

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™**

JUSTIÇA SEM PROCESSO? O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO POSSÍVEL INSTRUMENTO POLÍTICO-CRIMINAL

JUSTICE WITHOUT PROCESS? THE NON-PROSECUTION AGREEMENT AS A POTENTIAL TOOL OF CRIMINAL POLICY

MARCO AURÉLIO NUNES DA SILVEIRA

Doutor em Direito (UFPR). Docente permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná. Professor de Direito Processual Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná. *Profesor titular del Doctorado en Ciencias Penales – Universidad San Carlos de Guatemala*. Presidente-Fundador do Observatório da Mentalidade Inquisitória (Gestão 2016-2020).

Lattes: [<http://lattes.cnpq.br/6931615599694788>].

ORCID: [<https://orcid.org/0000-0001-9227-6212>].

DOI: [<https://doi.org/10.54415/rbccrim.v191in.%20191.227>].

marco@nunesdasilveira.com.br

Autor convidado

ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

RESUMO: O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), introduzido no ordenamento processual penal brasileiro em 2019, se apresenta como um instituto hibridizado, que guarda características inerentes à barganha judicial, fundadas na concepção essencialmente punitiva do sistema penal, ainda predominante no Brasil, além de elementos típicos das saídas alternativas ao processo e à pena, potencialmente adequados ao paradigma restaurativo de justiça criminal. Diante disso, propõe-se interpretação jurídica alternativa, capaz de ressaltar o segundo aspecto, com a finalidade de inserir o ANPP no contexto da adoção de um projeto político-criminal democrático.

PALAVRAS-CHAVE: Acordo de não persecução penal – Direito processual penal – Práticas restaurativas – Política criminal – Reformas de justiça criminal.

ABSTRACT: The non-prosecution agreement (NPA), introduced in the Brazilian criminal procedure in 2019, is characterized as a hybrid institute, which embraces "plea bargaining model" features, based on the essentially punitive conception of the penal system, still predominant in Brazil, in addition to elements that are typical from the "alternatives to imprisonment model", which may refer to the restorative paradigm of criminal justice. In this context, this research proposes an alternative legal interpretation, capable of highlighting the second aspect, in order to insert the NPA in the scope of a democratic criminal political Project.

KEYWORDS: Criminal justice reform – Criminal policy – Criminal procedure law – Non-prosecution agreement – Restorative practices.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Política-criminal e processo penal (ainda) hoje: a ilusão da ideologia da defesa social. 3. As soluções fora do processo: uma nova finalidade para a justiça criminal?. 4. O acordo de não persecução penal e a "nova" justiça criminal: deficiências normativas e oportunidades restaurativas. 5. Considerações finais. 6. Referências. Legislação.

1. INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro, pela Lei 13.964/19, com a declarada finalidade (presente na “Justificação” do Projeto de Lei 10.372/18) de “desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves”.¹

Essa finalidade não destoa integralmente dos discursos reformistas contemporâneos do sistema penal, inclusive de base minimalista e, em alguma medida, abolicionista, dos quais é exemplo o atual movimento de reforma processual penal latino-americano. Contudo, como a própria escolha de palavras (“combate ao crime”) revela, o projeto de lei brasileiro pretendeu reforçar o caráter punitivo, inerente ao sistema penal, na concepção do ANPP.

Nesse contexto, apregoando-se uma releitura constitucional e democrática da justiça criminal, propõe-se a investigação (problema de pesquisa) sobre a possibilidade de o ANPP servir como meio para a introdução, no direito brasileiro, das *saídas fora do processo*, a exemplo da experiência de reforma processual penal latino-americana, bem como, em caso positivo, identificar limites e obstáculos.

Para dar conta da tarefa, em revisão histórico-crítica, buscamos demonstrar a vinculação entre a formação e a reprodução do sistema penal pátrio àquilo que Alessandro Baratta chamou de *defesa social*, partindo-se, aqui, da premissa de que essa ainda é a base ideológica das práticas punitivas observadas.

Então, para o fim de refletir sobre o papel político que o ANPP poderia (ou deveria) desempenhar em nosso país, com partida em Alberto Binder, apresentamos os elementos de uma política criminal democrática, inserida num plano mais amplo de políticas públicas.

Ao cabo, analisaremos a previsão da normativa do instituto, no Código de Processo Penal vigente, para propor interpretação adequada aos ditames constitucionais e aos fins político-criminais aqui declarados.

1. BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 10.372*, de 06.06.2018. Brasília, DF, 2018. Disponível em: [www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170]. Acesso em 15.03.2022.

2. POLÍTICA-CRIMINAL E PROCESSO PENAL (AINDA) HOJE: A ILUSÃO DA IDEOLOGIA DA DEFESA SOCIAL

É possível propor que os saberes criminológicos, ainda que floresçam intensamente em certos espaços acadêmicos, têm contribuído muito menos do que deveriam na formulação legislativa e, de maneira geral, no planejamento político-criminal no Brasil, fato que se observou – e se observa – em todos os governos que atuaram desde a redemocratização. Com efeito, a intervenção penal do Estado na sociedade, em todas as suas esferas, da segurança pública até a execução penal, com passagem pelo processo penal, ainda é regida pela lógica de que a solução para todos os problemas relacionados à criminalidade está no direito penal e no encarceramento, no contexto daquilo que Alessandro Baratta denominou *ideologia da defesa social*.²

Segundo o autor, como resultado da mescla, no final do séc. XIX e início do séc. XX, dos ideários clássico e positivista, consolida-se um modelo de ciências penais integradas fundado na noção de que o sistema penal é o mecanismo prioritário de “defesa” da sociedade em relação ao fenômeno criminal. Tal concepção é, em última análise, a base de legitimação do sistema penal vigente.³

Nesse contexto, a política criminal é movida pela crença (eis o motivo que leva Baratta a falar em *ideologia*) de que o papel de prevenção geral e especial, apregoado ao sistema penal e à pena, seria capaz de resolver todos os problemas sociais ligados ao crime. Em outras palavras, a prevenção à criminalidade seria operada, por um lado, por meio da ameaça de sanção penal, em abstrato, pela tipificação de condutas na lei penal e/ou pelo aumento das respectivas penas e, por outro, pelo encarceramento de pessoas que pratiquem tais condutas. Para dizer de forma ainda mais clara: a punibilidade em abstrato e a concreta punição teriam os efeitos automáticos de redução e controle da criminalidade.

No caso latino-americano, e mais especificamente no caso brasileiro, tal ordem de ideias foi integralmente encampada, no alvorecer do Brasil republicano, com um elemento adicional: a finalidade precípua de controle social das populações recentemente libertadas da escravidão.⁴ Sem exageros, é possível dizer que o nascimento do direito penal republicano tem íntima relação com a abolição da

2. BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999. p. 41 e ss.

3. *Ibidem*, p. 44.

4. Para uma breve, mas abrangente, análise da reforma da legislação penal operada, no final do séc. XIX, no Brasil republicano, ver: ZAFFARONI, Eugenio R., BATISTA, Nilo

escravatura, promovendo um amálgama entre a exclusão racial e a exclusão econômico-social, o que pode contribuir para a compreensão de mecanismos informais racistas que ainda operam, mais de um século e meio depois.

A criminalização da negritude e da pobreza é, efetivamente, o alicerce do sistema penal brasileiro republicano, erigido sobre um “novo” discurso científico, positivista e essencialmente racista, que promoveu a substituição da *inferioridade racial jurídica*, vigente durante os longos anos de escravismo, por uma *inferioridade racial científica*, apregoadada no contexto do *racismo científico* do séc. XIX, difundido por autores como Samuel Morton, Arthur de Gobineau, Charles Galton, entre vários outros.

No campo específico das ciências criminais, a conhecida obra de Lombroso, *O homem delinquente*, aponta um fator antropológico (que o autor chama de “influência racial”) como sintoma da degeneração hereditária e como elemento determinante na produção do *criminoso atávico* (criminoso “nato”). Em suas palavras:

“Acima, mencionamos a grande influência da raça no crime [...]. Os ciganos geralmente podiam ser chamados, como os beduínos, de uma raça de malfeitores associados. Nos Estados Unidos, o negro (de acordo com A. Maury); no sul da Itália, o albanês e o grego parecem influenciar em um sentido semelhante, e às vezes até o indígena; St. Joríoz escreveu, por exemplo, falando de Sora [cidade na Turquia]: ‘Este belo país está formigando com ladrões; existem tantos quantos os habitantes.’”⁵

Na América Latina, e, portanto, no Brasil, na passagem dos séculos XIX e XX, o ideário criminológico positivista foi amplamente incorporado, com sua suposta base científica, aos ditames político-criminais do momento.⁶

Um grande exemplo dessa incorporação está no pensamento de Raimundo Nina Rodrigues, influente médico legista e psiquiatra do final do séc. XIX, fundador da antropologia criminal no Brasil, para quem a defesa social, em face do

et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. I. p. 440 e ss.

5. LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquente in rapporto all’antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897. v. III. p. 287-288 (tradução livre).

6. Sobre o tema, recomendamos: GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

crime (expressamente identificado com o que chama de “raças inferiores”), era tarefa a ser cumprida por meio do sistema penal.⁷ De sua obra:

“[...] o gérmen da criminalidade – fecundado pela tendência degenerativa do mestiçamento, pela impulsividade dominante das raças inferiores, ainda marcadas do estigma infamante da escravidão recentemente extinta, pela consciência geral, prestes a formar-se, da inconsistência das doutrinas penes fundadas no livre arbítrio –, semeado em solo tão fértil e cuidadosamente amanhado, há de por força vir a produzir o crime em vegetação luxuriante, tropical verdadeiramente.”⁸

Desde aí, ao longo do séc. XX, consolida-se uma visão totalizante do sistema penal, ainda hoje predominante, para a qual todas as condutas sociais tidas por desviantes devem ser necessariamente disciplinadas punitivamente.⁹

É evidente que o panorama jurídico e social contemporâneo, fruto de alguns avanços – por exemplo, no campo constitucional – e muitas permanências e retrocessos, é diverso daquele da passagem do Oitocentos para o Novecentos. É certo, ainda, que a ordem constitucional hodierna consagra extenso rol de garantias penais e processuais penais e repudia qualquer forma de discriminação, fato que, embora impeça a circulação explícita, em agências oficiais de segurança pública e persecução penal, de discursos como aqueles que fundaram nosso sistema penal, ainda não foi capaz de romper práticas sociais e estatais bastante consolidadas nesse âmbito.

De fato, nossa legislação e nossa *práxis* jurídico-penal seguem reproduzindo a *ideologia da defesa social*, talvez com maior intensidade. A título de exemplo, entre vários outros, convém lembrar que a Lei dos Crimes Hediondos

7. NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Edelstein, 2011. No texto, de 1894, a inferioridade racial é declarada, pelo autor, com base nas teses do racismo científico europeu: “a civilização ariana está representada no Brasil por uma fraca minoria da raça branca a quem ficou o encargo de defendê-la [...] [dos] atos antissociais das raças inferiores, sejam estes verdadeiros crimes no conceito dessas raças, sejam, ao contrário, manifestações do conflito, da luta pela existência entre a civilização superior da raça branca e os esboços de civilização das raças conquistadas ou submetidas” (p. 72).

8. *Ibidem*, p. 76.

9. Vale mencionar que, em relação ao que chamava de “raças inferiores ou atrasadas”, Nina Rodrigues defendia a intervenção penal em relação a crianças e adolescentes, sob o argumento de que seu “desenvolvimento mental é muito mais rápido, a maturidade mais precoce [...] do que nos povos cultos ou civilizados” (*Ibidem*, p. 78).

(Lei 8.072/90), que representa um dos diversos fatores determinantes do superencarceramento hoje observado,¹⁰ foi aprovada e publicada pouco tempo depois da Constituição de 1988.

É justo supor que governos recentes procuraram ampliar o foco da persecução penal, buscando atingir outras esferas de criminalidade, como a política e a econômica. De todo modo, verifica-se que o discurso é precisamente o mesmo: a criminalidade teria que ser “combatida” por meio da criação de novas leis penais e do incremento da atuação punitiva do Estado.¹¹

Em suma, ainda que os debates sobre meios alternativos de atuação do sistema de justiça criminal e sobre a política criminal de viés preventivo/restaurativo tenham surgido há algumas décadas no meio acadêmico, os campos político, policial, judicial e social (em geral), predominantemente, seguem reproduzindo a ideia de que o direito penal deve ser principal (ou o único) mecanismo de “controle de criminalidade”. Preservam-se, pois, as bases de uma política criminal exclusivamente punitiva (*defesa social*).

Nesse contexto, o direito processual penal e o aparato da justiça criminal se restringem a seu tradicional papel de ferramentas de atuação repressiva da lei penal, praticamente unânime em manuais doutrinários ao longo do século anterior

-
10. Segundo relatório do ILANUD (*Relatório de Pesquisa: a Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, 2005), a Lei dos Crimes Hediondos produziu efeitos inócuos na redução da criminalidade e teve impacto direto no aumento da população carcerária no Brasil.
 11. Com efeito, o atual Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023), no capítulo em que discute “O impacto do crime sobre a população de baixa renda, igualdade de direitos e fronteiras”, afirma que: “entre outros fatores que podem determinar a quantidade de atos criminosos praticados por um indivíduo, ganham relevo a *probabilidade de sua detenção e a severidade da punição*, caso detido. O objetivo da sociedade, para diminuir os custos financeiros da criminalidade, passa a ser a otimização dos recursos finitos, *o que se alcança por meio da dissuasão (aumento da probabilidade de detenção e a severidade da punição)*. [...] Entre outras medidas [...], identifica-se o aumento do policiamento, com a advertência, entretanto, de que seu uso não é garantia automática de bons resultados, pois ‘depende da forma como a polícia é usada e as circunstâncias em que é usada. Seu uso tem-se mostrado mais eficiente quando dirigido a áreas de alto risco e a indivíduos de alto risco’. É por isso que a propositura de medidas tendentes à prevenção e repressão de delitos, com aperfeiçoamento das medidas de processo e julgamento de crimes, favorece em primeiro lugar as comunidades de mais baixa renda” (BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020-2023*. Brasília, DF, 2019, grifos nossos).

e ainda vicejante no senso comum dos juristas, sem embargo de importantes vozes dissonantes aqui e ali.

De fato, nos campos (ainda minoritários) da criminologia crítica e da dogmática crítica do direito penal e do processo penal, gradualmente, ergueu-se o consenso de que é impossível demonstrar que o sistema penal tenha concretamente sido capaz de cumprir, em qualquer momento de sua história contemporânea, as funções tradicionais (ideológicas) da pena (retribuição, prevenção e ressocialização) – que são o pano de fundo da lei penal e da pena como instrumentos de *defesa social*.

Entre os inúmeros autores e autoras que argumentaram no sentido de que o sistema penal não é capaz de cumprir aquelas promessas, vale destacar Zaffaroni e seu frutífero esforço de deslegitimação do sistema penal latino-americano¹² e de propositura de uma teoria negativa e agnóstica da pena, que se constrói a partir da premissa de que não é possível saber se a pena efetivamente cumpre aquelas funções manifestas e, também, não são conhecidas todas as funções reais (frequentemente nocivas à própria sociedade) que a pena efetivamente cumpre.¹³ Nesse sentido, conforme o autor, a pena deveria ser conceituada como:

“uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza os perigos iminentes. [...]. Essa teoria negativa e agnóstica da pena permite incorporar as leis penais latentes e eventuais ao horizonte do direito penal e, por conseguinte, fazer delas sua matéria, assim como *desautoriza os elementos discursivos negativos do direito penal dominante*.”¹⁴

Então, diante da deslegitimação da base ideológica da defesa social, surge a necessidade de repensar o próprio papel do sistema de justiça criminal na gestão dos fatos sociais, de ordem criminal, que se apresentam.

A política criminal contemporânea, por suas diversas agências brasileiras (nos âmbitos dos Poderes Legislativo, Judiciário e Executivo, além do Ministério

-
12. Sobre esse tema, ainda que o autor tenha retornado ao tema em escritos mais recentes, recomenda-se a leitura de textos já clássicos, como: a) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988; b) ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
 13. Ver, sobre a teoria negativa e agnóstica da pena: ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro...*, cit., p. 97 e ss.
 14. ZAFFARONI, E. R. et al. *Direito penal brasileiro...*, cit., p. 99-100 (grifos no original).

Público), precisa reconhecer e tornar operacionais modelos de intervenção na sociedade, em relação ao fenômeno criminal, que partam da premissa de que a solução *não* está inexoravelmente no direito penal. O programa político-criminal vigente aposta no direito penal como solução única para todos os casos, com todos os efeitos deletérios, para os indivíduos e a sociedade, que decorrem dos processos de estigmatização e do encarceramento, ao passo que se desperdiça a oportunidade de identificar as possíveis soluções individualizadas mais adequadas para cada caso penal considerado.

Entendemos que essa visão político-criminal não punitiva, quer tenha características minimalistas ou abolicionistas (debate que, aqui, será deixado de lado), deve ser generalizada para os fins de concretização de um projeto democrático de sociedade, ainda que seja necessário reconhecer que – embora de forma tímida e, quase sempre, dependente de iniciativas individuais de membros da magistratura e do Ministério Público – já estão em curso diversos e bem-sucedidos projetos de justiça restaurativa e de fomento às soluções não contenciosas e não judicializadas.

Esse parece ser um bom ponto de partida para o estudo do *acordo de não persecução penal* (doravante referido como ANPP), eis que, a depender do preenchimento de determinadas condições, poderia contribuir para a superação do perfil repressivo que predomina na política criminal brasileira e para a priorização de soluções preventivas, desjudicializadas, não punitivas e/ou focadas na redução de danos, que chamaremos, aqui, genericamente, de *soluções fora do processo*.

3. AS SOLUÇÕES FORA DO PROCESSO: UMA NOVA FINALIDADE PARA A JUSTIÇA CRIMINAL?

Em sua obra *Análisis político criminal*, Alberto Binder propõe que a política criminal deve ser entendida, no contexto das políticas públicas, de modo que a escolha (como decisão política) das áreas de intervenção penal envolva a adequada conjugação de informações, princípios técnicos e valores sociopolíticos, não limitados ao aspecto estritamente jurídico-penal e adequados às limitações (inclusive constitucionais) inerentes às democracias contemporâneas.

Aqui, pois, está ubicada uma importante deficiência – marcada pela desconexão entre o meio acadêmico e o meio político-institucional, fruto da ausência de diálogo entre os saberes criminológicos e as instâncias de decisão política –, na medida em que não há uma verdadeira *escolha política* sobre como, quando e com qual intensidade atuar sobre o fenômeno criminal: essa “escolha” já foi feita

pela adesão acrítica a um “direito penal histórico”, naturalizado como necessário e imanente.¹⁵

Em larga medida, essa desconexão entre os saberes ditos “teóricos” e a “prática” se projeta no âmago de relevantes críticas à própria criminologia crítica e sua aparente incapacidade de transpor o âmbito da pesquisa acadêmica (por mais importante e necessária que ela seja). Os estudos desenvolvidos pelos criminólogos críticos são aptos a decodificar e, então, desconstruir os fatores históricos, sociais, culturais, econômicos, políticos, entre outros, que contribuíram para a formação dos sistemas penais contemporâneos, mas parecem carecer de meios que lhes permitam fazer parte do diálogo político e influenciar suas tomadas de decisão.

Essa carência de meios, em nosso juízo, diz respeito a duas ordens distintas de fatores. Em primeiro lugar, em certos meios criminológicos críticos, as propostas de solução para os problemas identificados parecem se limitar à afirmação da necessidade de ruptura da estruturação atual da sociedade capitalista. Sem entrar no mérito do acerto ou desacerto da conclusão, é fato que tal discurso faz com que o proponente se retire, voluntariamente, do diálogo e da luta políticos no âmbito da realidade concreta em que vivemos. Em segundo lugar, mesmo nos discursos críticos em que não se apresenta o primeiro fator, salvo exceções, percebe-se a ausência de disposição, interesse e/ou senso de responsabilidade em relação à necessidade de divulgar o conhecimento acadêmico fora da universidade, pelo estabelecimento de debates e trocas com outros discursos sociais, inclusive com as próprias agências de segurança pública e persecução penal.¹⁶

15. BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012. p. 277.

16. Um fenômeno muito sintomático disso, em nossa opinião, é a afirmação, por alguns, de que os campos de investigação “prática” sobre o crime, como a análise criminal, a estatística criminal, e as ciências forenses, de maneira geral, estariam fora do espaço de interesse da criminologia, numa verdadeira tentativa de “purificar” a criminologia contemporânea de tudo aquilo que não parte das bases teórico-filosóficas eleitas. Aqui, há um equívoco epistemológico e um equívoco político. Epistemológico, pois o conhecimento humano não pode ser cindido em fronteiras determinadas e intransponíveis, salvo numa concepção positivista da ciência, que se pretende superada. Além disso, os tais “saberes práticos” estão muito mais próximos da realidade criminal do que o discurso acadêmico, de modo que a integração dialógica de conhecimentos seria muito mais proveitosa aos dois campos. Político, pois o argumento reforça o isolamento da comunidade acadêmica em relação aos demais campos sociais.

Eis o porquê do esforço de diversos criminólogos críticos, como Alessandro Baratta¹⁷ e Lola Anyar de Castro,¹⁸ entre outros, em propor uma *criminologia da práxis* (denominação dada por Anyar de Castro), que pode contemplar muitos e diversos métodos, ao objetivo de superar os muros universitários e operar concretos efeitos sociais, políticos e jurídicos.

Nesse sentido, de volta à proposta político-criminal de Binder, é fundamental repisar que o autor sugere uma “análise de política criminal”, como parte dos métodos próprios da “análise de políticas públicas”, configurada como disciplina capaz de incorporar as contribuições teóricas das últimas décadas para individualizar, decidir e controlar as políticas estatais, dentro de uma perspectiva democrática. Em outras palavras, a política criminal deve ser uma:

“política setorial dentro das políticas de gestão da conflitividade¹⁹ (conflitividade que não é rechaçada como necessariamente negativa, tal como faz o paradigma da ordem) e que, portanto, devem se assumir como minimalistas e autorestritivas, de tal modo que os princípios da *ultima ratio* se convertam em ferramentas operativas e não declamações emocionais frente ao poder penal.”²⁰

Nesse ponto, é necessário reconhecer que a persecução penal é, na essência, uma decisão política, tanto na esfera legislativa como na esfera administrativa, em que se opera seu efetivo planejamento e execução gerais, além dos planos operacionais concretos, que envolvem a gestão de casos individuais. A *seletividade penal* será necessariamente observada em todos aqueles contextos: na opção pela tipificação de quais e tais condutas, na organização institucional das polícias e do Ministério Público e em seus planos de ação, e (não menos importantemente) nas decisões individuais sobre quantos e quais casos investigar e processar, nos quais sempre há decisões políticas, que, atualmente, não estão verdadeiramente integradas a qualquer espécie de planejamento geral.

17. Ver, entre outros textos: BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

18. Ver: ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.

19. Aqui, num sentido sociológico, Binder trata de *conflitividade* como o conjunto dos problemas sociais relativos ao fenômeno percebido da criminalidade. A expressão tem problemas, em nossa opinião, eis que nem sempre uma conduta criminosa envolve um conflito.

20. BINDER, A. *Análisis político criminal...*, cit., p. 363-364.

Com efeito, especialmente no campo das decisões operacionais individuais – ainda que o meio jurídico apregoe uma *obrigatoriedade da ação penal*, que traria consigo uma obrigatoriedade de investigação –, observa-se um fenômeno de aleatoriedade na tomada de decisão política, diante dos largos espaços de discricionariedade, da já mencionada inexistência de planos gerais integrados de atuação das diversas agências da persecução penal e da insuficiência (e/ou ausência) dos mecanismos de controle.

Em suma, note-se que a *obrigatoriedade da ação* é uma ficção, na medida em que é condicionada por decisões tomadas em estágios anteriores da persecução penal (p. ex., a instauração ou não da investigação preliminar) e/ou pela qualidade e quantidade do trabalho desenvolvido em tais estágios (p. ex., investigações infrutíferas, não raro motivadas pelo excesso de trabalho e pela insuficiência de recursos materiais e humanos).²¹

Nessa perspectiva, eis que, em nosso país, a única solução perseguida ainda é o processo penal e a pena, e os casos penais registrados costumam ter apenas dois possíveis resultados: [i] o processo penal e a pena, propriamente, sobretudo em relação às camadas mais vulneráveis e estigmatizadas da população, ou [ii] a absoluta irrelevância jurídica. Não costuma haver um *meio termo*, que deveria se consubstanciar em soluções alternativas, por exemplo, civis, administrativas, terapêuticas, reparatórias, restaurativas, entre outras. Entre o *nada jurídico* e o *direito penal*, há um amplo espectro de medidas que, para a maioria dos casos, seria mais adequado e proveitoso para os indivíduos envolvidos e para a sociedade.

Assim, diante dos argumentos anteriormente apresentados, na esteira de diversas autoras e diversos autores que já se pronunciaram anteriormente sobre o tema,²² propomos que a superação da visão totalizadora do sistema penal, forjada

-
21. Desenvolvemos esse tema em textos anteriores: NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e Constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, especialmente o tópico 4.4; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, especialmente o capítulo 15; NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: o processo acusatório e os desafios político-criminais. In: MADEIRA DEZEM, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
22. Basicamente, com suas diferentes tonalidades e texturas, toda a biblioteca minimalista e abolicionista.

pelo discurso da *defesa social*, deve passar por uma revisão do papel desempenhado pelo aparato do sistema penal.

Uma vez mais, como nosso foco é o estudo do ANPP em perspectiva político-criminal, quedaremos à margem do debate minimalista-abolicionista, sem deixar de reconhecer sua importância e necessidade. Para os fins desta pesquisa, no estado atual das coisas, a refletir sobre um possível uso imediato do instituto, qualquer uma daquelas bases teórico-filosóficas nos levaria a um lugar semelhante.

O que está em causa, portanto, é superar a visão do direito penal como solução única e/ou preferencial para problemas sociais e admitir que a pena, na maior parte dos casos, não apresenta resultados individualmente e socialmente proveitosos.²³

No contexto das recentes reformas do sistema de justiça criminal latino-americano,²⁴ ainda que de maneira, até o momento, insuficiente, vem surgindo uma

23. Do contexto abolicionista (Hulsman e De Celis), para ilustrar esse ponto, caberia mencionar a famosa parábola da república de estudantes. A citação, embora um tanto longa, vale a lição, de forma literal: “Cinco estudantes moram juntos. Num determinado momento, um deles se arremessa contra a televisão e a danifica, quebrando também alguns pratos. Como reagem seus companheiros? É evidente que nenhum deles vai ficar contente. Mas, cada um, analisando o acontecido à sua maneira, poderá adotar uma atitude diferente. O estudante número 2, furioso, diz que não quer mais morar com o primeiro e fala em expulsá-lo de casa; o estudante número 3 declara: ‘o que se tem que fazer é comprar uma nova televisão e outros pratos e ele que pague’. O estudante número 4, traumatizado com o que acabou de presenciar, grita: ‘ele está evidentemente doente; é preciso procurar um médico, levá-lo a um psiquiatra, etc...’. O último, enfim, sussurra: ‘a gente achava que se entendia bem, mas alguma coisa deve estar errada em nossa comunidade, para permitir um gesto como esse... vamos fazer juntos um exame de consciência’. Aqui se tem quase toda a gama de reações possíveis diante de um acontecimento atribuível a uma pessoa: o estilo punitivo, os estilos compensatório, terapêutico, conciliador... Se deixarmos as pessoas diretamente envolvidas manejarem seus próprios conflitos, veremos que, ao lado da reação *punitiva*, frequentemente vão aparecer outros estilos de controle social: medidas sanitárias, educativas, de assistência material ou psicológica, reparatórias, etc...” (HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997, p. 100. Grifos no original).

24. De tais movimentos reformistas, iniciados nos anos 1990 e concluídos com a reforma do CPP uruguaio, poucos anos atrás (2017), foram protagonistas Julio Maier e Alberto Binder. Para um aprofundamento sobre o tema, recomendamos os seguintes textos: BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014; BINDER, Alberto. *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *La reforma procesal penal en Latinoamérica*.

cultura de *saídas alternativas* ao processo e à pena, que tem por base a adoção do *princípio da oportunidade* em substituição ao *princípio da obrigatoriedade*. Basicamente, apesar das consideráveis variações, inclusive procedimentais, nos diferentes países, todos os “novos” Códigos de processo penal hispano-americanos preveem *vias diversas da acusação*, que serão adotadas de acordo com a decisão, de cunho político-criminal, do Ministério Público. Entre elas, estão a *mediação extraprocessual*, que pode incluir o *processo restaurativo*, a *suspensão condicional do processo*, os *acordos reparatórios* e o *arquivamento* da investigação por ausência de interesse público na persecução penal.²⁵

Nesse contexto de saídas não judicializadas e/ou não punitivas, chama a atenção um artigo do Código de Processo Penal da Província de Río Negro, na Argentina, promulgado em 2014, que estabelece como um dos *princípios normativos* da justiça criminal local a priorização à resolução das consequências pessoais e sociais concretas decorrentes do fato criminoso. Trata-se, pois, da adoção expressa de um paradigma restaurativo. Isto é, elege-se como mais relevante do que a própria pena a intervenção estatal voltada à mediação de um problema social. Em seus termos, o artigo 14 do CPP de Río Negro: “*Artículo 14.– Solución del Conflicto. Los jueces y fiscales procurarán la solución del conflicto primario surgido a consecuencia del hecho, a fin de contribuir a restablecer la armonía entre sus protagonistas y la paz social.*”²⁶

Aqui, cabe um esclarecimento prévio importante. O dispositivo fala em *solução do conflito primário*, expressão certamente adotada na esteira da concepção de Binder em relação à ideia de gestão da conflitividade por meio do sistema penal, que faz referência às *consequências sociais concretas do fato supostamente criminoso*.

In: AA. VV. *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015; GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

25. Evidente que o arquivamento (chamado de *desestimación*, em vários códigos regionais) também pode ocorrer pelo reconhecimento de que o fato não é criminoso ou pela ausência de base probatória para a acusação. Em tais situações, porém, o arquivamento não decorre de uma decisão com fundamento político-criminal, mas tem motivação estritamente jurídica, de mérito ou cautelar.
26. RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014* (Codigo Procesal Penal). Legislatura de Río Negro, 2015. Disponível em: [<https://magistradosrn.org.ar/wp-content/uploads/2019/05/C%C3%B3digo-Procesal-Penal-R%C3%ADo-Negro-Ley-5020.pdf>]. Acesso em: 15.03.2022.

Necessitamos, contudo, evitar possíveis confusões terminológicas em relação à finalidade do processo penal. Trata-se de coisas distintas.

Como bem demonstrado por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, não é possível dizer que o processo penal se presta a resolver conflitos. Essa afirmação recairia no problema de se empregar conceitos processuais civis inaplicáveis e inadequados ao direito processual penal, como *lide* e *pretensão*.²⁷ Ensina o autor, a partir de Franco Cordero,²⁸ que o conteúdo do processo penal não é um conflito (aqui entendido como *lide* ou *lide penal*), mas, sim, um *caso penal* (expressão que designa, então, o conteúdo do processo penal), entendido como a *situação de dúvida em relação à aplicação de uma sanção penal*.²⁹

Dito de outro modo, no âmbito do processo penal, naquilo que representa a decisão de mérito, não há conflito (seja primário ou secundário, seja material ou processual) a ser resolvido pelo juiz, mas meramente a decisão sobre a aplicação – ou não – de uma pena (resolução do *caso penal*).³⁰

Diante da ambiguidade da expressão *conflito* – que deveria, em nossa opinião, ser evitada –, é recomendável atenção na adequada compreensão da distinção entre os escopos do *processo penal* e das *saídas alternativas ao processo*.

Entenda-se bem: o artigo 14 do CPP de Rio Negro afirma que juízes e membros do Ministério Público devem atuar, sempre que possível, a despeito do processo

27. Sobre o tema, ver: MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.

28. CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1966. p. 8: “O processo penal serve para verificar se uma pessoa deve ser punida”, sendo a jurisdição o veículo necessário a essa verificação.

29. MIRANDA COUTINHO, J. N. *A lide...*, cit., p. 135: “Trata-se, entenda-se bem, de encontrar uma palavra, uma expressão, adequada ao fenômeno que se dá no processo e, dessa maneira, o melhor é deixar, na medida do possível, um menor espaço à indeterminação, por natureza sempre presente. *Caso penal* cumpre o requisito a contento. Com ele, estamos diante de uma *situação de incerteza, de dúvida, quanto à aplicação da sanção penal ao agente que, com sua conduta, incidiu no tipo penal*” (grifo nosso).

30. Como, há muito tempo, demonstraram as polêmicas de Carnelutti com os objetivistas (Ver MIRANDA COUTINHO, J. N. *A lide...*, cit.), o conflito (material ou processual) pode ou não estar presente. Note-se que um caso no qual há confissão do réu, que se conforma com a pena, não terá, necessariamente, conflito entre a vítima e o agente, bem como na situação em que a vítima moralmente perdoa o agente, em crime de ação pública incondicionada. Por outro lado, ainda que haja confissão (o que, em muitos casos, impossibilitaria dizer que há conflito entre o MP e o acusado), o juiz não está obrigado a condenar o réu. Eis alguns exemplos, entre outros, que demonstram a inadequação do conceito de *conflito* para definir o conteúdo do processo penal.

e da pena, para minimizar e/ou resolver as consequências concretas do crime. Isso não se confunde com o conteúdo do processo penal (dúvida sobre a aplicabilidade da pena), notadamente por apontar preferencialmente para as *medidas extraprocessuais* de gestão do fato supostamente criminoso. O mesmo Código, em seu artigo 96, ao tratar dos *critérios de oportunidad*, estabelece que o Ministério Público poderá prescindir total ou parcialmente do exercício da ação penal nos casos em que, entre outras hipóteses, tais finalidades extraprocessuais são alcançadas.³¹

Aliás, a exemplo de outras legislações hispano-americanas, ao tratar do tema da mediação penal (inclusive a justiça restaurativa), dos acordos reparatórios e da suspensão condicional, o CPP uruguaio faz referência a *vias alternativas e formas extraprocessuais* (art. 382, e seguintes, daquele Código).

Em suma, identificam-se duas rotas possíveis para a gestão dos casos que ingressam no sistema de justiça criminal: a) a rota *processual*, que se caracteriza pelo foco na resolução da situação de dúvida em relação à aplicação da sanção penal (caso penal), como é o caso, no Brasil, dos procedimentos comuns e especiais, além dos procedimentos baseados na “barganha judicial”, isto é, na aplicação da pena de forma imediata, por intermédio de mecanismos consensuais, como a transação penal³² (Lei 9.099/95), além do chamado *proceso abreviado*, nos demais países latino-americanos; b) a rota *fora do processo*, com foco nas consequências pessoais e sociais do possível fato criminoso,³³ independentemente da

-
31. RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014* (Codigo Procesal Penal). *Artículo 96*. – *Criterios de Oportunidad*. Se podrá prescindir total o parcialmente del ejercicio de la acción penal o limitarla a alguna de las personas que intervinieron en el hecho, previo requerir la opinión de la víctima, en caso de que ésta sea habida, en los casos siguientes: [...] 5) Cuando exista conciliación entre las partes o cuando se haya realizado una mediación penal exitosa que haya logrado poner fin al conflicto primario, siempre que no exista un interés público prevalente y se repare el daño en la medida de lo posible. Las partes podrán conciliar en todo delito de acción pública o dependiente de instancia privada, cuya pena máxima sea de hasta quince (15) años de prisión o reclusión, siempre que no se trate de un delito cometido con grave violencia física o intimidación sobre las personas, y que la o las víctimas sean mayores de edad y consientan su aplicación.
32. A despeito de eventual debate que a questão possa suscitar, a Lei 9.099/95 é expressa, em seu artigo 76, sobre a propositura de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas”, ainda que certos efeitos condenatórios secundários não se apliquem à espécie, como a reincidência. Ademais, a pena negociada deve ser aplicada por sentença (§ 4º), da qual cabe recurso de apelação (art. 82).
33. O que corresponde, aproximadamente, ao que BINDER denomina *conflicto primário*, a despeito das críticas, feitas anteriormente, em relação ao uso da expressão *conflicto* em relação ao conteúdo do processo penal (solução processual).

resolução da dúvida em relação à aplicação da pena – ainda que possam intervir os sujeitos processuais, como o juiz, o promotor de justiça, o defensor público, o advogado, o delegado de polícia, etc., além de eventuais equipes multidisciplinares –, de que são exemplos, no sistema hispano-americano, a mediação penal, a justiça restaurativa, os acordos reparatórios e a suspensão condicional do processo. No âmbito da legislação brasileira, soluções fora do processo já são aplicadas, na forma da Lei 9.099/95, na composição dos danos civis e na suspensão condicional do processo.

O quadro a seguir sistematiza a distinção entre as soluções processuais e as soluções fora do processo, indicando exemplos. Note-se que o ANPP, em tese, deveria figurar entre as *soluções fora do processo*, sem caráter punitivo, como debateremos no capítulo seguinte, ainda que o texto legal contenha importantes elementos da barganha judicial.

Quadro 1 – As saídas processuais e fora do processo no Brasil e na América Espanhola

SOLUÇÕES PROCESSUAIS (FOCO NA PENA)	SOLUÇÕES FORA DO PROCESSO (FOCO EXTRAPENAL)
Legislações hispano-americanas	Legislações hispano-americanas
<i>Proceso abreviado (plea bargaining)</i> <i>Juicio oral (juízo oral de mérito)</i>	<i>Mediación extrapenal (proceso restaurativo)</i> <i>Suspensión condicional del proceso</i> <i>Acuerdos reparatórios</i>
Legislação brasileira	Legislação brasileira
Transação penal (art. 76, L. 9.099/95) Procedimentos comuns e especiais (CPP e leis esparsas)	Composição dos danos civis (art. 74, L. 9.099/95) Suspensão condicional do processo (art. 89, L. 9.099/95)

Fonte: o autor.

As soluções fora do processo, portanto, têm potencial para funcionar como espaços de intervenção estatal não punitiva, que deve ser sempre motivada por critérios político-criminais, seja a ausência de necessidade da pena, ou de seu interesse público, seja a circunstância de que outras soluções não punitivas são mais adequadas ao caso (restaurativas, terapêuticas etc.).

De fato, caso se tivesse em mira a construção de uma sociedade democrática, capaz de resolver seus embates sociais de forma inclusiva, justa e emancipadora, o paradigma punitivo da defesa social deveria dar lugar às soluções extraprocessuais

como medidas de preferência, restando o processo penal (soluções punitivas) apenas às situações em que o paradigma restaurativo não pode ser aplicado.

Em todo caso, entendemos que o emprego de soluções fora do processo deve ser submetido a mecanismos de controle, com participação dos envolvidos (autor, vítima, comunidade, sociedade etc.), e, sobretudo, deve ser orientado por balizas político-criminais gerais fixadas previamente, que sirvam de base às decisões operacionais individuais. Isso é fundamental para que o sistema esteja adequadamente estruturado para esse fim, por exemplo, pela disponibilização de saberes multidisciplinares (com profissionais de saúde, psicólogos, assistentes sociais, entre outros) e pela prévia capacitação de todos os profissionais envolvidos, inclusive defensores, advogados, membros da magistratura e do Ministério Público.

Esse é o contexto em que, a nosso juízo, o ANPP deve ser discutido, apesar das limitações normativas, estruturais e culturais que atualmente se apresentam e que passamos a discutir.

4. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A "NOVA" JUSTIÇA CRIMINAL: DEFICIÊNCIAS NORMATIVAS E OPORTUNIDADES RESTAURATIVAS

Preliminarmente, cabe dizer que não temos, neste escrito, a intenção de analisar os aspectos técnicos, normativos, doutrinários e/ou jurisprudenciais que orbitam o ANPP. Essa tarefa já tem sido levada a cabo por uma multidão de processualistas penais, a julgar pela intensa produção acadêmica recente sobre o tema, predominantemente com interesses dogmáticos e/ou dogmático-críticos, o que é, evidentemente, bastante importante.

Aqui, todavia, nosso propósito é analisar o ANPP fora do âmbito em que a própria legislação o inseriu, como um convite à reflexão sobre um papel que o instituto poderia desempenhar, no contexto de um repensar constitucional do sistema penal e de acordo com as linhas esboçadas nos capítulos anteriores.

De fato, o ANPP atualmente previsto na legislação brasileira não nasceu no contexto de um projeto minimalista, restaurativo e democrático, nos termos aqui propostos. Pelo contrário, a *Justificação* anexa ao Projeto de Lei 10.372/2018 – apresentado por Comissão de Juristas presidida pelo Ministro do STF Alexandre de Moraes, aprovado pelo Congresso Nacional, com emendas, e convertido na Lei 13.964/2019 (Lei Anticrime³⁴) – segue a cartilha da *ideologia da defesa social* e sua aposta no sistema penal como o único soldado do “combate” à criminalidade.

34. O chamado Pacote Anticrime (PL 882/19) apresentado pelo então Ministro da Justiça Sérgio Moro, já no governo Bolsonaro, foi apensado ao PL 10.372/18. A redação do

Especificamente em relação ao ANPP, o projeto afirma que se trata de “inovação que objetiva alcançar a punição célere e eficaz em grande número de práticas delituosas”.

Evidencia-se, pois, a incapacidade cultural de nosso *establishment* jurídico-político de conceber intervenções estatais, relacionadas ao contexto criminal, que não reproduzam a histórica verve punitiva constituinte do sistema penal brasileiro. A análise do texto legal (art. 28-A do CPP) reforça esta já fácil constatação.

Em primeiro lugar, a exigência de que o investigado tenha “confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal” representa a reafirmação da centenária lógica inquisitiva da expiação da culpa pelo castigo. Esse trecho do *caput* do art. 28-A parece ser o maior obstáculo a qualquer tentativa de uso político-criminal alternativo (não punitivo) do ANPP.

Se há exigência de confissão, é indiscutível que o foco é uma pena, ainda que o instituto seja chamado de acordo de *não* persecução penal, paradoxalmente. Percebe-se que o legislador confundiu a ideia de *solução fora do processo* (a exemplo das vias alternativas ao processo e à pena previstas nos Códigos hispano-americanos), inerente à expressão “*não* persecução”, com a ideia de aplicação imediata de pena por meios consensuais (barganha judicial, *plea bargaining*). Ora, se há alguma espécie de castigo (mesmo que implícito), há, inexoravelmente, persecução (ainda que ela não se desenvolva em processo de conhecimento, com instrução e julgamento).

Criou-se, então, uma quimera, uma figura híbrida, uma combinação heterogênea e incongruente de elementos diversos: por um lado, o texto não fala expressamente em pena (como ocorre, aliás, no art. 76 da Lei 9.099/95, em relação à transação penal) e a consequência do cumprimento do acordo é a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP); por outro lado, há exigência de confissão e o *caput* do artigo em exame exige que o acordo seja suficiente para a “reprovação e prevenção do crime”.

Em suma, na linha de nossa comparação com a experiência processual penal latino-americana, conclui-se que o ANPP brasileiro promove uma hibridização do *proceso abreviado* (aplicação imediata de pena) com as *formas extraprocessuais* (soluções não punitivas, restaurativas).

É possível, então, vaticinar que a consequência prática disso não será outra que não seja a frustração, em menor ou maior medida, dos dois objetivos: o

art. 28-A do CPP, contudo, que prevê o ANPP, é, basicamente, aquela contida no Projeto de Lei de 2018.

procedimento, no dia a dia forense, não será visto como suficientemente punitivo (segundo a cultura da *defesa social* vigente) e, por isso, provavelmente, seu uso será diminuto, frustrando o propósito declarado de “desafogar o Judiciário”; simultaneamente, dadas as exigências normativas, principalmente a confissão, é improvável que a interpretação literal dos dispositivos possibilite o uso do ANPP para fins restaurativos.

Diante desse horizonte, propomos que o segundo aspecto da hibridização prevaleça, isto é, o aspecto das *soluções fora do processo e da pena*.

Assim, na esteira dos modelos contemporâneos de justiça restaurativa,³⁵ é fundamental distinguir a *confissão* (como elemento probatório relacionado à descoberta de uma suposta *verdade*) da *assunção de responsabilidade* (elemento essencial para o paradigma restaurativo, por meio do qual os envolvidos reconhecem que contribuíram para as consequências do fato e se comprometem a participar da solução concreta do caso³⁶). A responsabilidade pelas consequências de um evento social pode ser assumida ainda que não se imponha um juízo de reprovação, isto é, uma culpa. De fato, a responsabilidade é independente da existência ou não de culpa em seu sentido jurídico.

É necessário, pois, um giro epistemológico, que desloque a intervenção estatal da tradicional exigência de um castigo (*defesa social*) para a solução dos problemas sociais, comunitários e pessoais decorrentes do evento (independentemente de ser um crime ou não e independentemente da aferição probatória da autoria).

A nosso juízo, esse seria o uso mais proveitoso do ANPP, permitindo-se que a solução de cada caso concreto se amolde ao interesse público na pacificação social e aos interesses individuais e coletivos envolvidos.

Para tanto, a interpretação do artigo 28-A do CPP demanda contornos constitucionais e o abandono de qualquer viés punitivo. Se as agências de persecução penal entenderem, diante de uma situação concreta, que a solução punitiva é indispensável, o caminho deve ser o processo, descartando-se o acordo.

Desse modo, o ANPP teria potencial para se converter na via condutora de um grande número de soluções alternativas possíveis, que podem ir dos acordos

35. Sobre o tema do paradigma restaurativo, como leituras iniciais, recomendamos: ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 2008; PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. São Paulo: Palas Athena, 2010.

36. ZEHR, Howard. *Trocando as lentes...* cit., p. 204 e ss.

reparatórios à justiça restaurativa. Assim, a partir dessa premissa, propomos algumas balizas interpretativas para o citado dispositivo legal:

a) o Ministério Público, talvez em conjunto com outras agências estatais e não estatais, deve promover amplo debate sobre a natureza político-criminal, preventiva, que recobre as *soluções fora do processo*, com o objetivo de fixar balizas gerais e recomendações à realização do ANPP em tal viés;

b) a expressão do *caput* “desde que necessário para reprovação e prevenção do crime” deve ser interpretada à luz da política criminal contemporânea, que reconhece a potencialidade de medidas não punitivas para a pacificação social, para evitar reincidência e para a integração social das pessoas envolvidas no caso;

c) as condições indicadas nos incisos do *caput* do art. 28-A do CPP devem ser aplicadas de acordo com as circunstâncias concretas do caso, com foco no aspecto reparatório (se há vítima conhecida, que sofreu danos decorrentes do fato) e/ou restaurativo (em todos os casos);

d) a exigência de confissão deve ser entendida, na linha do paradigma restaurativo, como o ato de assumir a responsabilidade (que não tem valor probatório) pela solução de um problema social, seja ou não decorrente de um crime,³⁷ sempre que a *solução fora do processo* for a mais adequada aos interesses públicos e privados em questão;

e) a figura do juiz de garantias é essencial para o controle da legalidade³⁸ do procedimento, preservando-se a competência e a imparcialidade do juiz do processo para eventual solução processual, se infrutífero o acordo.

É fato que a proposta interpretativa anterior não resolve todas as limitações normativas pertinentes à regulação do ANPP na legislação processual penal pátria. Exemplificativamente, algumas das vedações previstas no § 2º do art. 28-A, e em outros dispositivos, não têm cabimento no paradigma restaurativo.

De todo modo, ainda que o modelo não seja perfeito, estamos diante de uma concreta oportunidade de inserção (ou infiltração) de práticas não punitivas (com potencial de transformação social) no âmbito de um sistema penal dominado pelo ideário da *defesa social*.

37. A conclusão sobre a existência ou não de um crime sempre demanda instrução, prova e processo. Vale lembrar que a legislação processual penal brasileira repudia a autoincriminação falsa e que a confissão deve ser valorada, pelo juiz, de acordo com as demais provas produzidas no processo.

38. O juiz não deve realizar o controle político da oportunidade da solução fora do processo, pois isso escapa ao escopo da jurisdição.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pretexto de conclusão, enfatizamos a necessidade de se compreender o caráter político da intervenção penal do Estado. Piero Calamandrei ensinou sobre isso, quando tratava da relatividade política do conceito de ação, ao tematizar a persecução penal como poder, inclusive em seu possível caráter inquisitivo e autoritário, e ao afirmar que, nesse tema, não é possível prescindir do debate entre as esferas do público e do privado.³⁹ Com outros argumentos, similar conclusão pode ser encontrada em James Goldschmidt, ao demonstrar que o processo penal representa uma espécie de “termômetro democrático”.⁴⁰

Portanto, o desejo de se conquistar uma sociedade justa, segura e não violenta depende de um repensar da práxis punitiva, inclusive pelo redirecionamento do aparato estatal à reprodução de práticas sociais emancipadoras e restaurativas. A tarefa não é estritamente jurídica, mas essencialmente política e, em toda a sua extensão, envolve cada espécie de discurso social (jurídico, político, científico, filosófico, religioso, midiático, econômico etc.). Diferentemente do que supôs a *ideologia da defesa social*, a solução para todos os problemas criminais não cabe dentro do próprio direito penal – ele não basta.

Então, ainda que o ANPP tenha sido gestado, em seu processo legislativo, como instrumento de barganha judicial, com foco no castigo e na retribuição penal, na mais perfeita sintonia com a ideia de *defesa social*, entendemos que um uso democrático do instituto não depende de imediatas alterações legislativas, mas apenas de uma mudança de postura em relação aos propósitos da persecução penal e, principalmente, de iniciativas individuais que promovam sua aplicação orientada para fins político-criminais não punitivos.

6. REFERÊNCIAS

- ANYIAR DE CASTRO, Lola. *Criminología de los derechos humanos: criminología axiológica como política criminal*. Buenos Aires: Del Puerto, 2010.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1999.
- BARATTA, Alessandro. Defesa dos direitos humanos e política criminal. *Discursos Sediciosos*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 3, p. 57-69, 1997.

39. CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. XVI, parte I, 1939.

40. GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.

- BINDER, Alberto. *Análisis político criminal: bases metodológicas para una política criminal minimalista y democrática*. Bogotá: Astrea, 2012.
- BINDER, Alberto. *Elogio de la audiencia oral y otros ensayos*. Monterrey: Poder Judicial del Estado de Nuevo León, 2014.
- BINDER, Alberto. *La nueva justicia penal de América Latina: etapas y desarrollo del proceso de cambio*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 2020-2023*. Brasília, DF, 2019.
- CALAMANDREI, Piero. La relatività del concetto di azione. *Rivista di Diritto Processuale Civile*, Pádua, v. XVI, parte I, 1939.
- CORDERO, Franco. *Procedura penale*. Milão: Giuffrè, 1966.
- GÓES, Luciano. A “tradução” de Lombroso na obra de Nina Rodrigues: o racismo como base estruturante da criminologia brasileira. Rio de Janeiro: Revan, 2016.
- GOLDSCHMIDT, James. *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*. Barcelona: Bosch, 1935.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. La reforma procesal penal en Latinoamérica. In: AA. VV. *Evaluación de la implementación del sistema penal acusatorio en Panamá*. UNODC-CEJA, 2015.
- GONZÁLEZ POSTIGO, Leonel. *Pensar na reforma judicial no Brasil: conhecimento teórico e práticas transformadoras*. Florianópolis: Empório do Direito, 2018.
- HULSMAN, Louk; DE CELIS, Jacqueline Bernat. *Penas perdidas: o sistema penal em questão*. 2. ed. Niterói: LUAM, 1997.
- ILANUD. *Relatório de Pesquisa: a Lei de Crimes Hediondos como instrumento de política criminal*. São Paulo, 2005.
- LOMBROSO, Cesare. *Luomo delinquente in rapporto all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie*. 5. ed. Turim: Fratelli Bocca, 1897. v. III.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA E SEGURANÇA PÚBLICA. *Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária (2020-2023)*. Brasília, 2019.
- MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson. *A lide e o conteúdo do processo penal*. Curitiba: Juruá, 1989.
- NINA RODRIGUES, Raimundo. *As raças humanas e a responsabilidade penal no Brasil*. Rio de Janeiro: Edelstein, 2011.
- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *A ação processual penal entre política e constituição: outra teoria para o direito processual penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.
- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. *Por uma teoria da ação processual penal*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.

- NUNES DA SILVEIRA, Marco Aurélio. O princípio da obrigatoriedade da ação processual penal em seu confronto com a realidade: o processo acusatório e os desafios político-criminais. In: MADEIRA DEZEM, Guilherme; BADARÓ, Gustavo Henrique; SCHIETTI CRUZ, Rogério. *Código de Processo Penal: estudos comemorativos aos 80 anos de vigência*. São Paulo: Ed. RT, 2021.
- PRANIS, Kay. *Processos circulares de construção de paz*. São Paulo: Palas Athena, 2010.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Criminología: aproximación desde un margen*. Bogotá: Temis, 1988.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *En busca de las penas perdidas*. Buenos Aires: Ediar, 1989.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo et al. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2015. v. I.
- ZEHR, Howard. *Trocando as lentes: justiça restaurativa para o nosso tempo*. São Paulo: Palas Athena, 2008.

Legislação

- BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 10.372*, de 06.06.2018. Brasília, DF, 2018.
- RÍO NEGRO (Argentina). *Ley 5.020/2014 (Codigo Procesal Penal)*. Legislatura de Río Negro, 2015.



PESQUISAS DO EDITORIAL



ÁREAS DO DIREITO: Processual; Penal

Veja também Doutrinas relacionadas ao tema

- Acordo de não persecução penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado, de Marcondes Pereira de Oliveira – *RBCCrim* 178/311-333;
- Acordo de não persecução penal: um caso de Direito Penal das Consequências levado às últimas consequências, de Leo Maciel Junqueira Ribeiro e Victor Cezar Rodrigues da Silva Costa – *RBCCrim* 161/249-276; e
- Punição, verdade e prova: perspectiva crítica e transdisciplinar, de Elmir Duclerc Ramalho Junior e Luiz Gabriel Batista Neves – *RBCCrim* 156/141-163.