros agentes que não participam do acordo.

Nota-se, portanto, que se trata de um país com uma forte cultura negocial na seara criminal e que influenciou alterações nos ordenamentos de diversos países. Vale ressaltar que, dentre as propostas do “pacote anticrime”, Projeto de Lei n. 882/2019, o Ministério da Justiça propôs a inclusão do art. 395-A no Código de Processo Penal, que trazia um regramento extremamente similar ao do *plea bargaining* com a possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade. Entretanto, este dispositivo foi retirado da proposta final¹³.

3.1.2 Justiça criminal negocial no Brasil

Antes de analisar propriamente o acordo de não persecução penal, cumpre pontuar brevemente alguns aspectos acerca dos institutos de natureza consensual que o precederam na seara penal. A Lei n. 9.099/95 instituiu no Brasil três institutos de natureza consensual: a

¹³ Cf. 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 (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 51-73.

transação penal, a composição dos danos civis e a suspensão condicional do processo, também conhecida como *sursis* processual. A suspensão condicional do processo está prevista no art. 89 da referida lei e dispõe que, nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo, submetendo o acusado a período de prova, de acordo com as condições descritas no dispositivo.

Ressalte-se que, apesar da suspensão condicional do processo estar prevista na lei dos Juizados Especiais, este instituto também pode ser aplicado em crimes não abrangidos pela mencionada lei. Ademais, para que o réu se submeta ao período de prova que pode variar de dois à quatro anos, exige-se que o mesmo seja primário e que não esteja sendo processado por outro crime.

Expirado o prazo sem revogação, o magistrado declarará extinta a punibilidade. Entretanto, caso o réu não cumpra as condições impostas, é importante observar que a prescrição não corre durante o prazo de suspensão do processo, ou seja, com a revogação, reinicia-se a contagem do prazo prescricional, somando apenas o período anterior à suspensão do processo. Além disso, as condições cumpridas antes da revogação não servem como fator de detração da pena em eventual caso de condenação, tendo em vista a diferenciação teórica entre pena e condição, tema que será aprofundado no terceiro capítulo.

A composição dos danos civis, por sua vez, diz respeito a uma proposta de reparação dos prejuízos causados pela infração à vítima. Caso a vítima aceite a proposta formulada pelo suposto autor do fato, a conduta implicará renúncia e a punibilidade será extinta. Esse instituto está previsto nos artigos 72 e seguintes da Lei n. 9.099/95 e só pode ser aplicado crimes de ação pública condicionada à representação e ação penal privada.

Assim como os mencionados institutos, a transação penal também está prevista na Lei n. 9.099/95. Esse mecanismo está disposto no art. 76 da referida lei e diz respeito a um mecanismo de abreviação do processo através de um acordo que possibilita a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas. Este acordo pode ser ofertado quando, não sendo caso de arquivamento, houver representação do ofendido ou se tratar de ação penal pública incondicionada. Entretanto, cumpre ressaltar que a abrangência deste dispositivo se limita às denominadas infrações de menor potencial ofensivo, conforme previsto no art. 61 da mesma lei.

Parte da doutrina afirma que a sentença que homologa a transação penal tem natureza meramente homologatória, vez que não há reconhecimento de culpabilidade, nem efeitos para fins de reincidência ou maus antecedentes. O STF reconheceu essa natureza homologatória

conforme consta na Súmula Vinculante 35¹⁴. Nessa linha, Grinover (*et al.*, 2005, p. 168) leciona que essa natureza se deve ao fato de que a sentença que advém do consenso “não indica acolhimento nem desacolhimento do pedido do autor (que sequer foi formulado)”, apenas servindo para compor a controvérsia de acordo com a vontade das partes, constituindo título executivo judicial.

Por entender que se trata de uma sentença de natureza homologatória, há quem defenda que a transação penal não suprime a ampla defesa e a presunção de inocência. Nessa perspectiva, salienta-se a exigência da presença de advogado assistindo o investigado e defende-se que a “*transação* penal decorre da *autonomia de vontade*, e é produto do exercício da ampla defesa que, estrategicamente, pode preferir transigir ao invés de assumir o risco e o desgaste de um processo alongado, com resultado imprevisível após a instrução probatória” (BITENCOURT, 1997, p. 87-88).

A despeito desse entendimento, outra parte da doutrina reconhece a existência de uma verdadeira sentença condenatória sumária de transação penal. Segundo Prado (2001, p. 241-242), afirmar que a sentença tem natureza homologatória não encerra a discussão, tendo em vista que a decisão de homologação pode ser condenatória. Nesse sentido, as sentenças de mera declaração seriam condenatórias ao impor o cumprimento de uma obrigação, sendo este o caso das sentenças que homologam a transação penal.

Demais disso, outro aspecto da transação penal merece destaque: o arquivamento, assim como no ANPP, é um fator impeditivo de transação penal. O grande problema ocorre em razão de ser “fato notório que com o advento dos Juizados basta uma diligência na Delegacia de Polícia para que o autor do fato seja chamado ao Poder Judiciário”, o que faz com que o autor da suposta infração acabe “por aceitar qualquer benefício que lhe seja formulado em audiência a fim de evitar um eventual processo”, mesmo diante de evidente carência probatória (WUNDERLICH, 2005, p. 37-38). Desta maneira, a necessidade de arquivamento dos autos, na prática, não impede a ocorrência da transação penal.

Por fim, a colaboração — ou delação¹⁵ — premiada é o instituto de Direito Penal que premia o investigado, indiciado, acusado ou condenado, com redução ou até mesmo a liberação

¹⁴ “homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial”.

¹⁵ Acerca da mudança da nomenclatura utilizada, “é perceptível que o abandono do termo ‘delação’ nada mais representa que verdadeira burla de etiquetas no qual objetiva-se dar uma visão mais positiva e menos pejorativa do instituto (como se isso fosse possível), a fim de que o agente passe a ser visto como um colaborador da justiça e não como um traidor” (OSÓRIO, 2016, p. 155).

da pena em razão da confissão e auxílio nos procedimentos persecutórios, ressaltando que essa ajuda deve ser voluntária (BITTAR, 2011, p. 5). Assim como nos demais institutos, a Lei n. 12.850/13 exige a presença de advogado em todos os atos de negociação, confirmação e execução da colaboração.

Diferente da transação penal, da composição dos danos civis e da suspensão condicional do processo, na colaboração premiada há a necessidade de um processo criminal, de modo que o instituto tem finalidade probatória. A colaboração foi amplamente utilizada no Brasil na denominada “operação Lava Jato”¹⁶. Entretanto, essa forma de produção de provas é extremamente criticada por parte da doutrina, vez que se argumenta a grave infração ao devido processo legal¹⁷.

Como veremos adiante, dentre todos os institutos mencionados, o acordo de não persecução penal se assemelha mais à transação penal, mas há entre eles uma grande diferença: o ANPP, além de ter uma abrangência maior, exige a confissão formal do acusado. Estamos diante de um caso que exige, portanto, ainda mais atenção em relação aos possíveis efeitos da aplicação da justiça consensual no Brasil.

3.1.2.1 As Resoluções do CNMP n. 181/17 e n. 183/18

O ANPP é um ajuste obrigacional firmado entre o Ministério Público e a pessoa investigada, devendo passar por homologação judicial e tendo por escopo evitar a deflagração de uma ação penal. Mediante o atendimento aos requisitos fixados em lei, o investigado aceita cumprir condições mais brandas do que a sanção penal aplicável ao crime supostamente praticado.

O instituto foi criado em 2017 pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) por meio da Resolução 181/17, que foi alterada pela Resolução 183/18 e definiu as bases para edição do artigo 28-A do Código de Processo Penal promovida pela Lei n. 13.964/19, popularmente conhecida como “pacote anticrime”. O CNMP editou a Resolução 181/17 após o STF, ao negar provimento ao Recurso Extraordinário n. 593.727 (BRASIL, 2015a), fixar tese

¹⁶ Cf. JARDIM, Afrânio Silva. O ex-presidente Lula é condenado por um órgão jurisdicional incompetente. Equívocos em relação à competência do juiz Sergio Moro na chamada Operação Lava-Jato. In: Caroline PRONER et al. (Org.). *COMENTÁRIOS a uma sentença anunciada: o processo Lula*. Bauru: Canal 6, 2017. 542 p., 23 cm. (Projeto editorial Praxis). ISBN 978-85-7917-439-1. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=152029. Acesso em: 25 nov. 2020. p. 29-32.

¹⁷ Cf. RODRIGUES, Paulo Gustavo. A convicção contextualizada e a verdade negociada no processo penal: desmistificando a confissão como elemento de convencimento pleno do julgador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. Porto Alegre, vol. 3, n. 1, jan/abr. 2017, p. 123.

em repercussão geral no sentido de que o “Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado”.

Assim, a Resolução 181/17 foi editada no contexto em que o STF havia acabado de reconhecer o poder investigatório do Ministério Público. Todavia, a resolução do CNMP ensejou grande discussão acerca de sua constitucionalidade, especialmente no que se refere à ADI n. 5790, promovida pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), e ADI n. 5793, promovida pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

A AMB (BRASIL, 2017a) arguiu a incompetência do CNMP para dispor sobre a disciplina do “procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público” até então não previsto em lei. Para além disso, a organização frisou que a resolução do CNMP não se restringiu a dispor sobre a referida disciplina, tendo também criado uma solução para o excessivo número de processos penais, desperdício de recursos e mora da prestação jurisdicional: o acordo de não persecução penal. Segundo a instituição, tal prática violou a constituição de modo formal e material.

A alegação de violação formal ao texto constitucional tem como fundamento o entendimento de que a Resolução implicou alterações em normas de processo penal, o que só poderia ter sido feito por meio de lei federal (CF, art. 22, I). Em termos de legislação acerca de procedimentos em matéria processual, a Constituição prevê a competência concorrente da União, aos Estados e ao Distrito Federal (CF, art. 24, XI). Assim, o CNMP, cujos poderes estão previstos no art. 130-A da Constituição, não possui legitimidade para legislar acerca de processo ou procedimento penal.

No que se refere à violação material, um dos problemas discutidos na mencionada Ação Direta de Constitucionalidade é a ausência de submissão do acordo à homologação do Poder Judiciário, vez que sequer a lei pode excluir da apreciação do Poder Judiciário a lesão ou ameaça a direito (CF, art. 5º, XXXV). Além disso, o texto constitucional proíbe a privação de bens sem que tenha havido o devido processo legal conduzido pela autoridade competente e garantidos o contraditório e a ampla defesa dos investigados (CF, art. 5º, LIII, LIV e LV).

No mesmo sentido, a OAB (BRASIL, 2017b) afirmou que a resolução extrapolou o poder regulamentar conferido ao CNMP, incorrendo na usurpação da competência privativa da União e da instituição policial, sob argumento de que a resolução, ao permitir que o Ministério Público dispense a ação penal sem o crivo do Poder Judiciário, inovou no ordenamento jurídico, extrapolando seu poder regulamentar (art. 130-A, §2, I, da CF).

Vale ressaltar que o ANPP também encontrou resistência por parte de membros do próprio Ministério Público, sendo que os Ministérios Públicos do Rio de Janeiro e de Minas Gerais chegaram inclusive a recomendar que os promotores se abstivessem de firmar o acordo. O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, por sua vez, orientou que seus membros não aplicassem a Resolução integralmente até que houvesse regulamentação do procedimento investigatório criminal por parte do Conselho Superior daquele Ministério Público. Ocorre que, posteriormente, essas frentes de oposição acabaram recuando, tendo em vista que o CNMP determinou liminarmente o cumprimento imediato da Resolução n. 181/2017 por parte de todos os Ministérios Públicos do Brasil (LIMA, 2019, p. 6).

Dessa forma, o ANPP começou a ser aplicado antes da vigência da Lei n. 13.964/19 em janeiro de 2020. Ressalte-se que dados divulgados pelo Ministério Público Federal (2020) em setembro do corrente ano demonstram que membros do referido órgão já firmaram mais de 5 mil acordos, sendo que mais de mil foram realizados até 2019, tendo como base a resolução editada pelo CNMP. Contudo, deve-se observar que a referida resolução não trazia efetivamente segurança jurídica para as partes, incluindo o acusado e os próprios órgãos de acusação, por se tratar de norma de direito administrativo (MARTINELLI; SILVA, 2020, p. 67).

Diante do exposto, nota-se que um dos aspectos criticados na Resolução 181/17 foi a ausência de necessidade de crivo do Poder Judiciário para controle dos acordos de não persecução penal. Tal disposição foi alterada pela Resolução 183/18¹⁸, mas restaram, de modo geral, duas das principais críticas feitas ao instituto: a ausência de competência legislativa do CNMP e a violação ao devido processo legal. Em dezembro de 2019, o ANPP foi formalmente inserido no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei n. 13.964/19 que incluiu o art. 28-A no Código de Processo Penal, o que resolveu o vício de legalidade formal arguido pela AMB e OAB. Insta consignar que a referida lei praticamente manteve a redação das resoluções que a antecederam.

No que se refere à suposta violação ao devido processo legal, como veremos de forma mais detalhada no terceiro capítulo, existe grande preocupação de parte da doutrina no que toca o respeito à presunção de inocência¹⁹, ao contraditório e à ampla defesa, com ênfase na

¹⁸ A Resolução n. 183/18 previu apenas a necessidade de “apreciação judicial” (§ 4 do art. 18 da Resolução n. 181/2017 alterado pela Resolução n. 183/2018), sem exigir uma homologação, o que também foi alvo de críticas. Cf. LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, p.5-20, dez./jan. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149539. Acesso em: 11 out. 2020.

¹⁹ Cf. STEIN, Ana Carolina Filippou. O acordo de não persecução penal e a presunção de inocência. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 29-50.

discussão acerca do sistema processual penal adotado no Brasil. Ademais, é necessário pontuar que o art. 28-A do CPP ensejou pleito de inconstitucionalidade por parte da Associação Brasileira de Advogados Criminalistas (ABRACRIM) através da ADI n. 6304²⁰. Todavia, o mérito da referida ação ainda não foi analisado pelo STF, de maneira que o ANPP está integralmente em vigor.

3.2 O REGRAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O acordo de não persecução penal, previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, entrou em vigor em janeiro de 2020. A lei que promoveu a alteração do código ficou popularmente conhecida como ‘pacote anticrime’ e ensejou grande debate doutrinário e jurisprudencial. Cumpre salientar que, no Projeto de lei n. 10.372/2018, que deu origem à Lei n. 13.964/2019, diante do grande contingente populacional nas prisões, houve menção à necessidade de limitar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada (BRASIL, 2018).

Nesse contexto, o acordo de não persecução penal foi apontado como instituto que visa a garantir “a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento e buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves”. Desse modo, os magistrados poderão dedicar mais tempo ao “combate à criminalidade organizada”, possibilitando o alcance de “maior eficiência nos julgamentos” (BRASIL, 2018).

Assim sendo, a busca por uma forma de punição mais célere e eficaz é claramente um dos propósitos do acordo de não persecução penal. Além disso, nota-se a necessidade de adotar o mecanismo como forma de ‘desafogar’ o judiciário, para que assim seja possível agir de modo mais eficiente contra a criminalidade organizada. Dessa maneira, a justificativa do acordo de não persecução penal induz que o instituto foi realmente idealizado para que o sistema penal pudesse punir mais e “melhor”.

²⁰ A ABRACRIM alega, dentre outras questões, que o ANPP cria “uma ‘desjurisdicionalização’ de demandas penais graves”, o que pode implicar na renúncia do dever constitucional de garantia da ordem pública e de proteção de bens jurídicos tutelados, além de demonstrar “certa despreocupação com a finalidade retributiva da pena”. Demais disso, o ANPP deslocaria o poder jurisdicional para o Ministério Público, violando o devido processo legal (BRASIL, 2020b).

3.2.1 Requisitos para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal

Para realização do ANPP, exige-se, cumulativamente, o preenchimento de seis requisitos²¹: (1) existência de procedimento investigatório; (2) não ser caso de arquivamento dos autos; (3) se tratar de delito cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos; (4) que o delito tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; (5) que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; (6) que tenha havido confissão formal do investigado.

Primeiramente, deve-se aferir o cabimento do ANPP a partir da existência de um procedimento investigatório prévio (1). A definição legal do inquérito policial pode ser obtida a partir da interpretação dos artigos 4º e 6º do CPP, no sentido de que é "a atividade desenvolvida pela Polícia Judicial com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria" (LOPES JR., 2001, p. 31). Saliente-se que o art. 27 da Lei n. 13.869/19 prevê como crime a instauração de inquérito sem a existência de qualquer indício da prática do crime. Findo o procedimento investigatório, deve haver indícios suficientes de materialidade e autoria do delito (justa causa) para fundamentar uma denúncia, vez que o segundo requisito para oferecimento do acordo é não ser caso de arquivamento dos autos (2).

Este requisito gera um pouco de receio em relação à sua aplicação prática, tendo em vista a experiência dos Juizados Especiais Criminais. Nesse sentido, como o arquivamento é fator impeditivo do ANPP, há a possibilidade dos acordos implicarem na diminuição da quantidade de pedidos de arquivamento, porque, apesar deste requisito também estar presente na transação penal, na prática, o acordo é oferecido com base em arcabouços probatórios que não sustentariam uma denúncia²².

Assim, como a consequência do oferecimento do acordo é, teoricamente, menos gravosa do que a da denúncia, supõe-se que o *parquet* se sente mais livre para flexibilizar os critérios de arquivamento. Além disso, a ausência de análise prévia do acordo por parte do Poder Judiciário também pode interferir na quantidade de pedidos de arquivamento. Ou seja, diferente do que ocorre no processo criminal, onde o juiz deve receber a denúncia para que o réu seja

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: [...]”.

²² Cf. WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei no 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; Carvalho, Salo de. (Org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 37-38.

intimado, nos acordos penais a análise do magistrado acontece apenas após o término das tratativas entre o suposto autor do fato e o Ministério Público, de modo que o promotor prescinde do crivo judicial para oferecer o acordo.

A situação é complexa porque, no processo judicial, a análise que determina o recebimento ou não da denúncia é feita com base nos autos da investigação e na exordial acusatória. Caso esses documentos não apresentem elementos suficientes que indiquem autoria e materialidade, a rejeição da denúncia pode implicar arquivamento. Por outro lado, no caso dos acordos penais, a validade do procedimento é aferida com fundamento no procedimento investigatório e em um documento que atesta que o investigado assumiu a responsabilidade pela prática do delito perante o Ministério Público, o que, sem dúvida, será levado em consideração como indício da prática delitiva.

Como apontou a ABRACRIM, na propositura da ADI n. 6304:

A questão mais grave reside no excessivo “poder jurisdicional” atribuído ao Parquet e no risco de, mais que provável, essa “proposta de acordo” possa recair sobre **fatos não tipificados como crime** [...]. Pode ocorrer, *mutatis mutandis*, assim como acontece, muitas vezes, com denúncias oferecidas e não recebidas porque o fato imputado não constitui crime. Mas, nesses casos de denúncias sem justa causa, por sorte, ainda há a presença do Juiz para rejeitá-las, o que demanda mais cuidado do Parquet em ofertá-las, nessas situações, algo que não haverá na “proposta de acordo de não persecução penal”. Por outro lado, **o fato de necessitar de posterior homologação judicial não supre o risco apontado, porque o magistrado receberá tudo formalizado e acordo já firmado pelo investigado**. Nesse caso de homologação não demanda exame mais rigoroso sobre a tipificação dos fatos, facilitando que ela ocorra, inclusive, em casos não tipificados como crime. [...] nesses 15 dias de *vacatio legis* já tivemos informação da ocorrência de dois casos propostos “de não persecução penal” sobre fatos que não constituem crimes, um deles no Paraná. (*grifos nossos*) (BRASIL, 2020b, p. 26-27).

No que diz respeito propriamente ao delito supostamente cometido, exige-se que se trate de crime cuja pena mínima seja inferior a 4 (quatro) anos (3). O *quantum* de pena exigido para firmar o acordo foi alvo de crítica na mencionada ADI n. 6304 (BRASIL, 2020b, p. 19), sob a argumentação de que, sem dúvida, essa “tese insustentável” decorreu possivelmente de um “equivoco hermenêutico”, pois atingiria cerca de 95% dos crimes tipificados no Código Penal e ultrapassaria as “hipóteses em que a pena aplicável equivaleria às conhecidas medidas alternativas (penas alternativas), como se chegou a comentar, apressadamente, na Revista Conjur”.

Acontece que a análise feita na referida peça²³ não levou em consideração a exigência de que o crime tenha sido cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa (4)²⁴, o que diminui a abrangência do ANPP. Além disso, ao analisar conjuntamente todos os requisitos previstos no art. 28-A, a aplicação do acordo atinge, de fato, casos que ensejariam a aplicação das penas alternativas, diferente do que foi alegado pela ABRACRIM.

Conforme consta no art. 44 do Código Penal, as penas restritivas de direitos substituem as privativas de liberdade quando esta não for superior a quatro anos e o crime tiver sido cometido sem violência ou grave ameaça, não sendo o réu reincidente em crime doloso e a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Nesse contexto, diante dos requisitos exigidos para que se possa firmar o ANPP, é possível inferir que, não raro, a sentença condenatória atribuiria pena privativa de liberdade no mínimo legal, sendo, portanto, inferior a quatro anos, o que ensejaria a substituição por restritiva de direito. Assim sendo, concluímos que o acordo de não persecução penal, da mesma forma que a transação penal, não visa ao desencarceramento, haja vista que o instituto atinge delitos que, sob as condições impostas pelo próprio dispositivo, já não gerariam encarceramento em caso de processo.

Ademais, ainda no que se refere ao *quantum* de pena, o parágrafo primeiro do art. 28-A do CPP²⁵ dispõe que as causas de aumento e diminuição devem ser levadas em consideração para aferição da pena mínima cominada ao delito. Neste ponto, é importante salientar que a função do promotor não é definir concretamente a pena da infração supostamente cometida, mas apenas estipular o alcance mínimo de pena em abstrato. Ou seja, as causas de aumento

²³ Conforme consta na ADI n. 6304: “mantida a limitação legal, passem Excelências, como previsto no novo texto legal (pena mínima cominada inferior a quatro anos), tem uma abrangência absurda, repetindo, atinge mais de 95% (noventa cinco por cento) dos crimes tipificados no Código Penal, v. g., os crimes contra a vida, suicídio e automutilação (art. 122), infanticídio (123), aborto (arts. 124 a 126, parágrafo único), pois, todos esses crimes contra a vida (com exceção do homicídio doloso) têm pena mínima cominada inferior a 4 (quatro anos) de prisão.” (BRASIL, 2020b, p. 27). Assim, nota-se que a exigência de que o crime tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça não foi levada em consideração na crítica formulada pela ABRACRIM.

²⁴ Ressalte-se que o legislador não fez diferença entre os crimes praticados em modalidade dolosa e culposa. Entretanto, de acordo com o Enunciado 23 do GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores de Apoio Criminal): “É cabível o acordo de não persecução penal nos crimes culposos com resultado violento, uma vez que nos delitos desta natureza a conduta consiste na violação de um dever de cuidado objetivo por negligência, imperícia ou imprudência, cujo resultado é involuntário, não desejado e nem aceito pela agente, apesar de previsível.”

²⁵ “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.”

devem ser valoradas em sua fração mínima e as causas de diminuição, por outro lado, precisam ser aplicadas em sua fração máxima²⁶.

No caso dos crimes cometidos em concurso material ou em continuidade delitiva, apesar da ausência de previsão legal, a pena mínima cominada pode ser obtida a partir do somatório ou da incidência da majorante²⁷, utilizando-se por analogia as Súmulas 723²⁸ e 243²⁹, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Caso a pena mínima final seja inferior a quatro anos, o ANPP pode ser aplicado independentemente da existência de mais de um crime. Todavia, caso a pena ultrapasse este limite, há quem defenda a possibilidade de oferecimento de acordo apenas para os delitos que preenchem os requisitos legais, utilizando o art. 119 do Código Penal³⁰ por analogia (BEM, 2020, p. 229). Nesse sentido, o investigado poderia firmar um acordo apenas para parte dos delitos investigados, devendo responder um processo em relação aos outros.

Além de exigir que o delito tenha sido praticado sem violência ou grave ameaça e cuja pena mínima seja inferior a quatro anos, o art. 28-A do CPP determina que o acordo deve ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime (5). Ocorre que não há qualquer parâmetro legal para determinar como essa análise deve ser feita, atribuindo poder excessivo à subjetividade do *parquet*, o que pode vir a ser considerado inconstitucional em razão da violação ao princípio da legalidade.

Por fim, o último requisito para realização do ANPP é ter havido confissão formal do investigado (6). Parte da doutrina defende que essa confissão do investigado seria mera “admissão implícita de culpa, de índole puramente moral, sem repercussão jurídica” (CUNHA, 2020, p. 129), tendo em vista que o reconhecimento da culpa só pode ser aferido mediante o devido processo legal. Todavia, esse entendimento é insuficiente para se entender os reais motivos da exigência de confissão para firmar o acordo, porque, de fato, essa confissão terá

²⁶ Cumpre ressaltar que esse dispositivo tem causado certa controvérsia em relação ao crime de tráfico de drogas, vez que o oferecimento do ANPP é possível apenas no caso do denominado “tráfico privilegiado”, tendo em vista a incidência da causa de diminuição prevista no parágrafo quarto. Na prática, todavia, o Ministério Público tem se manifestado entendendo precipitada a oferta do acordo nestes casos (BEM, 2020, p. 226).

²⁷ Cf. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n° 29.001/SC, da Quinta Turma. Relator: Min. Felix Fischer, 24 de novembro de 2003.

²⁸ “Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano.”

²⁹ “O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano.”

³⁰ “Art. 119 - No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente.”

repercussão jurídica em caso de recusa da homologação do acordo ou de descumprimento das condições impostas.

Além do preenchimento desses requisitos, o parágrafo 2 do art. 28-A do CPP³¹ prevê quatro hipóteses de vedação à realização do acordo: (a) caso seja cabível transação penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais; (b) em caso de reincidência ou se houver elementos que indiquem conduta criminal habitual; (c) caso o investigado tenha sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração com o acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; (d) na hipótese de se tratar de crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Vale ressaltar a proibição prevista no inciso II do parágrafo 2 do art. 28-A (b): “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”. Entendemos pela inconstitucionalidade desta previsão pois, em relação à reincidência, há clara violação ao princípio do *ne bis in idem*, vez que o investigado está sendo punido mais de uma vez pela mesma infração³². Já no que se refere ao final do dispositivo, estamos diante de uma disposição extremamente vaga e cuja interpretação não pode permitir que o promotor utilize inquéritos ou processos em andamento como fatores comprobatórios dessa uma suposta “conduta criminal habitual”, sob risco de violação do princípio da presunção de inocência³³, o que tornaria o trecho final do dispositivo inócuo.

Demais disso, saliente-se que, diferente do regramento trazido pela resolução do CNMP, não há qualquer vedação para proposição do ANPP para crimes hediondos ou equiparados. Assim, em analogia à Súmula 718 do STF³⁴, caso o crime hediondo ou equiparado

³¹ “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;

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;

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. [...]”.

³² Por questões de delimitação temática, não será possível aprofundar o tema. Cf. SUANNES, Adauto Alonso Silvinho. A reincidência, autêntico bis in idem. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, n. 14, p. 7, mar. 1994. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=13495. Acesso em: 6 nov. 2020.

³³ Cf. Súmula 444 do STJ. “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base.”.

³⁴ “A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.”.

atenda a todos requisitos estipulados pelo art. 28-A do CPP, a negativa do *parquet* não pode ser justificada apenas pela gravidade em abstrato do delito.

3.2.2 Condições aplicáveis

Caso os requisitos do ANPP sejam preenchidos, serão ajustadas cumulativa e alternativamente as seguintes condições³⁵: (1) reparação do dano ou restituição da coisa à vítima, exceto diante da impossibilidade de fazê-lo; (2) renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo *parquet* como instrumentos, produto ou proveito do crime; (3) prestação de 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, nos termos do art. 46 do CP; (4) pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada de acordo com o art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes àqueles supostamente lesados pelo delito; (5) ou o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Acerca da primeira condição trazida no art. 28-A do CPP, vale mencionar que Roxin (1992, p. 155-156) considera a reparação do dano uma terceira via do direito penal, ao lado da pena e da medida de segurança, em razão de possuir elementos do direito civil e do direito penal (relacionado aos fins da pena). Essa condição representa uma preocupação do legislador com a vítima do delito, mas, como aponta Goldschmidt (2018), o paralelismo entre o processo civil e o processo penal exige cautela.

O legislador excepcionou a reparação do dano ou restituição da coisa à vítima nos casos em que seja impossível fazê-lo. Essa impossibilidade pode decorrer tanto da natureza do crime,

³⁵ “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. [...]”.

quanto da incapacidade financeira do investigado. Nesta segunda hipótese, Cunha (2020, p. 131) ressalta que incumbe ao investigado a comprovação de sua hipossuficiência e, neste caso, o promotor deve analisar a conveniência de propor o cumprimento de outra condição proporcional e compatível com o delito supostamente praticado.

Nesse contexto, a referida condição pode representar, na prática, uma medida que autoriza legalmente o tratamento desigual entre os investigados, prejudicando ainda mais àqueles que apresentam vulnerabilidade econômica. Para Valente (2020, p. 359), a reparação do dano e a confissão no âmbito do ANPP “devem ser submetidos à filtragem constitucional, com a finalidade de que sejam superados os seus fundamentos utilitaristas e, com isso, assegurados os direitos fundamentais do investigado, concebendo-o como sujeito de direitos”.

Além disso, o legislador prevê outra condição de natureza patrimonial, o pagamento de prestação pecuniária, a ser estipulada de acordo com o art. 45 do CP, a entidade pública ou de interesse social indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes àqueles supostamente lesados pelo delito (4). No mesmo sentido da crítica à reparação ao dano, é necessário tentar aplicar essa exigência sem que se beneficie os investigados que possuem uma condição financeira mais vantajosa, o que, na prática, será impossível.

Por fim, o legislador previu alternativamente o cumprimento, por prazo determinado, de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (5). Esse dispositivo define que o rol do art. 28-A do CPP é apenas exemplificativo, de modo que, teoricamente, o *parquet* e o investigado podem negociar acerca das condições impostas no acordo. Entretanto, na prática, diante da manifesta disparidade de armas, não esperamos que as condições serão atribuídas mediante o consenso entre as partes.

Com base no exposto, observa-se que as condições estipuladas pelo legislador são muito similares às penas restritivas de direito. Falta saber se existe, de fato, uma diferença entre ambas ou se estamos diante de um procedimento que permite a aplicação de penas sem a exigência do devido processo legal.

3.2.3 O procedimento

Apesar de se tratar de um artigo do Código de Processo Penal, o legislador não definiu o procedimento do acordo de não persecução penal. Por conta disso, há quem defenda³⁶ que a natureza do instituto é penal material vez que o dispositivo incide na pretensão punitiva do Estado, o que pode ser observado no § 13 do art. 28-A do CPP: “Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade”.

Mesmo diante da omissão legislativa, a partir da interpretação do art. 28-A do CPP, podemos dividir o procedimento do ANPP em três etapas: fase preliminar (negociações), fase judicial (homologação) e fase executória. Na etapa negocial devemos definir os sujeitos envolvidos nas tratativas, o momento de proposição do acordo, bem como quais são os elementos necessários para seu oferecimento.

Na fase negocial, participam das tratativas obrigatoriamente o investigado, assistido por seu defensor, e o promotor³⁷. Ressalte-se que não há qualquer menção à participação da vítima nesta etapa. No que tange o momento da propositura do acordo, o ideal é que ocorra após a coleta de todos os elementos necessários para indicar autoria e materialidade do delito no bojo do procedimento investigatório e antes do oferecimento da denúncia. Em caso de recusa por parte do Ministério Público na propositura do acordo, é direito do investigado requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do Código de Processo Penal³⁸.

De acordo com Brasileiro de Lima (2020, p. 276), existe controvérsia acerca da caracterização do acordo de não persecução penal como direito subjetivo do acusado ou mera discricionariedade do Ministério Público. Para o autor, partindo da premissa de que o ANPP é um negócio jurídico extraprocessual, que deve resultar da convergência de vontades, não seria correto admitir que “se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso”. Aury Lopes Júnior (LOPES JR; JOSITA, 2020), por sua vez, defende que o ANPP é um direito público subjetivo do investigado, um

³⁶ Cf. 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 (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D’Plácido, 2020. p. 68-69.

³⁷ “Art. 28-A [...] § 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.”

³⁸ “Art. 28-A [...] § 14. 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.”

direito processual que não lhe pode ser negado pelo Ministério Público. Assim, não há consenso na doutrina acerca da existência de limitação à liberdade negocial do *parquet*.

Insta consignar que o STF³⁹ firmou entendimento no sentido que o ANPP é lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. Nesse sentido, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei n. 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia.

Na fase judicial, o Código prevê que será realizada uma audiência para que o juiz verifique a voluntariedade do investigado e a legalidade do acordo⁴⁰. Caso o magistrado considere inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo, os autos serão devolvidos para o Ministério Público para que seja reformulada a proposta⁴¹. Em caso de recusa da homologação, os autos serão devolvidos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia⁴².

Diante dessa disposição, duas questões devem ser suscitadas: (1) o que acontece se o Ministério Público discordar do magistrado? (2) como será utilizada a confissão do investigado no caso de não homologação do acordo?

Nos termos da Resolução 181/17 do CNMP, em caso de divergência entre o *parquet* e o juiz, a solução da controvérsia é de competência do órgão superior do Ministério Público (Procuradoria Geral de Justiça, na seara estadual, ou Câmara de Revisão, no âmbito da União). Entretanto, a Lei n° 13.964/19 atribuiu a competência para o Poder Judiciário, mediante interposição de recurso em sentido estrito (art. 581, XXV, CPP). Há quem afirme que a referida lei violou o sistema acusatório e a independência do órgão ministerial⁴³, mas entendemos que a não homologação do acordo não significa a imposição do dever de denunciar ao promotor, aferindo apenas a validade da negociação, o que, sem dúvida, deve ser feito pelo Poder Judiciário.

³⁹ Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n° 191464, Primeira Turma. Relator: Min. Roberto Barroso, julgado em 11 de novembro de 2020, publicado em 26 de novembro de 2020.

⁴⁰ “Art. 28-A [...] § 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.”

⁴¹ “Art. 28-A [...] § 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.”

⁴² “Art. 28-A [...] § 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.”

⁴³ Cf. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 137.

A outra questão a ser enfrentada é acerca da confissão do investigado nos acordos não homologados. Neste caso, o juiz pode entender que a proposta oferecida pelo promotor não é suficiente para reprovação e prevenção do crime e considerar a confissão do investigado como indício de autoria, mesmo de que maneira implícita, o que tornaria o acordo de não persecução penal apenas um meio de facilitação de constituição de provas para a acusação. Levando em consideração esta situação, entendemos que o Poder Judiciário deveria se limitar a não homologar o acordo apenas nos casos em que houver indícios de materialidade e autoria insuficientes ou quando as condições forem inadequadas ou abusivas, de modo a garantir a proteção do investigado.

Na eventualidade da não homologação ensejar o oferecimento de denúncia, bem como no caso de descumprimento das condições acordadas, entendemos que as tratativas do ANPP, especialmente em relação à confissão, não devem ser utilizadas como meio de prova. Como já pontuamos, a confissão do investigado não pode ser usada como “vantagem processual” sob risco de violação da necessidade de paridade de armas entre defesa e acusação (MARTINELLI, 2020, p. 314).

Caso o juiz considere o acordo válido, haverá homologação e os autos serão devolvidos ao Ministério Público para que se inicie a execução perante o juízo de execução penal⁴⁴, devendo a vítima⁴⁵ ser intimada da homologação e de seu eventual descumprimento⁴⁶. Ressalte-se que o local de execução do acordo induz a natureza de pena das condições supostamente despenalizadoras.

Na hipótese de descumprimento das condições dispostas no acordo, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia⁴⁷. Além disso, o descumprimento do ANPP também poderá ser utilizado pelo *parquet* como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo⁴⁸.

⁴⁴ “Art. 28-A [...] § 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.”

⁴⁵ Por questões de delimitação temática, não será possível aprofundar acerca do papel desempenhado pela vítima neste modelo. Todavia, é importante observar que após o processo de neutralização da vítima com o abandono do antigo modelo punitivo baseado na vingança privada, observa-se atualmente um resgate de sua importância para o Direito Penal, mas os caminhos em direção ao redescobrimto ainda são incertos (PORTUGAL, 2012, p. 129-130).

⁴⁶ “Art. 28-A [...] § 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.”

⁴⁷ “Art. 28- A [...] § 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.”

⁴⁸ “Art. 28- A [...] § 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.”

O art. 28-A do CPP não faz qualquer menção a necessidade de garantir o contraditório do investigado em caso de descumprimento do acordo. Entretanto, conforme consta no art. 5º, LV da CF⁴⁹, deve ser assegurado aos acusados em geral o exercício do contraditório. Assim, em respeito à supremacia da constituição, o descumprimento injustificado dos termos acordados deve ser aferido em sede de audiência, possibilitando o exercício da ampla defesa.

Findo procedimento com o cumprimento integral das condições do ANPP, não haverá registro para fins de antecedentes criminais⁵⁰, mas o investigado não poderá firmar outro acordo dentro do prazo de 5 (cinco) anos.

⁴⁹ “Art. 5º [...] 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;”

⁵⁰ Art. 28- A [...] § 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.”.

4 A NATUREZA JURÍDICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Diante de todo o exposto, devemos aprofundar a análise do acordo de não persecução penal para que seja possível compreender a natureza jurídica do ANPP e a legitimidade dos argumentos que permitem a expansão da justiça consensual no Brasil, principalmente, considerando a forma como o instituto é utilizado na prática forense. A partir desse aprofundamento, será possível entender se o instituto provoca a expansão ou a redução do sistema penal.

4.1 A APLICAÇÃO DO ANPP EM SALVADOR

Para compreender melhor o ANPP, foram coletados dados acerca da aplicação prática do instituto em Salvador. A análise se restringiu às varas criminais da capital soteropolitana em razão do tempo disponível para realização deste estudo e da viabilidade para coleta dos dados. A pesquisa se desenvolveu de duas formas: (1) análise de 5 audiências realizadas em duas varas criminais de Salvador; (2) envio de questionário digital para membros do Ministério Público e da Defensoria Pública atuantes em varas criminais de Salvador.

No que se refere às audiências de ANPP, no mês de setembro de 2020, foram solicitadas informações ao setor de apoio criminal do Ministério Público da Bahia (APCRIM). Servidores do referido setor tinham ciência de que alguns promotores estavam realizando audiências por vídeo chamada durante a pandemia provocada pelo Covid-19⁵¹, mas não sabiam quais eram os membros do Ministério Público estavam adotando esse procedimento. Ainda de acordo com o APCRIM, o Ministério Público da Bahia permitiu a realização de audiências presenciais a partir de outubro de 2020, mas muitos promotores decidiram postergar o retorno à realização de audiências presenciais como forma de prevenir o contágio do Covid-19.

Além disso, o APCRIM forneceu uma lista de promotores que haviam agendado audiências para outubro e novembro de 2020. Na lista constava o nome de doze promotores, mas, diante da dificuldade de acesso aos contatos desses profissionais, apenas oito foram contactados. Ao serem questionados acerca da viabilidade de realização da pesquisa, todos se mostraram receptivos, entretanto, seis promotores desmarcaram as audiências, dois deles por

⁵¹ A Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou em março de 2020 a pandemia de Covid-19, doença provocada pelo novo coronavírus (Sars-Cov-2). Cf. MOREIRA, Ardilhes; PINHEIRO, Lara. OMS declara pandemia de coronavírus. G1. 11 mar. 2020. Disponível em: <https://g1.globo.com/bemestar/coronavirus/noticia/2020/03/11/oms-declara-pandemia-de-coronavirus.ghtml>. Acesso em: 2 dez. 2020.

receio de contaminação pelo Covid-19 e os outros quatro porque os investigados não haviam sido notificados.

Assim, só foi possível assistir às audiências realizadas por dois promotores atuantes em varas criminais de Salvador. Um dos promotores agendou seis audiências em outubro de 2020, mas quatro não ocorreram em razão do não comparecimento do investigado. Em apenas um desses casos, o promotor decidiu oferecer denúncia por considerar rejeição implícita ao acordo, já nos demais casos, foi expedida nova diligência para notificar os investigados, vez que eles não haviam sido notificados pessoalmente. O outro promotor agendou sete audiências em novembro de 2020, mas quatro não ocorreram por conta do não comparecimento dos investigados que não foram notificados pessoalmente.

Assim, entre outubro e novembro de 2020, foram coletados dados em cinco audiências de acordo de não persecução penal realizadas por dois promotores de varas criminais de Salvador. Como será trabalhado no tópico abaixo, em todas as audiências assistidas o acordo foi firmado. Insta consignar que a coleta dos dados ocorreu através de um roteiro para realização da observação (Apêndice A), o que foi utilizado apenas para anotações da pesquisadora.

Além disso, com o objetivo de entender a visão interna dos profissionais que atuam nas audiências de ANPP, foram feitas entrevistas com membros do Ministério Público e da Defensoria Pública que atuam nas varas criminais de Salvador por meio de formulário digital (Apêndice B). Os formulários foram encaminhados à todos os profissionais pelo Centro de Apoio Operacional Criminal do Ministério Público do Estado da Bahia (CAOCRIM) e pela Coordenadoria da Especializada Criminal e de Execução Penal da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Ao todo, foram entrevistados trinta profissionais. Faz-se necessário esclarecer que os membros da OAB/BA e do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia não participaram da coleta apenas por motivos de delimitação da pesquisa em razão do tempo disponível e da operacionalidade para o envio do formulário.

4.1.1 Audiências de ANPP em Salvador

Insta consignar que os dados coletados nas cinco audiências serão trabalhados de maneira que não seja possível identificar quaisquer dos sujeitos envolvidos nas tratativas. Ademais, não foi possível conseguir acesso ao prosseguimento do acordo na fase judicial (homologação) e na etapa de execução no juízo de execução penal, de modo que a análise desta pesquisa se restringiu apenas às negociações.

Primeiramente, em relação aos participantes das audiências, todos investigados, três homens e duas mulheres, estavam assistidos por advogados. Acerca das profissões exercidas, havia um bancário, um segurança, uma professora e os outros dois estavam desempregados, sendo que um deles havia perdido o emprego por conta do delito supostamente cometido. No que se refere aos delitos indiciados, três investigados foram indiciados pelo artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro (embriaguez ao volante), um pelo artigo 155 do Código Penal (furto) e o outro pelo art. 14 da Lei n. 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido).

No que tange ao procedimento adotado pelos promotores, duas questões chamam atenção: a forma como o requisito da confissão foi tratado e o entendimento acerca das condições dispostas no acordo.

Na visão de um dos promotores, a interpretação da confissão para realização do acordo de não persecução penal deveria ser restrita, buscando evitar eventual prejuízo ao investigado. Desse modo, não foi feito novo interrogatório na audiência, constando no termo do acordo apenas que os investigados confessavam a prática do delito indicado no termo. Nesse sentido, o *parquet* não buscou constituir novas provas por meio da confissão do ANPP para obter qualquer “vantagem processual” em caso de não homologação do acordo ou de descumprimento das condições.

Nas audiências conduzidas pelo outro promotor, por outro lado, os investigados foram efetivamente interrogados acerca dos fatos apurados. A confissão obtida foi redigida e anexada ao acordo. Nesse contexto, ficou clara a existência de uma coação inerente a busca pela “verdade”. Ressalte-se que em momento algum o *parquet* forçou qualquer declaração dos sujeitos interrogados, mas houve uma pressão implícita para que os mesmos confirmassem o depoimento das testemunhas policiais, tendo em vista o risco de oferecimento de denúncia.

A existência dessa coação é evidente diante do medo que todos investigados demonstraram da possibilidade de responder a um processo criminal. Em todas as audiências nas quais o investigado foi submetido a interrogatório, houve, em um primeiro momento, negação de partes dos testemunhos policiais, o que posteriormente sofreu, ao menos parcialmente, retratação, por conta da possibilidade de cancelamento do acordo.

Em relação às condições, um dos promotores adotou o entendimento de que o legislador impôs o cumprimento de todas as condições dispostas nos incisos do § 2 do art. 28-A do CPP, de modo que quatro condições foram impostas aos investigados. O outro promotor, por sua vez, adotou entendimento diverso, aplicando apenas uma condição e, durante as tratativas, chegou-

se ao consenso de que a prestação pecuniária era a condição mais adequada para cumprimento durante a pandemia.

As prestações pecuniárias arbitradas variaram em valores de até um salário mínimo, sem parcelas (dois casos), entre um salário mínimo e R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), em quatro parcelas (um caso) e entre R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e R\$ 7.000,00 (sete mil reais), entre seis e sete parcelas (dois casos). No que se refere às condições de prestação de serviços à comunidade, o tempo de cumprimento foi correspondente à pena mínima cominada ao delito, diminuída de dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Código Penal.

Por fim, o que se notou em todas as audiências assistidas é que não há efetivamente um espaço para realização de uma verdadeira negociação entre as partes acordantes, pois o acordo já é redigido antes mesmo da audiência. Mesmo no que se refere aos acordos firmados com apenas uma das condições previstas no art. 28-A do CPP, a abrangência da negociação se limitou à escolha da condição e à quantidade de parcelas, mas não houve espaço para debater a quantia a ser paga, o que demonstra a disparidade de armas entre as partes, sempre prevalecendo o interesse do Ministério Público.

4.1.2 As impressões do Ministério Público e da Defensoria Pública sobre o ANPP

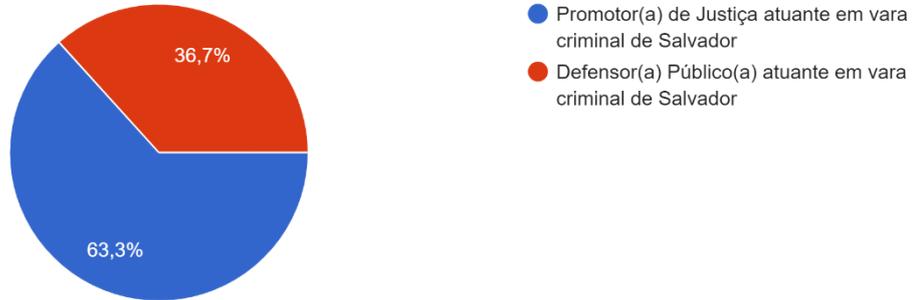
Por se tratar de um instituto recente no ordenamento brasileiro, é difícil analisar suas consequências práticas. Em razão disso, para além da análise das audiências, foi enviado um questionário para todos os membros do Ministério Público e da Defensoria Pública que atuam nas varas criminais de Salvador por meio de formulário digital (Apêndice B).

Ao todo, trinta profissionais participaram da pesquisa, dezenove promotores (63,3%) e onze defensores públicos (36,7%) responderam ao questionário.

Gráfico 1 — Qual sua profissão?

Qual sua profissão?

30 respostas



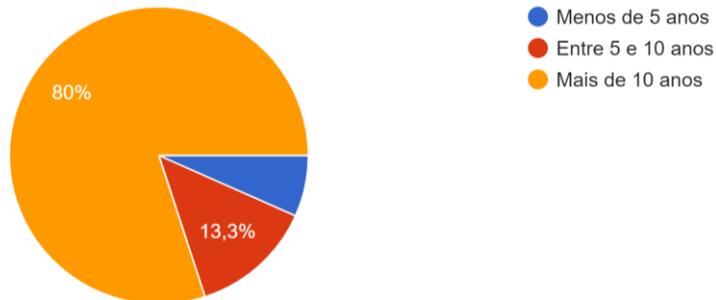
Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Dentre esses profissionais, vinte e quatro estão atuando na área criminal há mais de dez anos, quatro têm entre cinco e dez anos de exercício na função e dois possuem menos cinco anos de profissão.

Gráfico 2 — Há quanto tempo o(a) senhor(a) exerce sua profissão na área criminal?

Há quanto tempo o(a) senhor(a) exerce sua profissão na área criminal?

30 respostas



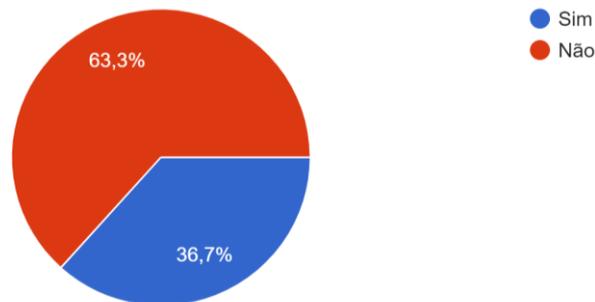
Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Ressalte-se que apenas onze (36,7%) dos entrevistados já realizaram audiências de ANPP.

Gráfico 3 — O(A) senhor(a) já participou de alguma audiência de ANPP?

O(A) senhor(a) já participou de alguma audiência de ANPP?

30 respostas



Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

A partir da análise das respostas desses profissionais, objetiva-se entender a visão interna daqueles que atuam no sistema penal. Os dados obtidos por meio do formulário (Apêndice B) serão analisados ao longo deste capítulo, em conjunto à todas as reflexões críticas desenvolvidas neste estudo. Insta consignar que as respostas escritas serão reproduzidas integralmente sem qualquer alteração.

4.2 ENTRE A CELERIDADE E A RENÚNCIA AO DEVIDO PROCESSO

Na concepção de 56,7% dos entrevistados (quinze promotores e dois defensores), a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o investigado porque “evita transtorno da tramitação de uma ação penal” (promotor 1), não gera antecedentes criminais, nem pena privativa de liberdade (defensor 1, promotores 2 e 3) e “possibilitará maior celeridade aos processos e as punições poderão ser mais equilibradas, levando-se em consideração o caso concreto” (promotor 4), além de configurar “mais uma estratégia de defesa” (promotor 5) que visa “influir no desencarceramento e como medida mais benéfica ao acusado” (defensor 2).

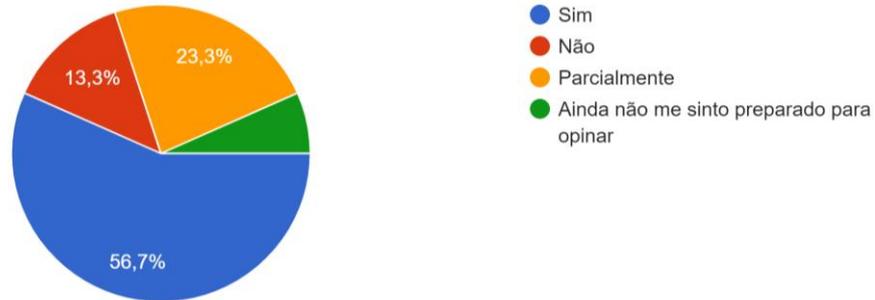
Para outros 36,6% dos profissionais (quatro promotores e sete defensores), por outro lado, o ANPP é negativo ou parcialmente negativo para o investigado porque o “nosso sistema de cunho inquisitório não está preparado para a justiça negocial” (defensor 3) e o instituto “oferece um benefício muito pequeno comparado à renúncia ao devido processo penal” (defensor 4). Ademais, “o fato de exigir confissão é prejudicial” (defensor 5) e o instituto “pode prejudicar o investigado em algumas situações, uma vez que muitos se sentem compelidos a

aceitar o acordo para ‘resolver’ a situação” (defensor 6), de modo que “o investigado se vê forçado a aceitar um acordo por medo, sem que necessariamente ele seja culpado” (defensor 7).

Gráfico 4 — Na sua concepção, a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o investigado?

Na sua concepção, a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o investigado?

30 respostas



Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Ao serem questionados acerca dos objetivos do acordo de não persecução penal, a maioria dos entrevistados afirmou que o instituto visa tornar a justiça mais célere (50%). Também foram apontados como objetivos do acordo: permitir a punição dos investigados sem as garantias do processo penal (30%); reduzir o sistema penal (26,7%); tornar a justiça mais eficiente (26,7%); tornar a justiça mais eficaz (26,7%); viabilizar uma sanção mais branda para o investigado (13,3%); primar pelo sistema acusatório (13,3%); ampliar o sistema penal (10%). Esse último objetivo foi selecionado por três entrevistados, dois promotores e um defensor.

Outros objetivos elencados pelos entrevistados foram “reduzir gastos com o processamento de uma ação penal em casos que muitas vezes prescrevem sem condenação e quando há condenação as penas já seriam em regime aberto, com substituição por restritivas de direito” (defensor 1) e prestigiar a vítima, vez que a mesma tem as suas demandas rapidamente atendidas (promotor 4).

Dentre as justificativas utilizadas por aqueles que afirmaram que o ANPP visa tornar a justiça mais célere e permitir a punição dos investigados sem as garantias do processo penal foi dito que, com a implementação do acordo, “se sacrificam garantias por celeridade” (defensor 3), de modo que “não há um compromisso com a investigação, com a produção de provas por meio do contraditório. Se procura punir o mais rápido possível” (defensor 7) e “mesmo sem as mínimas provas a maioria dos membros do MP insistem pelo acordo, como também se faz na suspensão condicional do processo” (defensor 6). Nesse sentido:

Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência. (LOPES JR., 2020, n.p.).

Como vimos acima, a maioria dos profissionais (5 promotores e 10 defensores) considera que o principal objetivo do ANPP é “tornar a justiça mais célere”. Por outro lado, apenas quatro entrevistados (todos promotores) elencaram “primar pelo sistema acusatório” como um dos objetivos do acordo. A desproporção entre a escolha dos referidos objetivos coaduna com a visão de Binder (2003) acerca da dialética *eficiência-garantia*. A celeridade, nesse contexto, está relacionada à eficiência e é utilizada para designar o foco em alcançar a aplicação efetiva da sanção. Nessa perspectiva, como no modelo acusatório deve predominar a “garantia” ao invés da “eficiência”, há o indicativo de que o acordo de não persecução penal se aproxima do modelo inquisitório.

O ANPP notadamente foi influenciado pela tradição consensual estadunidense, mas existem grandes diferenças entre o sistema de justiça norte-americano e o brasileiro, sobretudo porque adotamos o *civil law*, ao passo que eles utilizam o *common law*. Há quem defenda que o *plea bargaining* é um instituto tipicamente do sistema acusatório e, por isso, compatível com a justiça estadunidense, sob argumento de que se trata de um mecanismo que visa apenas lutar contra o acúmulo de trabalho, "mas sem deixar de lado os direitos e garantias individuais, dos quais eles não abririam mão, ainda que muita gente reclame e afirme que é justo isso que estão fazendo" (COUTINHO, 2019, p. 4).

Há quem defenda, por outro lado, que o “mito adversarial” associado a certa “tradição” do *common law*, não equivale ao mundo real (TARUFFO, 2008, apud PRADO, 2015). Nessa linha, Prado (2015) afirma que, em verdade, a prática jurídica estadunidense comprova que a justiça consensual não é necessariamente de natureza acusatória, de modo que “atrelar o poder negocial, ainda que sob a forma de procedimento sumário, ao modelo acusatório importa em juntar duas coisas que não comungam a mesma identidade, tampouco precisam do mesmo ‘ar’ para viver”.

No mesmo sentido, Ferrajoli (2010, p. 690) atesta que a “negociação entre acusação e defesa é exatamente o oposto do contraditório, que é próprio do método acusatório, e reclama acima de tudo práticas persuasórias consentidas pelo segredo, na relação ímpar que é própria da inquisição”. Ainda de acordo com o autor, a tese de que a justiça consensual é essencialmente acusatória deriva de uma confusão entre o modelo teórico acusatório “e os concretos caracteres

do processo acusatório estadunidense, dos quais alguns, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm com o modelo teórico qualquer nexó lógico”.

Se considerarmos que a justiça consensual estadunidense, fonte que inspirou o ANPP, é de natureza inquisitiva, concluiremos que, necessariamente, a inserção do art. 28-A no CPP apenas reforçou a estrutura inquisitorial do nosso processo penal. Ocorre que, se partimos do pressuposto de que o sistema de acordos norte-americano é essencialmente acusatório, faz-se necessário analisar quais são os impactos do acordo de não persecução penal sistema processual brasileiro.

Nessa perspectiva, o principal problema apontado na implementação da justiça consensual no ordenamento brasileiro refere-se à inexistência de uma reforma geral do Código de Processo Penal. A importação dos institutos de natureza consensual, a exemplo do ANPP, ocorre de maneira pontual e isolada, sem implementar mecanismos inerentes ao controle de seu funcionamento no país de origem, a exemplo do *discovery*⁵².

Essa ferramenta de controle epistêmico visa assegurar uma mínima condição de equilíbrio entre acusação e defesa, impondo às partes, durante o *pre-trial*, a obrigação de revelar os elementos de prova que possuem (dever de *disclosure of evidence*), o que permite que se tenha condição de buscar provas em sentido contrário, bem como averiguar a licitude das provas obtidas (VIEIRA, 2019, p. 278).

Ainda de acordo com Vieira (2019, p. 280), a tendência de crescimento da justiça negocial no Brasil não tem sido acompanhada da discussão acerca da importação de regras de *discovery*. A natureza inquisitiva do nosso sistema processual penal "favorece o entendimento de que quanto menor for o conhecimento, por parte da defesa, das informações e provas que acusação dispõe, maior a 'eficiência' da persecução penal".

Assim sendo, mesmo que se considere a natureza acusatória do modelo de justiça consensual estadunidense, a inexistência de preocupação com a disparidade de armas entre defesa e acusação no Brasil evidenciam o caráter essencialmente inquisitivo do acordo de não persecução penal. Não há qualquer espaço para negociação, prevalecendo sempre o interesse do Ministério Público.

Na prática, o promotor acaba por exercer as funções de acusação e de julgamento porque, além de não haver qualquer regramento para controlar o poder do Ministério Público nas negociações, a tendência é de que o juiz homologue o acordo nos termos fixados pelo

⁵² A regulação do *discovery* está prevista nas denominadas *Federal Rules of Criminal Procedure*. Disponível em: <https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp>. Acesso em: 25 nov. 2020.

promotor. Essa expectativa de que o Poder Judiciário irá convalidar os atos do Ministério Público se justifica na concordância usual entre os órgãos de acusação e de julgamento nos processos judiciais. Ou seja, da mesma forma que o juiz tende a proferir sentenças de acordo com os memoriais da acusação, há o receio de que a homologação será a regra no caso do ANPP, independentemente da existência de circunstâncias legalmente controversas.

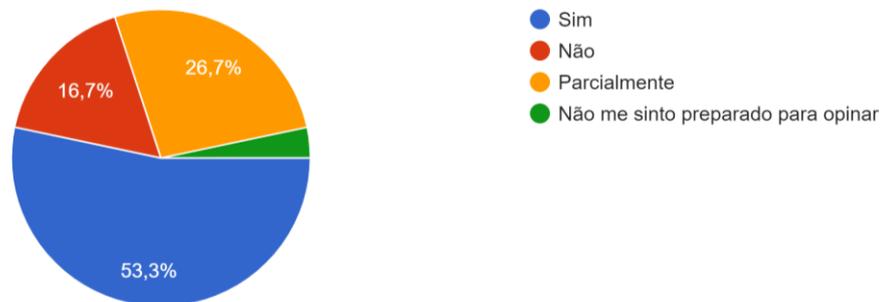
Diante da junção das funções de julgamento e de acusação, defendemos que o acordo de não persecução penal possui natureza inquisitória, reforçando a estrutura inquisitiva do processo penal brasileiro.

4.3 A FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS PROCESSUAIS

Como vimos, de acordo com 30% dos entrevistados (dois promotores e sete defensores), o ANPP objetiva permitir a punição dos investigados sem o respeito às garantias do processo penal. Em relação à autonomia da vontade dos investigados nos acordos penais, 43,4% dos entrevistados (três promotores e dez defensores) acredita que não há ou que é parcial.

Gráfico 5 — Na sua opinião, existe autonomia da vontade do investigado nos acordos penais?

Na sua opinião, existe autonomia da vontade do investigado nos acordos penais?
30 respostas



Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Segundo os entrevistados, a existência de uma autonomia da vontade parcial dos investigados nos acordos penais, ocorre porque ao analisar “o grau de instrução, situação de vulnerabilidade social e econômica da maioria dos investigados [...] e no contexto de seletividade penal de classe e de raça em que está inserida a justiça criminal não é possível se considerar que haja uma autonomia da vontade” (defensor 8), de modo que “em razão da coação consistente no prosseguimento da ação penal” (defensor 1) muitos investigados “acabam aceitando, mesmo sabendo serem inocentes” (defensor 6). Além disso, a questão da disparidade de armas entre as partes acordantes foi suscitada por dois dos entrevistados “porque autonomia

pressupõe liberdade, igualdade de condições, exatamente o que o investigado não possui” (defensor 7).

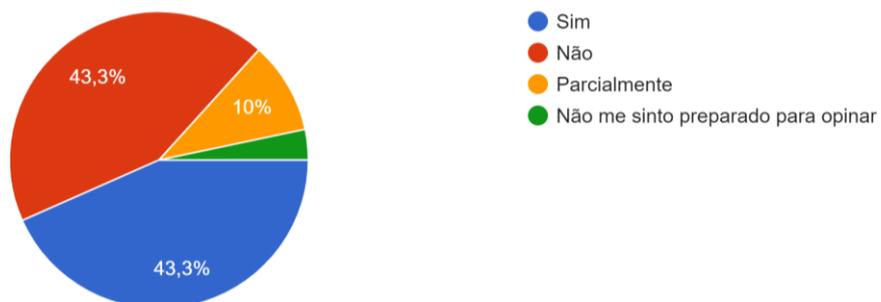
Dentre os entrevistados que defenderam a existência de autonomia da vontade dos investigados nos acordos, quinze eram promotores e um era defensor. Um dos argumentos utilizados para fundamentar esse entendimento foi a exigência de assistência jurídica aos investigados durante as negociações, no sentido de que os mesmos “recebem orientação de um Advogado q [sic] esclarece consequências do acordo em vista do quanto apurado na investigação” (promotor 1).

No que se refere à prisão processual, 53,3% dos entrevistados (cinco promotores e onze defensores) acreditam que há prejuízo parcial ou integral à livre manifestação do investigado porque “alguém que está privado do exercício desse direito básico estará claramente inclinado a assumir responsabilidade criminal por fatos que não são de sua autoria de modo a imediatamente ter restituída sua liberdade” (defensor 8).

Em contrapartida, dentre aqueles que afirmaram que a prisão processual não prejudica a livre manifestação do investigado (todos promotores), afirmou-se que: “olhando o sistema nacional a prisão segue sendo ‘o privilégio’ de pretos, pobres e dos que não tem bons advogados. Ou seja, o ANPP vai proporcionar ainda que em tese a escuta pelo sistema acusatório no caso o MP bem como com a defensoria pública de imediato” (promotor 6). Nota-se que, dentre os promotores de justiça, o ANPP é majoritariamente entendido como um instituto benéfico ao réu e de natureza acusatória.

Gráfico 6 — Na sua concepção, a prisão processual prejudica a livre manifestação do investigado?

Na sua concepção, a prisão processual prejudica a livre manifestação do investigado?
30 respostas



Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Ainda sobre este tema, vale ressaltar que membros da Defensoria Pública pontuaram que “muitas vezes usa-se a prisão para conseguir confissão ou algo semelhante” (defensor 6), o que

“desconsidera a presuncao de inocencia [sic]” (defensor 9). Essas alegações ensejam o debate acerca da utilização da confissão obtida no acordo de não persecução penal, com ênfase no (des)respeito à presunção de inocência.

4.3.1 A presunção de inocência e a (ir)relevância da confissão no ANPP

Como aponta Ferrer Beltrán (2018), a presunção de inocência pode ser analisada a partir de duas dimensões: extraprocessual e processual. Na primeira perspectiva, a presunção de inocência tem efeito sob o poder sancionador do Estado e nas relações entre particulares, com ênfase na mídia, funcionando como um limite à forma como as notícias são divulgadas.

No âmbito processual, por sua vez, a presunção de inocência serve como princípio informador do processo penal, no sentido de que é a base de todo procedimento criminal, funcionando como limite ao legislador e às interpretações das normas. A condição de presumidamente inocente corresponde ainda a uma regra de tratamento processual, de modo que a pessoa investigada deve ser tratada como inocente durante todo o processo. Por fim, a presunção de inocência é regra probatória e de julgamento, ou seja, exige-se o respeito de todas as garantias processuais previstas no ordenamento jurídico e, em caso de dúvida, impõe-se a absolvição (BELTRÁN, 2018).

Para Giacomolli (2014, p. 99) se trata, em verdade, de um “estado de inocência” que produz seus efeitos no âmbito processual e extraprocessual, proibindo “formas de tratamento como se o sujeito já estivesse condenado”, incluindo também a prática de atos de investigação, ressaltando que a “presunção de inocência transcende ao plano abstrato, efetivando-se na exteriorização das formas de tratamento dadas ao sujeito”.

No âmbito do acordo de não persecução penal, se considerarmos que existe alguma possibilidade de respeito ao princípio da presunção de inocência, é necessário pontuar que o mesmo está condicionado à valoração da confissão do investigado. Ou seja, é preciso aplicar o art. 197 do Código de Processo Penal⁵³ no ambiente extraprocessual, garantindo que a confissão será valorada levando em consideração os demais elementos de autoria e materialidade. Nesse sentido, diante da ausência de indícios que fundamentem o oferecimento de denúncia, o promotor não deve oferecer um acordo para obter confissão na tentativa de fundamentar a intervenção penal. Nestes casos, impõe-se o arquivamento dos autos.

⁵³ “Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.”.

Todavia, com base em todos os argumentos até então expostos, há o receio de que os investigados, após indiciamento pela autoridade policial, sejam considerados presumidamente culpados, independentemente do arcabouço probatório colacionado. Assim, a confissão dos investigados seria utilizada para fundamentar o não arquivamento dos autos, justificando o injustificável — a aplicação de penas sem o devido processo legal e sem indícios de autoria e materialidade do delito.

Como o ANPP consiste em um procedimento abreviado, a ausência do devido processo legal impede a aferição de culpa. Por conta disso, há quem defenda que a confissão do investigado em sede de acordo de não persecução penal implica apenas assunção de responsabilidade pelo delito, sem determinar a culpabilidade⁵⁴. Entretanto, essa perspectiva não é suficiente para entender os motivos de inserção do requisito da confissão no art. 28-A do CPP.

Para Cabral (2020, p. 275), o art. 28-A do CPP exige a confissão do investigado para efetivar a *função de garantia* e a *função processual* do ANPP. Segundo o autor, a confissão, além de garantir que o promotor, ao oferecer o acordo, não está “a praticar uma injustiça contra um inocente”, reforçando a justa causa já existente (*função de garantia*), permite também que, em caso de descumprimento do acordo, o Ministério Público tenha um “importante elemento de vantagem processual” (*função processual*).

Entretanto, como aponta Martinelli (2020, p. 314), a confissão não pode exercer uma função de garantia porque os elementos que indicam a autoria e materialidade do delito devem ser prévios ao próprio oferecimento do acordo, de modo que a existência de justa causa para realização do ANPP independe da confissão. Se esta for necessária para formar a convicção do promotor, há indicação de que a acusação não possui o arcabouço probatório mínimo.

Ainda de acordo com o autor (MARTINELLI, 2020, p. 314), em relação à denominada função processual, a “vantagem” dada ao Ministério Público representa clara violação à necessidade de paridade de armas entre acusação e defesa. Em caso de eventual processo judicial, por descumprimento injustificado do acordo ou em razão da não homologação, é preciso garantir que o processo se inicie em igualdade de condições, justamente por isso há necessidade de retirar o termo da confissão e alterar o juiz da causa. “E não se pode falar em torpeza do acusado ao não cumprir o acordo, pois o lastro probatório mínimo de culpa deve existir no momento da denúncia, com ou sem confissão”.

Assim, não existem justificativas plausíveis para a exigência da confissão como requisito para o ANPP, a não ser que se considere este procedimento como um meio de

⁵⁴ Cf. CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 129.

facilitação da produção de provas, mas é preciso questionar inclusive a validade das provas obtidas através do acordo. A confissão, por ser um ato de vontade, é essencialmente livre de qualquer coação, significando “admitir contra si, por quem seja suspeito ou acusado de um crime, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público reduzido a termo, a prática de algum fato criminoso” (BADARÓ, 2020, n.p.). Nessa perspectiva, é possível haver confissão em sede de acordo de não persecução penal?

Para haver confissão é necessário existir livre consentimento do investigado e, de acordo com Cabral (2020, p. 273), nos moldes estabelecidos para o ANPP, o acordo representa claramente uma oferta e não uma ameaça ao investigado. Segundo o autor, o livre consentimento pode ser aferido a partir da análise da proporcionalidade entre a punição e a vantagem oferecida no acordo, sendo estas proporcionais. Ou seja, a ‘ameaça de julgamento’ não configura coação, de modo que seria possível exigir a confissão como requisito para o acordo.

Por outro lado, entendemos que não é possível “considerar que a possibilidade de um processo criminal seja simples temor reverencial. Tornar-se réu de um processo, ainda que não resulte em condenação final, é uma situação desconfortável à pessoa, com consequência drásticas, dentre as quais a estigmatização” (MARTINELLI, 2020, p. 317). Assim, diante da existência de coação, a própria validade da confissão obtida no acordo deve ser questionada, sendo inadmissível sua utilização em prejuízo do réu na eventualidade de descumprimento das condições ou de não homologação do acordo.

A confissão em sede de acordo de não persecução, para além de seus impactos em caso de eventual processo judicial, também é problemática na fase pré-processual, antes mesmo do início das negociações. Nesse sentido, questiona-se qual será a relevância da confissão na delegacia para determinar o oferecimento do ANPP. Ou seja, diante da ausência de elementos consistentes da prática delitiva, apenas a confissão terá força probatória suficiente para ensejar a propositura do acordo?

No processo penal, a partir da influência cristã, a confissão assumiu a posição de rainha das provas, com a substituição do padre pelo magistrado (ROSA, 2016, p. 424). Mesmo havendo a necessidade de interpretar a confissão de acordo com os demais elementos probatórios constantes nos autos (art. 197, CP), a prática judiciária demonstra que a confissão ainda possui especial relevância na análise probatória.

Com base na experiência judicial, a expectativa é de que, não raro, a confissão, mesmo que isolada, será elemento probatório suficiente para ensejar o oferecimento do acordo de não

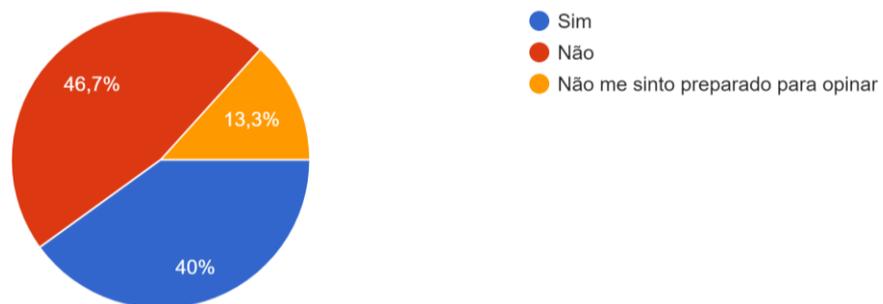
persecução penal. Acontece que, na seara extraprocessual, a utilização da confissão como “rainha das provas” é ainda mais prejudicial para o investigado, tendo em vista a inexistência do devido processo legal, com o respeito ao contraditório e à ampla defesa.

Vale ressaltar que, ao serem questionados acerca da possibilidade de interferência do ANPP na quantidade de pedidos de arquivamento, 40% dos profissionais (dez promotores e dois defensores) entrevistados afirmaram que sim “pois mesmo sem provas pode-se buscar o acordo” (defensor 6). Cumpre ressaltar que um dos defensores públicos entrevistados utilizou como exemplo um caso concreto no qual ele havia acabado “de atender uma pessoa que não cometeu crime nenhum, comprovado por laudo, e o promotor convidou para o anpp” (defensor 3), o que indica que a quantidade de pedidos de arquivamento realmente será afetada pelo acordo de não persecução penal.

Gráfico 7 — Na sua opinião, o ANPP irá interferir na quantidade de pedidos de arquivamento?

Na sua opinião, o ANPP irá interferir na quantidade de pedidos de arquivamento?

30 respostas



Fonte: Elaborado pela autora por meio de formulário digital (Apêndice B).

Como vimos neste trabalho, a experiência dos juizados especiais já aponta para diminuição dos pedidos de arquivamento em razão do oferecimento de transações penais mesmo com baixo lastro probatório. No caso do acordo de não persecução penal, a redução dos pedidos de arquivamento pode ser ainda maior por conta da exigência de confissão, que pode servir como fundamento probatório, mesmo que isolada.

Ademais, outro problema provocado pela utilização da confissão como requisito do ANPP se refere à necessidade de respeitar o art. 5º, inciso LXIII da CF⁵⁵, que prevê o direito de permanecer em silêncio. Conforme consta no art. 8º, § 2, alínea “g” da Convenção

⁵⁵ “Art. 5º [...] 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;”.

Americana de Direitos Humanos⁵⁶, durante o processo, toda pessoa tem o direito de não se declarar culpada.

O direito de permanecer em silêncio é um desdobramento da presunção de inocência e do direito de defesa. Nos termos do parágrafo único do art. 186 do CPP, “o silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa”. Nesse sentido, por se tratar de um direito, apenas o réu ou investigado pode decidir se quer ou não se pronunciar sobre os fatos controvertidos.

Nesse sentido, o direito de permanecer em silêncio envolve a inexistência de coação para que o investigado confesse. No caso do acordo de não persecução penal, a disparidade de armas entre defesa e acusação, aliada a oferta de desistência da denúncia, exerce um papel de clara coação para obter confissão, o que, sem dúvida, ofende o direito de permanecer em silêncio.

Para Langbein (1978, p. 12-14), a coação para obter confissão é inerente ao sistema consensual norte-americano. Segundo o autor, existe uma clara relação entre o *plea bargaining* e a tortura do processo penal europeu medieval. Apesar de atualmente serem utilizados métodos mais “educados”, a negociação de culpa, assim como a tortura, é coercitiva, principalmente levando em consideração o risco que envolve o exercício do direito de ir a julgamento e ser condenado a penas mais severas. Da mesma forma que a Europa medieval, os estadunidenses operam um sistema processual que envolve condenação sem julgamento, com fundamento na máxima medieval *confessio est regina probationum* (a confissão é a rainha da prova).

Assim como o *plea bargaining*, o acordo de não persecução penal, resgata a tradição do processo penal europeu medieval, supervalorizando a confissão como fator determinante para permitir a punição. Na realidade brasileira, apenas da ausência de desproporcionalidade entre as penas e as condições impostas, a estigmatização inerente ao processo penal funciona como fundamento da coação.

Diante do exposto, concluímos que a justificativa moral do ANPP serve apenas para fundamentar a existência de uma técnica de punição com melhor custo econômico e político para o Estado porque permite o exercício do poder punitivo com base na mera confissão do investigado e, em caso de descumprimento ou não homologação do acordo, há a possibilidade — inconstitucional — de utilização dessa confissão como meio de prova, atribuindo vantagem processual para o Ministério Público.

⁵⁶ “Art. 8º [...] g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;”.

4.3.2 A aplicação de pena sem o devido processo legal

Para aferir se o acordo de não persecução penal gera aplicação de pena sem o devido processo legal, é necessário verificar se o instituto implica a condenação do investigado ao cumprimento de pena sem o respeito às garantias inerentes ao devido processo legal. Em relação às *condições* previstas no art. 28-A do CPP, nota-se que há grande semelhança com as penas restritivas de direitos, dispostas no art. 43, incisos I e IV, e com os efeitos da condenação, conforme art. 91, incisos I e II, alíneas ‘a’ e ‘b’, ambos do Código Penal. Ressalte-se ainda que as condições do ANPP, assim como as penas restritivas de direitos, são executadas no juízo de execução penal.

Assim, apesar das “condições” serem taxadas como penas e consequências da prolação de sentença condenatória em outros dispositivos do CP, o legislador optou, não por acaso, pela utilização de um termo com conotação mais branda. “A natureza jurídica das sanções previstas no ANPP é de *pena*, a despeito do nome que a elas se dê (medida, condição, etc.)” (FRANCO, 2020, p. 435).

A principal diferença entre as condições do ANPP e os mencionados dispositivos reside no processo que antecede a imposição da sanção. Para firmar o acordo de não persecução penal adota-se um procedimento abreviado, cuja aplicação provoca a mitigação dos princípios inerentes ao devido processo legal, sobretudo a presunção de inocência, a ampla defesa e contraditório.

A condenação ao cumprimento de pena exige o reconhecimento de culpa e, conforme consta no art. 5º, inciso LVII da CF, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. Assim, só pode haver reconhecimento de culpa mediante a prolação de sentença penal condenatória, o que exige o respeito ao devido processo legal.

Por se tratar de um procedimento abreviado, teoricamente, há a prolação de sentença meramente homologatória e, por conta disso, a utilização do termo “pena” ao invés de “condição” implicaria manifesta inconstitucionalidade do dispositivo. Há, portanto, um interesse político na distinção entre penas e condições, mas, tecnicamente, essa diferença é inexistente, de modo que, na prática, a sentença do acordo de não persecução penal é de natureza condenatória e impõe o cumprimento de pena.

Diante do exposto, há completa incompatibilidade do ANPP com o sistema processual penal formal. De acordo com ordenamento jurídico, seria impossível reconhecer a culpabilidade

de um investigado na fase pré-processual e, sem o reconhecimento de culpa, não poderia haver prolação de sentença penal condenatória.

Por estar à margem do sistema penal formal, o ANPP integra o sistema penal subterrâneo ou paralelo, permitindo a aplicação de penas sem o devido processo legal. Desta maneira, esse instituto viabiliza o controle social através do exercício do poder punitivo, mesmo sem se submeter ao regramento e às garantias impostas à tutela penal formal. A inserção do art. 28-A do CPP representa clara violação aos princípios da legalidade penal e processual.

4.4 O ANPP COMO FATOR QUE AMPLIA O SISTEMA PENAL

Diante de todos os dados explorados neste capítulo, o ANPP pode ser visto como um instrumento que legitima e expande o sistema penal?

O acordo de não persecução penal, assim como a transação penal, é taxado, por vezes, como um instituto despenalizador. A despenalização tem como consequência necessária a redução do sistema penal, a exemplo do processo de descriminalização, quando uma conduta deixa de configurar uma ofensa a bem jurídico.

Ocorre que o ANPP provoca a despenalização apenas em teoria, tendo em vista que, na prática, apesar da utilização do termo “condições”, há a aplicação de penas. A diferença da justiça consensual é que a condenação do investigado acontece de maneira simplificada, tornando o processo mais célere e eficiente.

Um dos principais argumentos para defesa do ANPP é a impossibilidade de gerar pena privativa de liberdade, o que seria benéfico para o réu e resultaria a diminuição da população prisional. Entretanto, a abrangência do acordo de não persecução penal equivale à das penas restritivas de direitos que substituem as privativas de liberdade, nos termos do art. 44 do CP. Ou seja, o investigado abre mão de exercer o contraditório e a ampla defesa para ser condenado a mesma pena que seria imposta em caso de sentença penal condenatória. O estado não flexibiliza a punição, apenas as garantias do investigado.

Independentemente da consequência final ser praticamente a mesma, à exceção da reincidência, o oferecimento do acordo configura coação do investigado para confessar em razão do medo de responder a um processo criminal. O risco de prolação de uma sentença penal condenatória gera o receio do julgamento social, associado ao próprio constrangimento de estar no banco dos réus, independentemente de posterior absolvição.

Ressalte-se que a ampliação de institutos que visam aplicar penas restritivas de direitos também merece críticas por caracterizar uma pauta do denominado minimalismo reformista,

uma vertente que, sob o argumento de efetivar a intervenção mínima do direito penal, contribui, paradoxalmente, para expandir o controle social e re-legitimar o sistema (ANDRADE, 2006, p. 168). Desta maneira, o Acordo de não persecução penal garante um poder punitivo mais célere e eficiente, legitimando e expandindo o sistema penal, sob o falso argumento de que configura um instituto mais benéfico ao investigado.

Assim, inferimos que a expansão da justiça negocial no processo penal, da mesma forma que a instituição do cárcere como principal forma de punir no século XIX, não representa a aplicação de uma punição mais benéfica ao investigado. As prisões, assim como ocorreu com os suplícios, implicam deslegitimação social do exercício do poder punitivo estatal em razão de suas condições degradantes e ineficácia na redução da criminalidade. Diante desse processo de descredibilização do cárcere, o poder precisa mudar para se adequar à realidade e garantir sua longevidade. Desse modo, a mudança do sistema punitivo através da justiça consensual representa apenas a nova fórmula estatal para punir de maneira mais eficiente. Como afirmou Foucault (2015, p. 235), “a impressão de que o poder vacila é falsa, porque ele pode recuar, se deslocar, investir em outros lugares... e a batalha continua”.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, concluímos que o acordo de não persecução penal é um instituto de natureza inquisitória, assim como o sistema processual penal brasileiro. Ao contrário do princípio do acusatório, o ANPP é um procedimento que mitiga os princípios da presunção de inocência, do contraditório e da ampla defesa, além de prever a hipótese de negociação entre partes com total disparidade de armas. Levando em consideração que a Constituição Federal de 1988 adotou o modelo acusatório, fica evidente a inconstitucionalidade do dispositivo, que favorece a manutenção da estrutura inquisitória do Código de Processo Penal vigente.

Por se tratar de um dispositivo inconstitucional, o ANPP integra o sistema penal subterrâneo ou paralelo. Assim, o acordo de não persecução penal funciona à margem do sistema formal para garantir a aplicação de penas (*condições*) sem o devido processo legal. O sistema formal, por sua vez, fomenta essa ilegalidade com fundamento na necessidade de “desafogar” o judiciário.

Contraditoriamente, a maioria dos profissionais entrevistados neste trabalho afirmaram que a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o investigado, mas, ao mesmo tempo, reconheceram que o principal objetivo do instituto é tornar a justiça mais célere. Tendo em vista todos os argumentos expostos neste estudo, é impossível defender que a garantia da celeridade processual — que viola a presunção de inocência, a ampla defesa e o contraditório — pode ser benéfica ao investigado.

Na prática, os argumentos que justificam o ANPP servem apenas para fundamentar a existência de uma técnica de punição com melhor custo econômico e político para o Estado, o que pode ser analisado especialmente em relação à previsão da confissão como requisito para firmar o acordo. Nesse sentido, a confissão é utilizada como meio de prova, tanto para evitar o arquivamento dos autos, quanto para ser utilizada em caso de eventual descumprimento injustificado do acordo ou não homologação do mesmo.

A confissão, nesse contexto, assume efetivamente o papel de “rainha das provas”, pois é suficiente para ensejar a condenação dos investigados. Essa negociação de culpa é coercitiva, principalmente levando em consideração o receio da estereotipização inerente ao processo penal, independentemente da natureza da sentença.

A existência dessa coação foi evidenciada na análise das audiências de ANPP realizadas nas varas criminais de Salvador. Diante do medo que todos investigados demonstraram da possibilidade de responder a um processo criminal, em todas audiências nas

quais houve interrogatório, ocorreu, em um primeiro momento, a negação de partes dos testemunhos policiais, o que posteriormente sofreu, ao menos parcialmente, retratação, em razão da possibilidade de cancelamento do acordo.

Por fim, é notável que o ANPP constitui um instrumento de legitimação do sistema penal e, conseqüentemente, provoca sua expansão. Desta maneira, consideramos que a inserção do ANPP no ordenamento jurídico representa uma ampliação da justiça negocial no processo penal que exerce a mesma função da instituição do cárcere como principal forma de punir no século XIX. Assim, o ANPP não configura a aplicação de uma punição mais benéfica ao investigado.

Em verdade, as prisões atuais, da mesma forma que ocorreu com os suplícios, implicam deslegitimação social do sistema penal em razão de suas condições degradantes e ineficácia na redução da criminalidade. Diante desse processo de descredibilização do cárcere, o poder precisa se transformar para se adequar à realidade e garantir sua longevidade. Desse modo, a ampliação dessa justiça consensual no Brasil representa a nova fórmula estatal para punir de maneira mais eficiente — mais e “melhor”.

REFERÊNCIAS

- AGAMBEN, Giorgio. *Estado de exceção*. Tradução: Iraci D. Poleti, São Paulo: Editora Boitempo, 2004, p. 13.
- ALMEIDA, Silvio Luiz de. *Racismo estrutural*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. *E-book* (não paginado).
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Minimalismos, abolicionismos e eficienticismo: a crise do sistema penal entre a deslegitimação e a expansão. In: *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, v. 27, n. 52, 2006.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. La importación de mecanismos consensuales del proceso estadounidense, en las reformas procesales latinoamericanas. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. São Paulo: Editora Atlas, 2015, p. 44-45. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBDPP_v.01-2015.pdf. Acesso em: 20 out. 2020.
- _____. *História dos Pensamentos Criminológicos*. Tradução: Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de criminologia, 2007. p. 22.
- ALEXANDER, Michelle. *A nova segregação: racismo e encarceramento em massa*. São Paulo: Boitempo, 2018. *E-book* (não paginado).
- ALSCHULER, Albert W. *Plea Bargaining and its History*. 79 Columbia Law Rev. 1, 1979.
- ARENDDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: Um relato sobre a banalidade do mal*. Tradução: José Rubens Siqueira. São Paulo: Companhia da Letras, 1999. p. 309.
- BADARÓ, Gustavo. *Processo penal*. São Paulo: RT, 2020. *E-book* (não paginado).
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BATISTA, Nilo. A violência do estado e os aparelhos policiais. *Discursos Sediciosos: crime, direito e sociedade*, Rio de Janeiro, v. 2, n. 4, p. 145-154, 1997. p. 147. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=21215. Acesso em: 28 out. 2020.
- BATISTA, Vera Malaguti de Souza Weglinski. *O medo na cidade do Rio de Janeiro: dois tempos de uma história*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003. p. 157.
- BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. Tradução: Lucia Guidicini e Roberto Leal Ferreira. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- BEM, Leonardo Schmitt de. Os requisitos do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020.

BERDEJÓ, Carlos. Criminalizing Race: Racial Disparities in Plea-Bargaining. *59 B.C. L. Rev.* 1187, 2018. Disponível em: <https://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol59/iss4/2>. Acesso em: 30 out. 2020.

BINDER, Alberto M. *Introdução ao direito processual penal*. Tradução: Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Algumas questões controvertidas sobre o juizado especial criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 20, p. 83-93, out./dez. 1997. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=18341. Acesso em: 25 nov. 2020.

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação premiada: direito estrangeiro, doutrina, jurisprudência*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 5.

BORGES, Juliana. *Encarceramento em massa*. São Paulo: Sueli Carneiro; Pólen, 2019. *E-book* (não paginado).

BRASIL. Código Penal. *Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 11 nov. 2020.

_____. Código de Processo Penal. decreto lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 22 out 2020.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Justiça em números 2020: ano-base 2019*. Brasília: CNJ, 2020a. anual. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/pesquisas-judiciarias/justica-em-numeros/>. Acesso em: 15 nov. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*, de 7 de Agosto de 2017. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 183*, de 24 de Janeiro de 2018. Disponível em: <https://www.cnpm.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5586>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. *Lei nº 10.259, de 12 de julho de 2001*. Dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10259.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. *Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código

Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. *Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 21 nov. 2020.

_____. *Projeto de lei da Câmara nº 882, de 2019*. (Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. *Projeto de lei da Câmara nº 10.372, de 2018*. Altera os Decretos-lei nº 3.689, de 1941; 2.848, de 1940 e as Leis nº 8.038, de 1990; 12.850, de 2013; 12.694, de 2012; 8.072, de 1990; 12.826, de 2003; 7.210, de 1984 e 10.201, de 2001. (Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal). Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 20 nov. 2020.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 243. O benefício da suspensão do processo não é aplicável em relação às infrações penais cometidas em concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, quando a pena mínima cominada, seja pelo somatório, seja pela incidência da majorante, ultrapassar o limite de um (01) ano. 2001. Disponível em: [https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=\(sumula%20adj1%20%27243%27\).sub](https://scon.stj.jus.br/SCON/sumanot/toc.jsp?livre=(sumula%20adj1%20%27243%27).sub). Acesso em: 7 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5790. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2017a. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 5793. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 2017b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. ADI nº 6304. Relator: Min. Luiz Fux, 2020b. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5843708>. Acesso em: 10 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. *ADPF 347-DF*. Pleno. Rel. Min. Marco Aurélio. j. 09.09.2015. DJe-31 19.02.2016. Disponível em:

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10300665>. Acesso em: 1 out. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 593.727. Repercussão Geral. Relator: Min. Cezar Peluso. Relator para Acórdão: Min. Gilmar Mendes, 2015a. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9336233>. Acesso em: 7 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 35. A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. 2015b. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1953>. Acesso em: 7 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 718. A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2545>. Acesso em: 7 nov. 2020.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 723. Não se admite a suspensão condicional do processo por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento mínimo de um sexto for superior a um ano. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2651>>. Acesso em: 7 nov. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. A confissão circunstanciada dos fatos como condição para celebração do acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 265-280, 2020.

CARNELUTTI, Francesco. *As misérias do processo penal*. 3. ed. São Paulo: Edijur, 2017.

CASARA, Rubens Roberto Rebello. O acordo para aplicação da pena: novas considerações acerca da verdade e do consenso no processo penal brasileiro. In: COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Luis Gustavo Gradinetti Castanho de (Org.). *O novo processo penal à luz da Constituição: análise crítica do projeto de Lei nº 156/2019, do Senado Federal*, v. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 155.

_____. *Processo penal do espetáculo: ensaios sobre o poder penal, a dogmática e o autoritarismo na sociedade brasileira*. 1. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2015. p. 11-12.

CHRISTIE, Nils. *Limites à dor: o papel da punição na política criminal*. Tradução: Gustavo Noronha de Ávila, Bruno Silveira Rigon e Isabela Alves. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016.

CORREIA, Thaize de Carvalho. A necessidade de separação das funções judicante e administrativa na implementação do sistema adversarial na América Latina. In: GONZÁLEZ

POSTIGO, Leonel. *Desafiando a inquisição: ideias e propostas para a reforma processual penal no Brasil*. Coordenação de Paula Rodriguez BALLESTEROS. Chile: Centro de Estudios de Justiça de las Américas - CEJA, 2017. 505 p., 23 cm. ISBN 978-956-8491-39-0. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=135728. Acesso em: 9 dez. 2020. p. 253-275. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=136132. Acesso em: 7 nov. 2020.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Sistema Acusatório: Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 46, n. 183, jul.-set., 2009. p. 109-110.

_____. Introdução aos Princípios Gerais do Direito Processual Penal Brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*. Porto Alegre, Nota Dez Editora, n. 1, 2001. p. 29.

_____. Plea bargaining no projeto anticrime: crônica de um desastre anunciado. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 2-5, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150544. Acesso em: 24 out. 2020.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote anticrime*. Salvador: Juspodivm, 2020.

DAVIS, Angela. *A Democracia da Abolição: para além do império, das prisões e da tortura*. Tradução: Artur Neves Teixeira. 2. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2019.

_____. *Estarão as prisões obsoletas?*. Tradução: Marina Vargas. 5. ed. Rio de Janeiro: Difel, 2020.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata de pena: o plea bargain brasileiro. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 27, n. 317, p. 5-7, abr. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=150548. Acesso em: 25 out. 2020.

ELBERT, Carlos Alberto. *Novo Manual Básico de Criminologia*. Tradução: Ney Fayet Júnior. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009. p. 134-135.

13ª EMENDA. Direção: Ava DuVernay. Produtores: Ava DuVernay, Spencer Averick, Howard Barish. Estados Unidos: Netflix, 2016, 100min.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000. p. 15.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. Tradução: Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. Pasado y futuro Del Estado de derecho. In: CARBONELL, Miguel (org.). *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid: Trota, 2003. p. 31.

BELTRÁN, Jordi Ferrer. Uma concepção minimalista e garantista da presunção de inocência. Tradução: Janaina Matina. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 4. n. 1. p. 149-180. 2018.

FLAUZINA, Ana Luiza Pinheiro. *Corpo negro caído no chão: o sistema penal e o projeto genocida do Estado brasileiro*. 2006. Dissertação (Mestrado em Direito) - Universidade de Brasília, Brasília, 2006. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/5117>. Acesso em: 2 nov. 2020.

FOUCAULT, Michel. *A verdade e as formas jurídicas*. Tradução: Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Morais. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002a. p. 104.

_____. *Em defesa da sociedade*. Tradução: Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 308.

_____. *Microfísica do Poder*. Organização, introdução e revisão técnica: Roberto Machado. 3. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2015.

_____. *Vigiar e Punir: história da violência nas prisões*. Tradução: Raquel Ramalhete. 25. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2002b.

FRANCO, José Henrique Kaster. O papel do juiz no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 435.

GIACOMOLLI, Nereu José. *O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto San José da Costa Rica*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 99.

GOÊS, Luciano. Abolicionismo penal? Mas qual abolicionismo, “cara pálida”? *Revista InSURgência, Brasília*, v.3, n.2, 2017. p. 101.

GOLDSCHMIDT, James. *Problemas Jurídicos e Políticos do Processo Penal*. Tradução: Mauro Fonseca Andrade e Mateus Marques. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* Juizados Especiais Criminais: comentários à lei 9.099 de 26.09.1995. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 168.

GRUPO NACIONAL DE COORDENADORES DE APOIO CRIMINAL. *Enunciado 23*. Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 - Lei Anticrime. Disponível em: <https://criminal.mppr.mp.br/arquivos/File/GNCCRIM_-_ANALISE_LEI_ANTICRIME_JANEIRO_2020.pdf>. Acesso em 15 nov. 2020.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida; ARCHANJO, Camila Celestino Conceição. *Direitos fundamentais do Brasil: teoria geral e comentários ao artigo 5º da Constituição Federal de 1988*. 1. ed. Belo Horizonte: Dialética, 2020. *E-book* (não paginado).

HULSMAN, Louk; CELIS, Jacquéline Bernat de. *Penas Perdidas: o sistema penal em questão*. Tradução: Maria Lúcia Karam. 2. ed. Rio de Janeiro: LUAM, 1997

KARAM, Maria Lúcia. Anotações sobre aspectos penais e processuais penais das leis 9.099/95 e 10.259/2001 - leis dos juizados especiais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 10, n. 39, p. 148-174, jul./set. 2002. p. 171-172. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=39456. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. Para conter e superar a expansão do poder punitivo. *Revista da Escola Superior Dom Helder Câmara - Veredas do Direito*, Vol. 3 - Nº 5 - jan. a jun. 2006. Disponível em:

<https://domtotal.com/direito/pagina/detalhe/23640/para-conter-e-superar-a-expansao-do-poder-punitivo>. Acesso em: 27 out. 2020.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. *University of Chicago Law Review*. Vol. 46: Iss. 1, Article 3, 1978.

LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. In: *Havard International Law Journal*, v. 45, n. I, 2004. p. 2-3.

LIMA, Marcellus Polastri. O acordo de não persecução penal no processo penal brasileiro. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 87, dez./jan. 2019. p. 6. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=149539. Acesso em: 11 out. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. p. 276.

LOPES JR., Aury. *Investigação Preliminar no Processo Penal*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001. p. 21.

_____. *Direito Processual Penal*. 17. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. *E-book* (não paginado).

_____; JOSITA, Higyna. Questões polêmicas do acordo de não persecução penal. *Revista Consultor Jurídico*. 6 de março de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-06/limite-penal-questoes-polemicas-acordo-nao-persecucao-penal>. Acesso em: 20 nov. 2020.

MALDONADO-TORRES, Nelson. Análítica da colonialidade e da decolonialidade: algumas dimensões básicas. In: BERNADINO-COSTA, Joarze; MALDONADO-TORRES, Nelson; GROSGOUEL, Ramón (Org.). *Decolonialidade e pensamento afrodiaspórico*. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2018. *E-book* (não paginado).

MARTINELLI, João Paulo. A (ir)relevância da confissão no acordo de não persecução penal. In: BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, p. 303-320, 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 (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 67.

MATIDA, Janaina; VIEIRA, Antônio. Para além do BARD: uma crítica à crescente adoção do standard de prova "para além de toda dúvida razoável" no processo penal brasileiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 27, n. 156, p. 221-248, jun. 2019. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151446. Acesso em: 15 nov. 2020.

MBEMBE, Achille. *Crítica da razão negra*. Tradução: Sebastião Nascimento. São Paulo: N-1, 2018. p. 115.

MELLIM FILHO, Oscar. *Criminalização e seleção no sistema judiciário penal*. São Paulo: IBCCRIM - Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2010. p. 271.

MENDES, Soraia da Rosa; MARTÍNEZ, Ana Maria. *Pacote Anticrime: comentários críticos à Lei 13.964/2019*. São Paulo: Atlas, 2020. p. 64.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. *MPF investe na Justiça Consensual e ultrapassa 5 mil acordos de não persecução penal*. 17 set. 2020. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/mpf-investe-na-justica-consensual-e-ultrapassa-5-mil-acordos-de-nao-persecucao-penal>. Acesso em 10 out. 2020.

NATIONAL ASSOCIATION OF CRIMINAL DEFENSE LAWYERS. *The trial Penalty*. 2018. Disponível em: www.nacdl.org/trialpenaltyreport. Acesso em 20 de out. 2020.

OLIVEIRA FILHO, Ney Menezes de; PRADO, Alessandra Rapacci Mascarenhas. O problema da vingança privada (autotutela): entre o minimalismo garantista e o abolicionismo radical. *Revista de Criminologias e Políticas Criminais*, v. 4, p. 61-81, 2018. p. 67-69. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.26668/IndexLawJournals/2526-0065/2018.v4i1.4284>. Acesso em: 7 nov. 2020.

OLIVEIRA, Odete Maria de. *Prisão: um paradoxo social*. Florianópolis: UFSC, 2003. p. 42-43.

Organização dos Estados Americanos, *Convenção Americana de Direitos Humanos* (“Pacto de San José de Costa Rica”), 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm. Acesso em: 7 nov. 2020.

OSÓRIO, Fernanda Corrêa. Considerações sobre a colaboração premiada: análise crítica do instituto introduzido com o advento da Lei 12.850/2013. In: PRADO, Geraldo; CHOUKR, Ana Cláudia Ferigato; JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano (Org.). *Processo penal e garantias: estudos em homenagem ao Professor Fauzi Hassan Choukr*. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 155.

PACELLI, Eugênio. *Curso de Processo Penal*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020. p. 33-34.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. Criminologia crítica e o papel da vítima no direito penal. *Teses da Faculdade Baiana de Direito*, v. 4, 2012, p. 129-130.

PRADO, Geraldo. *Poder negocial (sobre a pena), common law e processo penal brasileiro: meta XXI, em busca de um milhão de presos!* Empório do Direito, 2015. Disponível em: <https://emporiiododireito.com.br/leitura/poder-negocial-sobre-a-pena-common-law-e-processo-penal-brasileiro-meta-xxi-em-busca-de-um-milhao-de-presos>. Acesso em: 28 out. 2020.

_____. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

RODRIGUES, Raymundo Nina. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro, Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2011. p. 76. Disponível em: <https://pdfs.semanticscholar.org/df49/d3876271e257e53a5ffbf30ca2d316a5810.pdf>. Acesso em: 2 nov. 2020.

ROSA, Alexandre Morais da. *Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos*. 4. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. p. 424.

ROXIN, Claus. *Fines de la pena y reparación del daño: de los delitos y de las víctimas*. Tradução: Julio Maiery Elena Carranza. Buenos Aires: Ad Hoc, 1992, p. 155-156.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e estrutura social*. Tradução: Gizlene Neder. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2004.

SANTOS, Carla Adriana da Silva. *Ó Paí, Prezada!: Racismo e Sexismo institucionais tomando bonde no Conjunto Penal Feminino de Salvador*. Dissertação (Mestrado em Estudos Interdisciplinares sobre Mulheres, Gênero e Feminismo) – Universidade Federal da Bahia, Salvador: UFBA. 2014. p. 38. Disponível em: <http://repositorio.ufba.br/ri/handle/ri/18987>. Acesso em: 20 nov. 2020.

SAWYER, Wendy. How race impacts who is detained pretrial. *Prison policy initiative*, 2019. Disponível em: https://www.prisonpolicy.org/blog/2019/10/09/pretrial_race/. Acesso em 15 out. 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. ¿Crisis del procedimiento penal? (¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?). *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Buenos Aires, v. 4, 8A, p. 417-431, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. Novo código de processo penal. O problema dos sincretismos de sistemas (inquisitorial e acusatório). *Revista de informação legislativa - RIL, Brasília*, v. 46, n. 183, p. 117-139, jul./set. 2009. p. 118. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=73873. Acesso em: 21 nov. 2020.

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 (Org.). *Acordo de não persecução penal*. 2. ed. Belo Horizonte, São Paulo: D'Plácido, 2020. p. 359.

VIEIRA, Antônio. Crítica à americanização seletiva do processo penal brasileiro: da necessária adoção de regras de discovery e as consequências de sua inobservância. In: SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes; PAULA, Leonardo Costa de (Org.). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: escritos em homenagem ao Prof. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho*. vol. 5. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, p. 275-284, 2019.

WACQUANT, Löic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Tradução: Eliana Aguiar. 2. Ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003. p. 29-30.

WALSH, Dylan. Por que os tribunais criminais dos Estados Unidos são tão dependentes da plea bargaining?. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, Porto Alegre, v. 15, n. 89, p. 76-81, abr./mai. 2019. p. 78. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=151558. Acesso em: 29 set. 2020.

WUNDERLICH, Alexandre. A vítima no processo penal (impressões sobre o fracasso da Lei no 9.099/95). In: WUNDERLICH, Alexandre; Carvalho, Salo de. (Org.). *Novos Diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2005. p. 37-38.

XIAO, Michael Yangming. Deferred/non prosecution agreements: effective tools to combat corporate crime. *Cornell Journal of Law and Public Policy*, vol. 23:233, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. Tradução: Sergio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2013. p. 197.

_____. *et al. Direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2003.

_____. *Em busca das penas perdidas: A perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan: Instituto Carioca de Criminologia, 2001.

APÊNDICE A - Roteiro para realização da observação das audiências de ANPP nas varas criminais de Salvador

Promotor(a)/vara	
Data da audiência	
Gênero do investigado	
Raça do investigado	
Idade do investigado	
Profissão do investigado	
Assistência de advogado ou defensor Público?	
Tempo de duração	
Crime investigado	
Indícios do crime (inquérito)	
O acordo foi firmado?	
Caso o acordo não tenha sido realizado, por que o investigado não aceitou os termos do MP?	
Condições impostas	
Tempo de cumprimento das condições	
O acordo foi homologado?	
Caso o juiz não tenha homologado o acordo, por que isso ocorreu?	
O MP recorreu da decisão?	

A audiência foi remarcada? Por quê?	
O que ocorrer	

APÊNDICE B – Perguntas enviadas para promotores e defensores que atuam nas varas criminais de Salvador via Formulários Google

- 1) Qual sua profissão?
 - A) Defensor(a) Público(a) atuante em vara criminal de Salvador;
 - B) Promotor(a) de Justiça atuante em vara criminal de Salvador;

- 2) Há quanto tempo o(a) senhor(a) exerce sua profissão na área criminal?
 - A) Menos de 5 anos.
 - B) Entre 5 e 10 anos.
 - C) Mais de 10 anos

- 3) O(A) senhor(a) já participou de alguma audiência de ANPP?
 - A) Sim.
 - B) Não.

- 4) Na sua concepção, a inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro foi uma mudança positiva para o(a) investigado(a)?
 - A) Sim.
 - B) Não.
 - C) Parcialmente.
 - D) Ainda não me sinto preparado para opinar.

- 5) Por quê?

- 6) Na sua visão, quais são os objetivos do ANPP?
 - A) Tornar a justiça mais célere;
 - B) Tornar a justiça mais eficiente;
 - C) Tornar a justiça mais eficaz;
 - D) Viabilizar uma sanção mais branda para o(a) investigado(a);
 - E) Primar pelo sistema acusatório;
 - F) Reduzir o sistema penal;
 - G) Ampliar o sistema penal;

- H) Permitir a punição dos investigados sem as garantias do processo penal;
- I) Outro;

7) Por quê?

8) Na sua opinião, existe autonomia da vontade do investigado nos acordos penais?

- A) Sim.
- B) Não.
- C) Parcialmente.
- D) Ainda não me sinto preparado para opinar.

9) Por quê?

10) Na sua concepção, a prisão processual prejudica a livre manifestação do investigado?

- A) Sim.
- B) Não.
- C) Parcialmente.
- D) Ainda não me sinto preparado para opinar.

11) Por quê?

12) Na sua opinião, o ANPP irá interferir na quantidade de pedidos de arquivamento?

- A) Sim.
- B) Não.
- C) Ainda não me sinto preparado para opinar.

13) Por quê?