

ISSN 1415-5400

REVISTA BRASILEIRA DE  
**CIÊNCIAS CRIMINAIS**

Ano 30 • vol. 191 • jul./ago. 2022

*Coordenação (editor-chefe)*

ANDRÉ NICOLITTI

*Publicação oficial do*

Instituto Brasileiro de Ciências Criminais



THOMSON REUTERS

**REVISTA DOS  
TRIBUNAIS™**

# O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

## *THE CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT AND THE RELEGITIMATION OF CRIMINAL LAW IN BRAZIL*

Acesse o QR Code para assistir aos comentários da autora



**POLLYANNA QUINTELA FALCONERY**

Mestre em Direito Penal pela UFBA (2011). Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.  
Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6172213932205414>].  
ORCID: [<https://orcid.org/0000-0002-1172-8879>].  
DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.13>.  
[pollyfalconery@hotmail.com](mailto:pollyfalconery@hotmail.com)

Recebido em: 03.02.2022

Aprovado em: 13.04.2022

Última versão da autora: 18.04.2022

### ÁREA DO DIREITO: Penal

**RESUMO:** O presente artigo parte da constatação de que o direito penal moderno enfrenta uma crise de legitimidade na pós-modernidade, tanto de cunho teórico (divergência entre institutos do direito penal da lesão e do risco, e convivência entre discursos penais antagônicos) quanto prático (sobrecarga do sistema, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador) e analisa, na esteira das respostas possíveis a essa crise, a possibilidade de utilização do acordo de não persecução penal, inserido no ordenamento jurídico pátrio pela Lei 13.964/2019, como ferramenta de viabilização de políticas criminais aptas a tutelarem o bem jurídico protegido pela norma penal e a reparar o dano causado pela conduta criminal.

**PALAVRAS-CHAVE:** Acordo de não persecução penal – Crise – Legitimidade – Direito penal – Política criminal.

**ABSTRACT:** This article starts from the observation that modern criminal law faces a crisis of legitimacy in post-modernity, both theoretical (divergence between criminal law institutes of injury and risk, and coexistence between antagonistic criminal discourses) and practical (system overload, selectivity of the most vulnerable, little efficiency in the protection of legal interests, both in the preventive and remedial scope) and analyzes, in the wake of possible responses to this crisis, the possibility of using the Criminal Non-Persecution Agreement, inserted in the national legal system by Law 13.964/2019, as a tool to enable criminal policies capable of protecting the legal interest ward by the criminal law and repairing the damage caused by the criminal conduct.

**KEYWORDS:** Non-persecution agreement – Crisis – Legitimacy – Criminal law – Criminal policy.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A crise de legitimidade do direito penal. 3. O acordo de não persecução penal. 4. O acordo de não persecução penal como instrumento político criminal de relegitimação do direito penal no Brasil. 5. Considerações finais. 6. Referências bibliográficas.

## 1. INTRODUÇÃO

O direito penal, para cumprir sua missão de proteção subsidiária de bens jurídicos, necessita lidar constantemente com os problemas ligados à funcionalidade da pena privativa de liberdade, ao aumento da criminalidade e à crescente expansão dos tipos penais (hipertrofia legislativa). Todos esses problemas mostram-se, nesse novo século, ainda mais desafiadores, dado o contexto social, econômico e político, desenhado pelas características da atual sociedade pós-moderna. Essa é marcada pela não assunção de riscos, por um número crescente de sujeitos passivos, pelo individualismo de massas, pela expansão e sofisticação da criminalidade organizada, pelos frequentes ciclos de crises econômicas, pelo avanço da inteligência artificial e por formas de regressão social.<sup>1</sup>

Nesse contexto, a expansão do direito penal no século XXI, dentro do contexto característico da sociedade pós-moderna, é retratada pelo reconhecimento de novos bens jurídicos coletivos, em nível constitucional (meio ambiente, transações econômicas, relações de consumo), como dignos de tutela penal, pelo recurso à legislação penal simbólica e por novas formas de violação a bens jurídicos já tutelados penalmente, em decorrência do avanço tecnológico. O direito penal moderno,<sup>2</sup> desse modo, caracteriza-se pelo uso de tipos de perigo abstrato (tutela

1. O filósofo Vladimir Safatle, em sua obra “Só mais um esforço”, analisando a nova ascensão do neoliberalismo após a crise de 2008, sua coalisão com o protofascismo e os ideais de extrema direita, aduz que o modelo neoliberal não vende mais as mesmas promessas da década de 1980. No atual cenário, ele vende o medo. Afirma que o capitalismo, na fase atual, não pode ser descrito como uma sociedade de satisfação administrada, como era feito na sua versão social-democrata da Escola de Frankfurt. Ele atualmente seria uma sociedade da insatisfação administrada. O poder, assim, não funciona mais por meio da anunciação dos objetos dos desejos, mas pela gestão da falta; é uma máquina de gestão social de desencanto. O método utilizado então é o esvaziamento da crítica estrutural em prol de críticas locais, dando à fonte da revolta um rosto. Assim, são certas leis, certos partidos, certas relações de poder que devem ser objeto de revolta. Para o filósofo, a forma de gestão da revolta direcionada a pautas locais desconexas do sistema fornece figuras sazonais de iras e catarse coletiva (SAFATLE, 2017, p. 33-35).
2. Luis Gracia Martín, em sua obra “Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência” conceitua o termo

FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 235-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022.  
DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.º20191.13>.

do risco), pela busca de eficiência, pelo aumento do número de sujeitos puníveis (decorrentes da flexibilização das regras de imputação) e pela necessidade de tutela penal de bens transindividuais.

A nova expressão do direito penal traz problemas de coerência com institutos e garantias do direito penal liberal, também conhecido como clássico ou da ilustração.<sup>3</sup> Tais problemas geram, no entender de Silva Sanchez, uma crise de legitimidade do direito penal e de sua dogmática, de ordem teórica, em razão da ausência de conformidade entre os institutos do direito penal da lesão e do direito penal do risco (SANCHEZ, 2011, p. 44). Zaffaroni ainda aponta a crise de legitimidade do discurso jurídico-penal, no âmbito prático, originária das discrepâncias entre o discurso do direito penal liberal garantista no âmbito teórico e a seletividade penal na prática, voltada para os mais vulneráveis ao sistema socioeconômico (ZAFFARONI, 1991, p. 15).

Nas últimas duas décadas, os penalistas buscaram formas de solucionar os problemas decorrentes da ausência de coerência entre as demandas do direito penal atual e os direitos e as garantias do direito penal liberal, bem como os decorrentes de sua desconformidade entre o discurso de garantias baseado na igualdade formal e a prática seletiva dos mais vulneráveis pelo sistema penal. As formas envolvem estratégias de negação da deslegitimação, de adaptação e de enfrentamento. As estratégias de negação deslocam o discurso jurídico-penal para justificativas funcionais sistêmicas, aceitando o sistema penal da forma que é porque necessário para a manutenção dos sistemas sociais. As estratégias de adaptação propõem a necessidade de modernização do direito penal sem renunciar aos princípios do Estado de Direito, com a instituição de um direito penal do Estado Social, defendida por Luis Gracia Martín. Por fim, as estratégias de enfrentamento buscam relegitimar o sistema a partir da contenção da expansão do

---

“direito penal moderno” como a produção dogmática em torno da pluralidade de problemas de caráter marcadamente político-criminal que surge na atualidade. Ele ainda conceitua a utilização do termo “moderno” para designar ruptura com a realidade histórica, conforme conceituado por Ignacio Sotelo (MARTIN, 2005, p. 35).

3. Na mesma obra, Gracia Martín critica a utilização da expressão “direito penal clássico” por Hassemer para designar o direito penal de cunho liberal, pois, para o autor, remeteria a uma estratégia dialética tendente a um ideal, a uma aspiração, o que, para ele, não se sustenta, visto que o direito penal surgido a partir do período iluminista possui conteúdo ligado aos valores liberais das democracias burguesas. Prefere então o autor utilizar as expressões direito penal liberal ou da ilustração (MARTIN, 2005, p. 40). Neste trabalho, utilizam-se todas as três nomenclaturas para designar a produção dogmática penal referente ao período anterior ao estágio atual do direito penal.

direito penal moderno, a exemplo do abolicionismo penal nos termos propostos por Hulsman; do minimalismo penal, defendido por Luigi Ferrajoli, pelos teóricos da Escola de Frankfurt, com destaque para Hassemer e a formulação do direito de intervenção; e por Silva Sanchez, com a teorização sobre o direito penal em duas velocidades.

Conforme se verifica, salvo as estratégias de negação, as soluções propostas para lidar com os problemas decorrentes da expansão do direito penal são direcionadas ao legislador penal.<sup>4</sup> Contudo, nas últimas décadas, o debate no âmbito de política criminal legislativa mostrou-se insuficiente tanto para conter a expansão do direito penal quanto para racionalizar seu conteúdo. É possível apontar como causa dessa insuficiência o crescente consenso do reconhecimento da necessidade de tutela penal de novos bens jurídicos,<sup>5</sup> a progressiva internacionalização da criminalidade e das legislações sobre suas formas de repressão, e, sobretudo, o recurso frequente do legislador ao simbolismo do direito penal. Tais circunstâncias levam ao recorrente fenômeno da hipertrofia da legislação penal.<sup>6</sup>

4. Os debates em torno da racionalização dos critérios de criminalização e as orientações de política criminal são de extrema importância na busca pela coerência e relegitimação do discurso jurídico-penal enquanto protetor subsidiário de bens jurídicos, orientado pela necessidade de proteção das condições básicas de subsistência da sociedade.
5. É possível apontar essa necessidade de expansão do direito penal sobre novos bens jurídicos, na medida em que há o progressivo reconhecimento de gerações de direitos fundamentais, não mais ligados apenas à liberdade individual, mas ao bem-estar coletivo – direitos de segunda e terceira dimensões –, mas também pelo avanço, na segunda metade do século XX, da teoria da força normativa da Constituição, que obriga o Estado a sair de uma postura de não interventor para ser promotor de direitos e garantias fundamentais ao desenvolvimento social. Nessa linha, é possível citar o autor Ingo Sarlet, que, no seu artigo “Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais – entre proibição de excesso e de insuficiência”, argumenta que o reconhecimento, no âmbito da doutrina dos direitos fundamentais, de um direito individual subjetivo a medidas de proteção – por parte dos poderes públicos – de seus direitos fundamentais importa no reconhecimento da tutela penal desses direitos como forma de o Estado protegê-los (SARLET, 2004, p. 319).
6. No cenário atual, é necessário considerar como dado fático a ausência de controle do fenômeno da hipertrofia da legislação penal. O recurso à legislação penal como resposta a pressões sociais é constante na história do Brasil; somado a ele, com a crescente ampliação do debate democrático nos espaços políticos, o uso do simbolismo penal também é observado como vitórias político-ideológicas de novas forças sociais emergentes nesses espaços (movimentos sociais – a exemplo da criminalização do racismo e da homofobia). Silva Sanchez descreve esse fenômeno como uso do direito penal pelos “gestores atípicos da moral”.

Diante de uma legislação penal excessivamente hipertrofiada, há a progressiva saturação do sistema penal, que acumula problemas operacionais relativos ao direito penal clássico (funcionalidade da pena privativa de liberdade, aumento da criminalidade, sobrecarga do sistema de justiça criminal) e ao moderno (aumento de tipos penais e dos sujeitos puníveis), sendo possível, em ambos os casos, identificar espaços ilegítimos de tratamento penal de situações-conflito que poderiam ser solucionadas por outras vias jurídicas e extrajurídicas.

Desse modo, verifica-se que o legislador penal não consegue conter a produção normativa penal, uma vez que ela não possui uma orientação político-criminal definida e as demandas por criminalização partem dos mais diversos sujeitos, incluindo coletividades e o próprio Estado (crimes tributários e econômicos). Assim, abre-se espaço, nesse cenário político-criminal, para soluções alternativas práticas para diminuir a sobrecarga do sistema,<sup>7</sup> seguindo a tendência de busca por eficiência dos institutos penais e processuais penais, típica do direito penal moderno.

No âmbito das reformas penais e processuais penais no Brasil de cunho eficientista, a recente Lei 13.964/2019, apelidada de Pacote Anticrime, previu uma série de alterações no Código Penal, de Processo Penal e em leis extravagantes. Entre as alterações legislativas, houve a inclusão do art. 28-A no Código de Processo Penal, que passou a prever a possibilidade de utilização da justiça negociada no sistema penal pátrio, por meio do acordo de não persecução penal.

O Acordo de Não Persecução Penal – ANPP – foi previsto no Brasil, antes mesmo da Lei 13.964/2019, por meio da Resolução 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP, que regulamenta o procedimento investigatório a cargo do Ministério Público. Assim, o acordo foi previsto e utilizado antes mesmo de sua previsão legal.<sup>8</sup> Em seus considerandos, o CNMP trouxe como

7. É mais fácil propor medidas de reforma penal no campo procedimental, pois, em regra, o debate sobre tais questões desperta muito mais o interesse dos operadores do direito do que da sociedade civil em geral. As reformas no campo penal envolvem o debate sobre questões de valor e geralmente enfrentam resistência no meio social, sobretudo pela função atípica que também desempenha o direito penal moderno: de criação de consenso sobre valores positivos na sociedade individualizada de massas.
8. A previsão do acordo por meio de resolução gerou questionamentos acerca da sua constitucionalidade, uma vez que a norma possui tanto natureza penal (afeta a extinção da punibilidade) quanto processual penal (discorre sobre procedimento prévio ao processo) e, portanto, necessitaria de lei para sua instituição, não sendo a resolução o instrumento normativo adequado para sua regulamentação.

---

FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. vol. 191. ano 30, p. 235-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022.  
DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.9620191.13>.

fundamento para sua previsão a sobrecarga do sistema de justiça criminal e a exigência de busca de soluções alternativas, para reservar o processo penal formal e a pena privativa de liberdade para os casos mais graves. O PL 6341/2019, que originou a Lei 13.964/2019, justifica, na sua exposição de motivos, a inclusão do art. 28-A no CPP na necessidade de revisão do princípio da obrigatoriedade da ação penal frente às exigências de enfrentamento de casos criminais complexos, bem como diante da tendência de se adotar no sistema jurídico brasileiro o acordo como meio de descongestionar os serviços judiciários. Aduz que o acordo de não persecução penal permite que o juiz criminal tenha tempo para os crimes mais graves.<sup>9</sup>

Assim, observa-se que o acordo de não persecução penal se insere no âmbito das políticas criminais voltadas a conferir eficiência aos institutos penais e processuais penais. Em que pese ter originado de uma demanda por efficientismo, a previsão de sua utilização para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, a necessidade de reparação do dano e a exclusão da pena privativa de liberdade com cláusula do acordo apontam para a possibilidade e necessidade de utilização desse instrumento como mecanismo de contenção da expansão penal, na esteira das soluções de enfrentamento da crise propostas.

Considerando que o acordo de não persecução penal é uma importante ferramenta político-criminal à disposição do Ministério Público, que há a necessidade de enfrentamento da crise de legitimidade do direito penal, tanto de ordem teórica quanto prática, mostra-se oportuno investigar de qual(is) forma(s) o acordo de não persecução penal pode ser operacionalizado como política criminal capaz de garantir a proteção de bens jurídicos, dentro da estratégia de contenção da expansão do direito penal, na busca pela sua relegitimidade.

---

9. Dispõe a exposição de motivos do PL 6341/2019: “O art. 28-A. estende a possibilidade de acordo quando o acusado confessa o crime de pena máxima inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vige desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves” (BRASIL. Planalto. EM 00014/2019. Brasília, 31.01.2019. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm]. Acesso em: 15.04.2022, às 10h).

## 2. A CRISE DE LEGITIMIDADE DO DIREITO PENAL

O conceito de Estado moderno surge na Europa iluminista, imbuído de ideias que trouxeram um sistema de garantias jurídicas do cidadão frente ao Estado, que, no período absolutista, era confundido com o próprio monarca, principal detentor de direitos frente a seus súditos. Com a limitação do poder do rei, o indivíduo passa a ter direitos não só oponíveis a outros indivíduos, mas também ao próprio Estado.

Na segunda metade do século XVIII, a filosofia humanista e os movimentos iluministas criaram um sistema jurídico, inserido nele o sistema jurídico-penal, baseado na igualdade formal e na necessidade de garantia das liberdades individuais, sem o cometimento de abusos por parte do Estado, teorizado conforme um modelo contratual, em sintonia com os ensinamentos de Rousseau, em sua obra “Do contrato social”, lançada em 1762. Ainda nesse contexto, Cesare Beccaria lança as bases do direito penal liberal em seu livro “Dos Delitos e das Penas”, em 1764, que traz um rol de direitos e garantias que o Estado deveria respeitar ao exercer seu poder punitivo.

Aliada a essa ideia de cunho político-criminal, surgiram, ainda no século XVIII, as teorias da pena que visavam à legitimação do direito penal no novo modelo de Estado. As teorias absolutas, de cunho retributivista, tiveram em Kant e Hegel suas maiores expressões. Fundamentavam a pena como um fim em si mesmo, retribuição de um mal causado pela prática do ato definido como crime. São chamadas de teorias absolutas porque o fim da pena é independente e desvinculado de seu efeito social. A teoria da retribuição exerceu durante muito tempo uma influência predominante nos debates acerca da funcionalidade da pena tanto devido a sua plausibilidade teórica cotidiana (o conceito de pena como retribuição compensatória é conhecida desde a Antiguidade e permanece viva na consciência das pessoas com certa naturalidade) quanto a sua fundamentação por meio da filosofia do idealismo alemão<sup>10</sup> (ROXIN, 1997, p. 83).

- 
10. Kant, em sua obra “A metafísica dos costumes” (1798), fundamentou as ideias de retribuição e justiça como leis inviolavelmente válidas, gerais e fundamentadas *a priori*. Para Kant, todo ato humano responde à consciência individual e ao imperativo dela (dever). Desse modo, existem dois tipos de imperativos, o “hipotético”, que se faz com fins utilitários, e o categórico, que se faz por obrigação da consciência. Assim, ainda que não existisse Estado e sociedade, haveria a necessidade de aplicação da pena como critério de justiça, uma vez que a lei penal é um imperativo categórico (ANITUA, 2008, p. 192). Hegel, por sua vez, na sua obra “Linhas fundamentais da Filosofia do Direito” (1821), interpreta o delito como negação do direito e a pena como negação dessa negação,

Contraopondo-se às teorias absolutas, surgem as teorias relativas da pena, que entendem a missão da pena como meio de intimidação para a prática de delitos, seja voltada para o autor do crime (prevenção especial), seja voltada para toda a comunidade (prevenção geral).

Contemporâneo a Kant, o jurista e filósofo alemão Paul Johann Anselm von Feuerbach, considerado o fundador da moderna ciência do direito penal alemão, dentro da linha das teorias relativas, traz a fundamentação da pena como um fator de coação psicológica para que os demais cidadãos não cometam delitos, uma forma de intimidação dos cidadãos pela lei, expressando a teoria da prevenção geral,<sup>11</sup> tanto em seu aspecto positivo – uma vez que se busca, com a aplicação da pena, o reforço da confiança na firmeza e poder de execução do ordenamento jurídico – quanto negativo, o efeito de intimidação nos outros que correm o perigo de cometer delitos semelhantes (ROXIN, 1997. p. 91).

Já no século XIX, dentro da linha das teorias relativas da pena, surge a teoria da correção de Karl Roder, fundamentando a prevenção especial. Ainda em meados do século XIX, o positivismo científico desponta, levando ao surgimento da criminologia etiológica, que teve no médico italiano Cesare Lombroso seu maior expoente, o qual insere dentro do debate de funcionalidade das penas a análise das causas do crime (criminologia etiológica) e, portanto, do tratamento do criminoso, a partir de suas diversas classificações.<sup>12</sup> Em 1876, Cesare Lombroso publica a primeira edição do livro *L'Uomo delinquente*, inaugurando a Escola Positiva italiana, que teve outros expoentes como Ferri, que incorporou

---

restabelecendo o direito. Diferencia-se de Kant ao se afastar do princípio de Talião e trabalhar com a ideia de equivalência entre delito e pena. Contudo, tanto Kant quanto Hegel se aproximam ao não reconhecerem fins preventivos à pena como intimidação e correção (ROXIN, 1997, p. 84).

11. Feuerbach (1775-1833) desenvolveu a “teoria psicológica da coação”, segundo a qual se imaginava que a alma do delinquente potencial havia caído em tentação como em um campo de batalha entre os motivos que o empurraram até o delito e os que o levavam a resistir a ele. Assim, a previsão da pena deveria provocar na psique do indeciso sensações de desagrado, de modo que possam prevalecer os motivos para impedir o cometimento do delito e, dessa maneira, a pena possa exercer uma “coação psíquica” (ROXIN, 1997, p. 90).
12. Sua ideia central é o atavismo, segundo a qual o criminoso atávico, exteriormente reconhecível, corresponderia a um homem menos civilizado que os seus contemporâneos, representante de um enorme anacronismo. Ao longo das cinco sucessivas reelaboradas edições de sua obra, Lombroso foi incorporando reformulações de sua teoria inicial do atavismo com contributos que reputava válidos (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 16).

fatores sociológicos à teoria lombrosiana, e Garófalo, que pôs em relevo o elemento psicológico.

No século XIX, também surge a teoria do materialismo histórico de Karl Marx, fazendo oposição ao positivismo clássico, encarando o direito – e logicamente, o direito penal – como uma superestrutura ideológica de domínio de classes, tendente a desaparecer com o desaparecimento das classes sociais. Portanto, Marx não formulou justificativas para a pena, mas seu pensamento repercutiu, sobretudo, nas bases da criminologia crítica e da reação social, que trouxeram um novo debate ao cenário jurídico-penal na década de 1960, no século XX, revelando o sistema penal como criminalizador e rotulador de indivíduos, bem como seletivo para a punição e segregação dos indesejáveis, superando as ideias da tradicional criminologia etiológica nos campos biológico (Lombroso), social (Ferri) e jurídico (Garófalo).

Assim, as contribuições teóricas da criminologia da reação social foram capazes de iniciar um processo de deslegitimação do discurso jurídico-penal, que relevou o sistema penal como seletivo, reprodutor de violência, criador de condições para maiores condutas lesivas, corrupção institucionalizada, concentração de poder, verticalização social e destruição de relações horizontais ou comunitárias (ZAFFARONI, 1991, p. 37).

Iniciado esse processo de crise da legitimidade do direito penal e de sua dogmática, os anos que se seguiram levaram ao agravamento dessa crise, em razão dos problemas gerados pela expansão do direito penal na sociedade pós-industrial, denominada pelo sociólogo alemão Ulrich Beck como “sociedade de risco”.<sup>13</sup>

Partindo dessas reflexões, alguns doutrinadores penais passaram a analisar o fenômeno de expansão do direito penal no final do século XX e início do século XXI a partir de diferentes perspectivas.<sup>14</sup>

---

13. Para o sociólogo alemão Ulrich Beck, a sociedade do final do século XX, época marcada por um crescente desenvolvimento tecnológico e pela institucionalização do Estado de Bem-Estar Social, sobrepõe os problemas de distribuição de riscos gerados por esse desenvolvimento aos problemas gerados em torno da distribuição de riqueza (típicos de uma sociedade de escassez). Nessa sociedade, a demanda por segurança é crescente e a solidariedade social é marcada pelo medo, e há o processo de individualização (processo de dependência do mercado em todas as dimensões da conduta na vida) das massas (BECK, 2011, p. 26).

14. Em que pese o autor alemão Beck ter apontado tais características nos países desenvolvidos – principalmente os da Europa da segunda metade do século XX –, no Brasil, em decorrência do fenômeno da globalização, da assinatura de tratados internacionais e das políticas sociais desenvolvidas no início do século XXI, é possível observar traços

Silva Sanchez, em sua famosa obra “A expansão do Direito Penal”, analisa o avanço do direito penal na sociedade de riscos, apontando, como aspectos de tendência geral, a criação de novos bens jurídico-penais, a ampliação dos espaços de riscos jurídicos penalmente relevantes, a flexibilização das regras de imputação, a relativização dos princípios político-criminais (SANCHEZ, 2001, p. 56).

Contudo, os discursos jurídico-penais de garantias típicos do direito penal clássico mantêm-se alinhados à ideia de igualdade formal, sem considerar as novas demandas por criminalização, as distorções entre discurso e prática e diferentes posições de vulnerabilidade social dos destinatários desses discursos.

Há ainda que se considerar que o discurso jurídico-penal garantidor, baseado na retribuição e na ressocialização, convive com outros discursos antagônicos: o policial, que é predominantemente moralizante, e o penitenciário, que é predominantemente terapêutico, circunstância que reforça a incoerência de suas ideias com a aplicabilidade do direito penal (ZAFFARONI, 1991, p. 40).

Do exposto, é possível observar que essas novas características de expansão do direito penal, cujos problemas geram demandas que o direito penal clássico não consegue responder, aliadas à convivência de discursos antagônicos, mantêm uma desordem de orientação político criminal, levando à crise de legitimidade do direito penal na pós-modernidade, tanto de cunho teórico (divergência entre institutos do direito penal da lesão e do risco, e convivência entre discursos penais antagônicos) quanto prático (sobrecarga do sistema, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador).

Zaffaroni, em sua obra “Em busca das penas perdidas” faz uma análise acerca da crise de legitimidade do direito penal. Partindo dessa deslegitimação, Zaffaroni identifica algumas soluções que foram sendo desenvolvidas por doutrinadores penais para seu enfrentamento. Elas podem ser identificadas sob a forma de mecanismos de fuga, a partir do discurso relegitimante sistêmico (funcionalismo sistêmico); e sob formas de confirmação da deslegitimação, a partir do plano político-criminal, com o abolicionismo penal e o minimalismo penal.

Analisando os discursos relegitimantes sistêmicos, Zaffaroni indica, em uma concepção sistêmica, que o discurso jurídico-penal seria o regulador do

---

característicos da sociedade de risco, mesmo ainda se convivendo em uma sociedade marcada pela escassez na distribuição social da riqueza. Portanto, as análises em torno da expansão do direito penal feitas pelos teóricos penalistas europeus também podem ser observadas no país.

“controle social” frente às condutas “desviadas”. Portanto, o discurso sistêmico parte da ideia de necessidade de manutenção do sistema social, sendo o direito penal funcional para garantir o consenso e equilibrar esse sistema. Aduz o autor que essa resposta à deslegitimação não enfrenta os problemas gerados pela divergência entre o discurso penal e a aplicação do direito, mas apenas se limita a responder que o direito penal é necessário para a funcionalidade do sistema social e, portanto, legítimo. Adverte que esse discurso abre espaço para a diminuição e até mesmo exclusão das garantias limitadoras do poder repressivo, levando ao exercício arbitrário do poder (ZAFFARONI, 1991, p. 87).

No tocante às respostas sob a forma de confirmação da deslegitimação, o abolicionismo penal, segundo o autor, nega legitimidade a qualquer sistema penal e propõe a solução de conflitos por instâncias e mecanismos informais. Parte da necessidade de se preencher o vazio da distância entre as ciências sociais e o discurso jurídico (ZAFFARONI, 1991, p. 93).

Na esteira do minimalismo penal, Ferrajoli entende ser o direito penal necessário para prevenção de uma reação formal ou informal mais violenta contra o direito que o próprio delito. Ferrajoli trabalha com a ideia de legitimação interna e externa do direito penal. A legitimação externa refere-se a princípios normativos externos ao direito positivo, nessa esteira, o direito penal será considerado justo, a partir de sua avaliação com base em critérios de avaliação moral, políticos ou utilitários (metajurídicos). Já a legitimação interna refere-se à validade da norma penal conforme as demais normas de direito positivo que disciplinam a sua criação. Entende que os princípios garantistas se configuram um sistema epistemológico de identificação do desvio destinado a assegurar o máximo de racionalidade e confiabilidade no juízo e, portanto, de limitação do poder punitivo e de tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2002, p. 178).

Já o criminólogo Alessandro Baratta propõe a redução do direito penal à tutela dos direitos humanos, bem como a descriminalização e construção de alternativas ao sistema penal. Propõe a construção de uma política criminal alternativa, que reservaria ao direito penal um papel relativo, a relativização do “momento penal” é entendida como uma técnica de construção e resolução de problemas sociais, integrando-se com uma perspectiva extrapenal mais complexa de reconstrução dos problemas, tendo em vista uma resposta adequada e orgânica a eles (BARATTA, 2002, p. 221).

Ainda na esteira do direito penal mínimo, Hassemer vislumbra a adoção do direito de intervenção como mecanismo de retirar do direito penal demandas que não lhe pertencem, reduzindo a tutela penal ao que se denomina de direito penal nuclear, que visa à proteção dos bens jurídicos individuais, sem imputar

pena privativa de liberdade. Assim, Hassemer propõe que, por meio do direito de intervenção, seria possível esvaziar o direito penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo, restringindo a pena privativa de liberdade aos tipos penais que tutelam bens jurídicos individuais (vida, liberdade, integridade física, patrimônio, dignidade sexual) (OLIVEIRA, 2013, p. 65).

Silva Sanchez propõe a adoção do direito penal em duas velocidades, na qual a primeira corresponderia ao direito penal liberal, voltado à tutela dos bens individuais e dotado de todas as garantias processuais e penais. Já o direito penal de segunda velocidade corresponderia ao âmbito de expansão do direito penal moderno, que se estende por tipos penais abstratos e tutela bens jurídicos coletivos, e no qual se permite a flexibilização de direitos e garantias, mas sem a previsão de pena privativa de liberdade.

Há ainda que se registrar a proposta de adaptação discursiva defendida por Luis Gracia Martín. O autor, partindo da ideia de que o estado atual das legislações penais desenvolve argumentações favoráveis à legitimidade da assunção pelo direito penal de novos conteúdos que contemplem a proteção dos bens jurídicos reconhecidos pelo Estado de Direito, propõe a necessidade de adequar as garantias penais às demandas do Estado Social, que reclamam a intervenção penal para a proteção de novos bens jurídicos da vida econômica, que costumam ser denominados coletivos, universais ou, também, supraindividuais. Para o autor, a consolidação do Estado Social Democrata de Direito exige a expansão do direito penal para abarcar a criminalização das condutas das classes superiores que mantém as desigualdades e o distanciamento das classes sociais (MARTIN, 2005, p. 48).

Constatada a crise do sistema penal gerada tanto pela divergência teórica e prática quanto pelas distorções entre a teoria do direito penal clássico baseada na igualdade formal e a desigual seletividade penal prática, gerando uma sobrecarga do sistema e conseqüentemente sua ineficiência, na esteira das soluções apresentadas pelos autores que buscam responder à crise pelo enfrentamento, verifica-se a necessidade de racionalizar o sistema pela contenção de sua expansão deslegitimante, uma vez que essa expansão torna o sistema penal incapaz de servir aos fins a que se propõe (proteção subsidiária de bens jurídicos e alcance das funções preventivas da pena).

Das soluções apresentadas para a crise de legitimidade do sistema penal, verifica-se que a resposta dada à crise pelo funcionalismo sistêmico não é suficiente para resolver os problemas ligados às distorções teóricas e práticas do sistema, uma vez que trabalha a coerência das leis penais com o todo o ordenamento jurídico, reclamando de outras áreas (assistência social, política, segurança pública) o enfrentamento das distorções práticas da aplicação penal. De fato, as distorções

da aplicação do direito penal não podem ser enfrentadas unicamente pelo prisma jurídico-penal, mas há a necessidade de enfrentá-las também por esse prisma.

A solução proposta por Luis Gracia Martín também não é suficiente para responder à crise em países periféricos que enfrentam graves problemas sociais e aumento da violência. É possível constatar que a resposta do autor à crise de legitimidade é reorientar a política criminal de criminalização primária de condutas para proteger os direitos sociais. Contudo, em países de economia central, essa resposta pode parecer adequada ao enfrentamento da crise, dada a experimentação do Estado de Bem-Estar Social. Contudo, em países periféricos como o Brasil, que não experimentaram esse estágio de desenvolvimento estatal,<sup>15</sup> o redirecionamento da criminalização primária e a adequação dos institutos do direito penal clássico à tutela dos bens jurídicos supraindividuais mostram-se insuficientes para conter a crise de legitimidade gerada pela expansão do direito penal, bem como para resolver os problemas afetos à seletividade penal, sendo necessário o enfrentamento das questões de ordem prática.

Dentre as respostas que admitem a deslegitimação do direito penal, é possível extrair tanto do abolicionismo quanto do direito penal mínimo ferramentas para racionalizar a constante expansão do direito penal, seja por meio da redução do alcance da pena privativa de liberdade, seja pela ampliação das formas de resolução de conflito pela via da reparação.<sup>16</sup>

Nesse intuito, o acordo de não persecução penal, ao permitir o tratamento de situações-conflito fora do processo penal formal, ao excluir a pena privativa de liberdade de cláusula de acordo, bem como condicionar como requisito a reparação do dano, é instrumento apto a viabilizar política criminal de contenção da expansão do direito penal. Por tais características, faz-se necessário enxergá-lo sob tal perspectiva e identificar de que modo pode ser uma ferramenta de política criminal de racionalização do direito penal, frente à sua constante expansão.

### 3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O acordo de não persecução penal se insere no âmbito da justiça penal negociada, a qual tem o sistema de justiça americano como seu principal expoente,

---

15. A previsão constitucional de um Estado que reconhece direitos sociais não significa a efetivação desses direitos.

16. Roxin dispõe que a reparação do dano é vista como terceira via do direito penal, a qual possui um efeito ressocializador, pois obriga o autor a enfrentar as consequências dos seus atos e a aprender a conhecer os interesses legítimos da vítima (ROXIN, 1997. p. 109).

por meio dos institutos do *plea bargain* e do *plea agreement*, que correspondem a mais de 90% (noventa por cento) das condenações criminais nos Estados Unidos (CASTRO, 2019, p. 37).

De acordo com Máximo Langer, após a Guerra Fria, o sistema de justiça americano tornou-se o mais influente no mundo; ao longo das últimas décadas, foi possível observar a importação de institutos processuais e jurisdicionais para países de tradição de *civil law*.<sup>17</sup> Entre essas influências, destaca-se o modelo de *plea bargain*, que se incorporou aos países de tradição de *civil law* com características próprias, divergindo do modelo americano, sobretudo pelas diferenças estruturais de seus sistemas: o adversarial,<sup>18</sup> típico do direito penal estadunidense, e o inquisitorial,<sup>19</sup> típico dos países de *civil law* (LANGER, 2017, p. 21).

Em 1926, com o julgamento do caso *Hudson vs. United States*, a Suprema Corte norte-americana declarou constitucional a imposição de pena de prisão pelos juízos após a *plea of nolocontendere*. Assim, os acordos passaram ser utilizados como mecanismos para se reduzir o trâmite dos procedimentos criminais. O sistema de *plea bargain* foi regulado nos processos em âmbito federal pela *Rule of Criminal Procedure 11*, em decorrência de sua revisão em 1966, prevendo apenas a necessidade de o juiz verificar a voluntariedade da declaração de culpa com o entendimento da natureza da acusação e das consequências da acusação (CASTRO, 2019, p. 52).

17. O autor explica que essa influência do direito americano vai desde a forma de abordagem do direito pela teoria geral, incorporando elementos de pragmatismo legal, associações entre direito e economia, influências em áreas específicas (direito constitucional, direito tributário, direito dos valores mobiliários, direito empresarial, direito de patentes, arbitragem comercial internacional; educação legal), e até mesmo na estruturação da profissão de advogado, a partir de modelos de grandes escritórios de advocacia (LANGER, 2017, p. 21).

18. Conforme denota Ana Clara Camargo, o sistema adversarial é pilar do direito penal norte-americano, derivado das 5ª e 6ª Emendas da Carta de Direitos e incorporado pela 14ª Emenda, e se baseia na ideia de que a verdade se estabelece no choque de argumentações de pontos de vista diferentes sobre fatos e direitos perante árbitros neutros e passivos (CASTRO, 2019).

19. Máximo Langer entende que a conceituação entre sistema adversarial e inquisitorial para definir as características do sistema jurídico-penal do país deve ser feita com base no sistema de tipos-ideais proposto por Max Weber, o qual parte da ideia de que não existem tipos puros, mas, sim, tipos que se aproximam ou se afastam do tipo-ideal. Assim, entende que os países de tradição do *comom law* possuem características mais próximas ao modelo adversarial e que os países de *civil law* se aproximam do tipo ideal do sistema inquisitorial.

A partir da década de 1970, o *plea bargain* passa a ser adotado de forma expressiva nos Estados Unidos. Nos anos 1990 e primeira década no século XXI, mecanismos de se declarar uma pessoa culpada sem julgamento passaram a se espalhar por outros países pelo mundo, na esteira do *plea bargain*, a exemplo da Itália em 1988, Argentina em 1997, do Chile em 2000, da França em 2004, da Alemanha em 2009, da China em 2012, Bélgica em 2016 (LANGER, 2019, p. 04), demonstrando ser, portanto, uma tendência mundial o desenvolvimento de mecanismos que declaram culpa sem julgamento, evitando o tempo e custo dos processos. No Brasil, a justiça negociada é introduzida em 2019 pela Lei 13-964/2019, com a previsão do acordo de não persecução penal no art. 28-A do CPP.

Em que pese a negociação entre as partes no sistema de justiça criminal ser uma influência do direito norte-americano, os mecanismos de viabilização da justiça negociada diferem de um país para o outro.

Nos Estados Unidos, o *plea bargain* presume uma concepção adversarial diante de um julgador passivo, ou seja, as partes podem negociar para chegar a um acordo sobre o fim da disputa e, como a acusação tem amplos poderes para alterar ou diminuir acusações, a ampla discricionariedade do promotor de justiça lhe dá meios poderosos e flexíveis de negociação com a defesa acerca da assunção de culpa (LANGER, 2019, p. 26).

Para a celebração dos acordos nos Estados Unidos, são considerados: seriedade do delito; probabilidade de condenação além da dúvida razoável; qualidade do acervo probatório; custo do processo; duração do julgamento e incerteza do resultado (CASTRO, 2019, p. 25).

Para Langer, o modelo inquisitorial de processo penal, típico dos países de *civil law*, é incompatível com o *plea bargain*, dada a diferença de interpretação e significado que os diferentes atores do sistema de justiça criminal compreendem tanto do processo quanto de seu papel dentro dele. Assim, uma diferença substancial está no papel que o órgão acusador exerce nos diferentes sistemas. Nos países de *civil law*, que se aproximam de um modelo inquisitorial, o promotor de justiça está comprometido com a verdade acerca dos fatos investigados e com a obrigatoriedade da ação penal, não podendo dispor da imputação e nem dos sujeitos imputados, uma vez presentes a prova da autoria e os indícios suficientes de materialidade. Assim, é possível verificar desde já que a posição de negociação do órgão acusador não é tão ampla como no modelo adversarial (LANGER, 2017, p. 34).

Contudo, ele ressalta que essa aparente incompatibilidade entre o *plea bargain* e os sistemas de justiça inquisitorial vem sendo superada, seja em razão de

reformas penais e processuais penais que inserem institutos de direito penal adversarial aos respectivos Códigos penais e processuais penais, seja em razão da necessidade de dar uma resposta jurídica mais célere às situações-problema levadas ao sistema de justiça criminal. Assim, um grande número de países de *civil law* tem demonstrado interesse em traduzir esses mecanismos de negociação para seus processos. Aponta o autor que as causas são diversas, mas que uma comum é o aumento da criminalidade nos últimos anos, sobrevivendo a necessidade de enfrentar mais casos criminais em menos tempo (LANGER, 2017, p. 76).

Analisando os institutos de justiça penal negociada em quatro países de *civil law*, Alemanha, Itália, Argentina e França, Langer verifica que eles não se confundem com o *plea bargain* norte-americano, uma vez que eles foram desenvolvidos para satisfazer às demandas práticas de solução dos processos criminais, adequando-se aos seus institutos jurídicos.

No Brasil, não foi diferente. Previsto antes mesmo da introdução legislativa, por meio da Resolução 181/2017 do CNMP, foi justificado na necessidade de retirar a sobrecarga do sistema de justiça criminal e reservar a pena de prisão e o processo penal formal para os casos mais graves.<sup>20</sup> Em seus considerandos, a Resolução refere-se à quantidade de processos criminais em trâmite no país, desperdícios de recursos e morosidade da justiça.

O acordo de não persecução penal então foi inserido formalmente no ordenamento brasileiro pela Lei 13.964/2019, que acrescentou o art. 28-A ao CPP.<sup>21</sup>

---

20. Essa estratégia de utilizar a justiça negociada no âmbito penal antes mesmo de sua previsão normativa não é exclusiva do Brasil. Na Alemanha, o *Absprachen* foi utilizado pelos sujeitos do sistema de justiça criminal antes mesmo de sua previsão legislativa e possibilitava que a defesa celebrasse um acordo com o juiz para que, uma vez confessado o delito, a pena não excedesse certo limite, ou certo número de acusações fossem retiradas (LANGER, 2017, p. 34).

21. Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente: I – reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo; II – renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime; III – prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado

O acordo de não persecução penal no Brasil, conforme se verifica de sua leitura, se distancia bastante do instituto do *plea bargain*, uma vez que, em razão dele, não se instala no ordenamento jurídico mecanismos do sistema adversarial, de forma que não é possível ao órgão acusador barganhar acerca da pena de prisão.

O indiciado que aceita celebrar o acordo não terá contra si uma ação penal, portanto, não se torna formalmente réu. E, caso descumpra os termos do acordo, a consequência será enfrentar o processo penal, não advindo desse descumprimento qualquer critério para aumento da pena em futura condenação ou vedação da conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos.

A posição jurídica do promotor de justiça não se altera, continuando a ser uma “parte imparcial”,<sup>22</sup> garantidora de direitos constitucionais dos investigados, cujo interesse é a apuração da verdade dos fatos. Desse modo, o Ministério Público não dispõe de amplos poderes de negociação, não havendo o que se falar em liberdade de exclusão de imputação, ou de dispor do procedimento investigatório criminal correspondente sem a certeza da materialidade e autoria do fato criminal investigado. Outrossim, não há negociação sobre o direito de liberdade do investigado, uma vez que a pena de prisão é expressamente excluída do acordo.

Desse modo, o acordo somente é proposto após o encerramento do inquérito ou do procedimento investigatório correspondente, e apenas se o promotor de justiça formar a *opinio delicti* no sentido da denúncia. Assim, o ANPP não é um meio de encerramento mais célebre do processo, como ocorre com o *plea agreement*, mas uma forma de evitá-lo, visto que ele é proposto antes do oferecimento da peça acusatória; portanto, não há o que se falar em processo penal durante toda a execução do acordo.

---

pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); IV – pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou V – cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

22. A imparcialidade do Ministério Público nos sistemas de *civil law* e de tradição inquisitorial não pode ser encarada com a imparcialidade que se espera do órgão julgador, uma vez que, sendo parte e tendo contato com os elementos de investigação, está contaminado por essa visão dos fatos. Em razão disso, não raro essa imparcialidade atribuída ao Ministério Público é alvo de análises críticas por parte da doutrina penal pátria.

---

FALCONERY, Pollyanna Quintela. O acordo de não persecução penal e a relegitimação do direito penal no Brasil. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. vol. 191. ano 30. p. 235-259. São Paulo: Ed. RT, jul./ago. 2022.  
DOI: <https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.9620191.13>.

Outrossim, a confissão exigida para a celebração do acordo difere no *guilty plea*,<sup>23</sup> uma vez que, na hipótese de ser o acordo revogado, a confissão<sup>24</sup> é mais um meio de prova, dentre os demais, a ser valorado pelo juiz da causa, em futura ação penal.

Outro ponto a ser analisado é o alcance do acordo. O art. 28-A do CPP não traz um rol de crimes, mas critérios, quais sejam, a pena mínima deve ser inferior a quatro anos, excluindo de seu rol os crimes cometidos com violência e grave ameaça, além dos crimes praticados no âmbito da violência doméstica e familiar, caso o acordo seja celebrado em favor do agressor.

Esses requisitos estão harmonia com o art. 44 do CP, que regulamenta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Dessa forma, observa-se que o legislador confere ao Ministério Público a possibilidade de antecipar a conversão da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direito, sem dar tratamento formal de pena, caso as condições do imputado assim lhe forem favoráveis, evitando todos os trâmites do processo penal formal, uma vez que o resultado prático do processo penal correspondente provavelmente teria desfecho equivalente. Assim, o imputado, juntamente com seu advogado ou defensor, poderá avaliar as provas que o Ministério Público dispõe para produzir em eventual ação penal e decidirá se é vantajoso para ele celebrar o acordo, uma vez que, caso assim não deseje, terá à sua disposição as ferramentas processuais para provar eventual inocência, sem advir nenhuma consequência processual negativa dessa recusa.

Contudo, há uma grande vantagem na celebração do acordo pelo imputado, pois ele não terá contra si ação penal em curso e nem execução penal durante o período de cumprimento do acordo e poderá ainda negociar com o órgão acusador a redução do tempo e as condições do cumprimento da pena restritiva de direito.

Contudo, não se pode encarar o ANPP apenas como uma antecipação da pena restritiva de direitos que provavelmente seria aplicada em uma ação penal

---

23. O *guilty plea* é uma admissão de culpa perante a Corte que, se aceita, tem como consequência encerrar a fase de instrução processual e a fase de julgamento (*phase of determination of guilt or innocence*) (LANGER, 2017, p. 35).

24. Há de se atentar que a necessidade de confissão para celebração do acordo levanta discussões na doutrina em torno da voluntariedade do instituto, uma vez que o imputado pode, diante das vantagens processuais penais (evitar a ação penal), preferir assumir culpa, mesmo entendendo ser inocente, a correr o risco de se submeter ao processo penal formal.

correlata, uma vez que ele evita a ação penal e conseqüentemente os efeitos extrapenais da estigmatização do processo criminal, bem como traz como condição de sua celebração a reparação do dano, inserindo nessa toada a possibilidade de solucionar o conflito dos envolvidos, atendendo às necessidades reais das pessoas, na esteira das respostas à crise de legitimidade do direito penal, propostas pelo direito penal mínimo e até mesmo por autores abolicionistas.<sup>25</sup>

#### 4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO INSTRUMENTO POLÍTICO CRIMINAL DE RELEGITIMAÇÃO DO DIREITO PENAL NO BRASIL

Conforme exposto, o direito penal no século XXI enfrenta uma crise de legitimidade decorrente tanto das divergências teóricas entre institutos do direito penal da lesão e do risco, somadas à convivência entre discursos penais antagônicos, quanto de ordem prática, em face da sobrecarga do sistema penal, seletividade dos mais vulneráveis, pouca eficiência na proteção dos bens jurídicos, tanto no âmbito preventivo quanto reparador.

Constatou-se que a resposta a essa crise de legitimidade deve ocorrer buscando-se a racionalização da aplicação do direito penal, com a contenção de sua expansão, visto que ela é causa das distorções no próprio sistema.

As estratégias de contenção dessa expansão ocorrem tanto com o direcionamento do legislador para frear a criação de tipos penais que não afetem o núcleo dos direitos humanos e para desenvolver mecanismos alternativos de soluções de conflito (direito penal mínimo e abolicionismo penal) quanto com a progressiva retirada da previsão da pena de prisão em tipos penais que estariam situados fora do núcleo de proteção dos direitos individuais, uma vez se admitindo a inevitável expansão do direito penal para a tutela de bens supraindividuais (direito penal mínimo).

A previsão da celebração do acordo de não persecução penal no art. 28-A do CPP traz a possibilidade de realização da justiça negociada, mas obedecendo aos limites e contornos do modelo processual penal brasileiro de garantias, uma vez que possibilita ao investigado evitar uma ação penal, antecipando pena restritiva de direitos, sem o estigma gerado pelo processo e pela execução penal, após o encerramento das investigações sobre o fato. Ou seja, após a análise dos elementos

---

25. Hulsman, autor abolicionista penal, propõe como solução a substituição direta do sistema penal, não por um macronível estatal, mas por instâncias intermediárias ou individualizadas de solução de conflitos que atendam às necessidades reais das pessoas envolvidas (ZAFFARONI, 1991, p. 99).

informativos produzidos durante a fase de investigação juntamente com a defesa técnica, que avaliará as chances de êxito do Ministério Público em eventual ação penal, bem como das provas que ele pode produzir em juízo para obstar a procedência dessa ação. Assim, o imputado tem a liberdade e as condições de avaliar se o acordo será ou não vantajoso para ele.

Previsto para crimes com pena mínima inferior a quatro anos, cometidos sem violência ou grave ameaça, o acordo abarca uma quantidade significativa de tipos penais de perigo abstrato e de situações-conflito que poderiam ser tratadas fora do âmbito penal, mas que muitas vezes são definidas como crime pelo legislador em razão de sua utilização simbólica.

Desse modo, é possível utilizar o acordo como ferramenta de promoção de relegitimação do direito penal, na medida em que ele possibilita o tratamento não penal de situações-conflito criminalizadas, fruto da expansão do direito penal desassociada de orientação político-criminal. Pelo acordo de não persecução, o Ministério Público tanto pode se valer das condições já elencadas nos incisos I a IV do art. 28-A do CPP quanto fixar outra condição, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada, conforme o inciso V do referido artigo.

A importância dessa discussão reside nas possibilidades de devolução de situações-conflito que podem ser solucionadas por outras vias jurídicas, mas que o legislador deu tratamento penal em razão da força simbólica para expressar a desaprovação da conduta. Outrossim, para a celebração do acordo, a legislação prevê a necessidade de se perquirir, por meio das condições impostas, as funções retributivas e preventivas da pena, uma vez que exige que ele seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Impõe ainda como condição a reparação do dano causado.

Desse modo, ao propor o acordo, o Ministério Público deve atentar para a finalidade almejada pela norma penal, sem olvidar as funções da pena que devem ser atingidas por meio das condições impostas.

Como exemplos de crimes sujeitos à celebração do ANPP, é possível citar crimes da legislação de trânsito; da Lei que institui o Sistema Nacional de Armas; situações de tráfico de drogas em circunstâncias de privilégio; crimes ambientais; criminalidade organizada; crimes contra o patrimônio cometidos sem violência, a exemplo de furto e estelionato; crimes contra administração pública, como corrupção, peculato; crimes de responsabilidade de prefeitos; crimes tributários, entre outros.

Diante dessas situações, o Ministério Público pode construir a solução mais adequada ao caso concreto para a promoção da proteção dos bens jurídicos que

a norma penal visa tutelar com a criminalização da conduta, mediante práticas de prevenção, reprovação da conduta, sem se valer do processo penal formal e da sanção penal privativa de liberdade, cuja aptidão para a promoção dos fins preventivos geral e especial é constantemente questionada. O acordo possibilita ainda ao Ministério Público, para fins de alcance das finalidades, proteção do bem jurídico, a reparação do dano, e a reinserção da vítima como protagonista da situação-conflito, com a instituição de práticas restaurativas.

Fixadas essas premissas, diante dos problemas de legitimidade do direito penal, oriundos da sua crescente e constante expansão, é possível, por meio da utilização do acordo de não persecução penal, desenvolver política criminal apta a concretizar a proteção do bem jurídico tutelado com a norma e a restaurar a situação-conflito dos envolvidos.

Para tanto, é necessário que o Ministério Público utilize o acordo de forma institucional e visando ao alcance de uma política pública específica. Essa tarefa exige, sob pena de torná-lo uma fase burocrática procedimental, a articulação com órgãos estatais e a sociedade civil organizada, para que se busque, nos mais diversos campos, a reparação do dano social causado com a conduta e se devolva à comunidade a proteção que se espera com a tipificação da conduta.

Nesse sentido, é necessário diagnosticar as situações criminais de conflito sob uma perspectiva geral, ou seja, enxergar o crime dentro da realidade em que ele foi praticado, analisando o contexto e os valores comunitários envolvidos, de modo que se possa verificar se o caso é isolado ou se é um problema criminal recorrente na localidade e de que maneira ele prejudica os interesses, o desenvolvimento e o bem-estar coletivo.

Uma vez feita essa análise, caso seja um caso isolado, o promotor de justiça deve oferecer o acordo visando restaurar a situação de dano causada pela prática do ato criminal. Caso seja um problema recorrente na localidade, ele deve compreender o acordo como uma ferramenta de política criminal.

Nesse segundo caso, passa-se a verificar as formas de se evitar as práticas delitivas, fixando propostas de prestação de serviço, de restrição de direitos como cláusulas do acordo e/ou condição específica que se mostre capaz de alterar a realidade, evitando que novos delitos sejam praticados tanto pelo autor do fato quanto por terceiros, na medida em que se deve articular o tratamento penal da situação em conflito com outras ações, a exemplo de saúde, educação, assistência social, programas de acesso a mercado de trabalho, entre outros.

Por fim, para celebrar o acordo, deve-se chamar a vítima ao feito para discutir as formas de reparação do dano, devolvendo a ela o protagonismo da situação-conflito tratada penalmente, sob a mediação do Ministério Público.

Feito o acordo, necessário buscar parcerias de operacionalidade e fiscalização dessas cláusulas, de forma a garantir que elas sejam efetivamente cumpridas.

Assim, por exemplo, se, em uma determinada localidade, há muitos crimes ligados a lesões no trânsito decorrentes da condução do veículo após a ingestão de álcool, deve ser feita uma análise da situação apresentada, conhecendo-se o perfil dos autores do crime (profissão, faixa etária, local onde moram – zona rural ou urbana), verificando-se o período de incidência dos delitos (noite, finais de semana) e os locais em que são praticados (povoados, rodovias, centro da cidade). Feita a análise, vai se buscar a melhor estratégia para celebrar os acordos, de modo a evitar que o agente volte a praticar a conduta que expõe a risco de lesão bem jurídico de terceiros, fixando as cláusulas do acordo nesse sentido. Assim, a cláusula do acordo deve contemplar formas de o imputado reparar o dano e repensar a ação praticada, internalizando como valor ético a não condução de veículo após a ingestão de álcool. Para tanto, necessário que na localidade existam cursos de reciclagem ou terapias de grupo, ou mesmo grupos de trabalho que forneçam esse serviço para que o imputado possa frequentá-lo, de modo que seja viável, pela celebração de vários acordos nesse sentido, executar uma política pública capaz de mudar a realidade do local.

Além dessa possibilidade, é necessário ainda desenvolver, no âmbito da celebração do ANPP, práticas de justiça restaurativas, que possibilitem a resolução da situação-conflito tutelada pelo tipo penal e que não se resolve pelo processo penal formal, reinserindo a vítima como uma das protagonistas da resolução do conflito, de modo que ela se sinta reparada pela lesão sofrida.

Portanto, verifica-se que o acordo de não persecução penal previsto no art. 28-A do CPP pode ser uma importante ferramenta de desenvolvimento de política pública. Contudo, ele somente assim o será se trabalhado de forma institucionalmente coesa pelo Ministério Público, o qual deverá fixar objetivos claros a serem alcançados com o acordo em face das diversas situações-problema, e de forma articulada com os demais agentes sociais, tanto órgãos estatais quanto a sociedade civil organizada, para viabilizar o cumprimento de suas condições.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acordo de não persecução penal, ao permitir o tratamento de situações-conflito fora do processo penal formal, é instrumento apto a solucionar conflitos que o legislador deu tratamento penal por força do poder simbólico, mas que não estão necessariamente submetidos à pena de prisão, conforme os requisitos do art. 44 do CP, que trata da conversão de pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos.

Ao evitar o processo penal formal, prever cláusula aberta de cumprimento de condição proporcional e compatível com a infração penal e incluir a necessidade de reparação do dano, o ANPP apresenta-se como um instrumento de viabilização de políticas criminais aptas a tutelarem de forma mais eficaz o bem jurídico protegido pelo tipo penal, bem como solucionar situações-conflito que o processo penal formal é incapaz de resolver.

Conciliando o fundamento das propostas de solução de enfrentamento dos problemas da expansão do direito penal dado pela doutrina penal no sentido do direito penal mínimo com a recente previsão do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, é necessário enxergar o acordo para além de um mero instituto negocial penal, uma vez que ele pode ser uma ferramenta de promoção de políticas criminais voltada à proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral e especial, bem como pela reparação do dano.

Enfrentar a situação de crise de legitimidade do direito penal envolve compreender que tanto as distorções de cunho teórico quanto prático necessitam ser abordadas de maneira integrada com os demais ramos do direito, da ciência criminal e das ciências sociais. Os problemas gerados pela divergência entre o discurso penal e a prática do sistema reclamam tanto a adequação do discurso penal às novas necessidades de tutela penal – no sentido proposto por Luis Gracia Martín, não no sentido de suprimir as garantias, mas de dar interpretação que abarque a crescente demanda social de proteção de bens jurídicos coletivos – quanto reclamam a adequação prática do sistema ao discurso de garantias, de modo que os agentes envolvidos com a segurança pública não sejam reprodutores de violência institucional dos mais vulneráveis, seja realinhando o discurso policial com o penal garantidor, seja minimizando e reduzindo as vulnerabilidades sociais dos indivíduos, tanto por meio de políticas públicas que lhes garantam direitos sociais quanto pelo acesso às instituições democráticas e aos espaços de deliberação de política pública.

É insuficiente a adequação do discurso penal liberal ou clássico para enfrentar as distorções desse discurso com a seletividade penal prática sem enfrentar de maneira sistêmica todos os fatores que tornam esses indivíduos vulneráveis, que geram o aumento de violência, que os distanciam dos espaços de deliberação das políticas públicas que os afetam.

Assim, o enfrentamento da crise de legitimidade do direito penal, dentro do modelo jurídico de Estado Democrático Constitucional, exige o enfrentamento integrado dos problemas acerca dos quais as distorções geradas pelo sistema penal são apenas uma de suas expressões.

Nesse sentido, é certo que o ANPP não é a solução para crise, mas pode e deve ser encarado como uma resposta a ela, de modo a restabelecer, ainda que parcialmente (nos casos em que incide), a racionalização do direito penal, por meio do alinhamento dos seus institutos com os fins que busca. Portanto, o acordo é apto a ser uma importante ferramenta político-criminal de redução da expansão penal.

Desse modo, é de extrema importância o debate acadêmico e institucional ministerial do acordo de não persecução penal não limitado a seus aspectos formais e procedimentais, mas como instrumento de política criminal a serviço do enfrentamento dos problemas de legitimidade gerados pela expansão do direito penal.

## 6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ANITUA, Gabriel Inácio. *História dos pensamentos crimonológicos*. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Ed. Revan; Instituto Carioca de Criminologia, 2002.
- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco – rumo à modernidade*. 2. ed. Trad. Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2011.
- CASTRO, Ana Clara Camargo de. *Plea Bargain: resolução penal pactuada nos Estados Unidos*. Belo Horizonte: Ed. D'Plácido, 2019.
- DIAS, Jorge Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: o homem delinquente e a sociedade criminógena*. 2. reimpr. Coimbra: E. Coimbra, 1997.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Ed. RT, 2002.
- LANGER, Máximo. Dos transplantes jurídicos às traduções jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, [S.l.], v. 2, n. 3, p. 19-115, 2017. Disponível em: [<https://doi.org/10.24861/2526-5180.v2i3.41>]. Acesso em: 20.01.2022.
- LANGER, Máximo. Plea bargaining, trial-avoiding conviction mechanisms, and the global administratization of criminal convictions. *Annual Review of Criminology*, [S.l.], v. 4, p. 377-441, jan. 2021. Disponível em: [[www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255](http://www.annualreviews.org/doi/10.1146/annurev-criminol-032317-092255)].
- MARTIN, Luis Gracia. *Prolegômenos para a luta pela modernização e expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2005.

- OLIVEIRA, Ana Carolina Carlos de. *Hassemer e o direito penal brasileiro*. São Paulo: IBCCRIM, 2013.
- ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría do delito*. Trad. de la 2. ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña. Madrid: Ed. Civita, 1997. t. 1.
- SAFATLE, Vladimir. *Só mais um esforço*. São Paulo: Três Estrelas, 2017.
- SANCHEZ, Jesus-Maria Silva. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal na sociedade pós-industrial*. 3. ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição de excesso e de insuficiência. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 47, p. 60-122, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *Em busca das penas perdidas*. 5. ed. Trad. Vânia Romano Pedrosa e Amir Lopes da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



## PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREA DO DIREITO: Penal

### Veja também Doutrinas relacionadas tema

- Acordo de não persecução penal: um caso de direito penal das consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276;
- Desafios e desvios do sistema criminal brasileiro, de Miguel Reale Júnior e Paula Thieme Kagueiama – *RT* 1019/277-304; e
- Pragmatismo como suporte filosófico à justiça penal negociada, de Christiano Jorge Santos e Fernando de Oliveira Zonta – *RePro* 317/33-55.