

XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

**DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E
CRIMINOLOGIA**

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MATHEUS FELIPE DE CASTRO

CINTHIA OBLADEN DE ALMENDRA FREITAS

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito Penal, Processo Penal e Criminologia [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Cinthia Obladen de Almendra Freitas; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Matheus Felipe De Castro – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-569-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: Direitos Sociais, Constituição e Democracia na América Latina

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Internacionais. 2. Direito Penal. 3. Criminologia. XI Encontro Internacional do CONPEDI Chile - Santiago (2: 2022: Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



XI ENCONTRO INTERNACIONAL DO CONPEDI CHILE - SANTIAGO

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CRIMINOLOGIA

Apresentação

Em uma agradável tarde de sol da primavera chilena, nas dependências da aconchegante e receptiva Universidade de Santiago, o grupo de trabalho Direito Penal, Processo Penal e Criminologia I reuniu-se com o propósito de discutir temas condizentes à dogmática moderna, seja do direito e do processo penal, seja no que diz respeito à política criminal e à criminologia. Os trabalhos ora apresentados revelam, como o leitor por certo verificará, o quão ecléticos, críticos e atuais são os temas e o quão comprometidos foram os autores na confecção dos textos. São eles, pela ordem do livro, identificados por título, autor (es) e breve resumo, os seguintes:

O primeiro, cujo título é “a criminalização do stalking no Brasil sob o olhar da criminologia crítica”, dos autores Ana Luísa Dessoy Weiler , Alexandre Juliani Riela e Joice Graciele Nielsson, busca avaliar a criminalização do stalking no Brasil com a Lei nº 14.132/2021 sob o olhar da criminologia crítica e do endurecimento da lei penal. O problema de pesquisa parte da seguinte indagação: em que medida a criação de nova lei incriminadora é eficaz para o combate efetivo do stalking? Parte-se da hipótese de que a lei penal tem um caráter simbólico e seletivo, e que a lei do stalking não combate o fenômeno de forma efetiva visto ser a lei insuficiente para uma mudança cultural. Os objetivos específicos da pesquisa estruturam o texto em três seções: a) discutir os processos de criminalização do sistema penal a partir da criminologia crítica de Alessandro Baratta; b) caracterizar o fenômeno do stalking a partir de sua conceitualização e da sua função fenomenológica; c) a criminalização do stalking no Brasil e seus efeitos. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O segundo, cujo título é “a violência institucional e a saúde psicofisiológica dos agentes de segurança pública na contemporaneidade”, também dos autores Alexandre Juliani Riela e Ana Luísa Dessoy Weiler: tem por objetivo fazer uma análise sobre a violência institucional frente à saúde mental dos agentes de segurança pública do Brasil, tanto no aspecto interior quanto exterior aos ergástulos. O problema que orienta a pesquisa parte do seguinte questionamento: em que medida a violência institucional adoece mentalmente os agentes de segurança pública no Brasil, limitando ou impedindo a sua atuação? Parte-se da hipótese de que os agentes de segurança pública estão com sua saúde mental fragilizada, uma vez que, segundo dados do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (2020), no ano de 2019,

morreram mais policiais por suicídio do que em serviço. Os objetivos específicos da pesquisa se desdobram nos seguintes tópicos: a) perceber de que modo a violência institucional impacta o agente de segurança pública; b) discutir a saúde mental do agente de segurança; c) analisar quais as soluções viáveis para a preservação da saúde mental dos agentes de segurança pública no Brasil. O método de pesquisa empregado foi o hipotético-dedutivo, mediante o emprego de técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

O terceiro trabalho tem por título a “análise da evolução da finalidade das sanções de natureza criminal: das ordenações reais ao Código Criminal do Império”, dos autores Romulo Rhemo Palitot Braga, Mariana Soares de Moraes Silva e Ricardo Henrique Lombardi Magalhães. No texto, os autores enfocam que, ao longo dos séculos, houve substanciais mudanças no Direito brasileiro acerca das questões de natureza criminal, de modo que houve um afastamento das penalidades muito severas. O texto busca compreender tal processo evolutivo, visando aferir a finalidade das normas de natureza criminal em momentos anteriores da História pátria, bem como objetiva verificar se as sanções de natureza criminal se afastaram da ideia de atemorizar a população. Foi utilizado o método de abordagem hipotético-dedutivo, em uma pesquisa descritiva e qualitativa. Concluiu-se que houve uma notória evolução das sanções cominadas para as práticas das condutas que foram tidas como criminosas, de maneira que se buscava a prevenção geral contra o cometimento de crimes através da atemorização da população diante da rigidez das normas “criminais” que já estiveram vigentes, ao passo que, atualmente, se busca, ao menos em tese, a ressocialização daqueles que cometeram delitos.

Em “breves considerações bioéticas e penais sobre o aborto após tentativa de suicídio”, os autores Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, Camila Martins de Oliveira e Ana Virginia Gabrich Fonseca Freire Ramos exploram, a partir de pesquisa qualitativa e com o emprego de raciocínio dialético, uma situação ocorrida em São Paulo, em que uma mulher foi denunciada por aborto em ocasião na qual, estando grávida e deprimida, ingeriu veneno para ceifar a própria vida. A situação, estudada com ingredientes de política criminal e da bioética, expõe a ingerência do direito penal nas situações de vida em geral, e reclama uma maior e melhor reflexão sobre a violação ao princípio da ultima ratio ante a casos de emprego simbólico. Sem a análise das provas e do processo em si, mas apenas do fato e da denúncia oferecida, não se tem por qualquer pretensão interferir no julgamento do caso, mas valer-se dele para uma discussão transdisciplinar do direito e, em especial, no caso que serve de lastro à pesquisa, questionar a existência de dolo, da imputabilidade penal da gestante, da conduta do médico que comunicou o fato às autoridades e, por fim, da obediência ou não à diretriz do direito penal mínimo.

O quinto trabalho, cujo título é “colonialismo tardio e crimes patrimoniais: a funcionalidade da seleção dos crimes de pequena monta para o marco de poder planetário contemporâneo”, da autora Dorcas Marques Almeida, externa que a estrutura do poder global alterou-se substancialmente desde a segunda metade do século passado e, conseqüentemente, o poder punitivo também passou a ser manejado com a finalidade de atender a fins distintos. Anteriormente, o sistema punitivo era utilizado sobretudo com a finalidade de preservar a integridade das sociedades de consumo, porém, atualmente, o sistema punitivo é utilizado com a finalidade de dilapidar a autonomia das democracias. Diante desse cenário, o presente artigo tem como objetivo investigar se os crimes patrimoniais ainda são selecionados pelo poder punitivo e, em caso positivo, qual é a funcionalidade da seleção desses crimes para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo. Para responder aos referidos questionamentos, o presente artigo adotou a revisão da literatura como metodologia e elegeu os autores Eugenio Raúl Zaffaroni e Ílison Dias dos Santos como marco teórico, sendo que a análise da obra dos referidos autores conduzirá à conclusão de que a seleção dos crimes patrimoniais é primordial para a estrutura de poder que contemporaneamente rege o globo e que, conseqüentemente, a seleção típica da estrutura de poder anterior foi aprofundada em níveis abissais.

O sexto texto tem por título o “controle judicial do acordo de não persecução penal”, e foi escrito por Jaroslana Bosse. O trabalho tem por escopo analisar a possibilidade de controle jurisdicional quando houver negativa injustificada de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal pelo Ministério Público. A Lei Federal n. 13.964/2019, que introduziu essa espécie de acordo como um novo modelo de resolução consensual de conflitos criminais, não deixou muito claro se o benefício se trata de um direito subjetivo do investigado ou de uma discricionariedade do Ministério Público. Ainda mais, caso o réu preencha os requisitos objetivos e subjetivos para o acordo e exista negativa injustificada por parte do Ministério Público, outro questionamento pertinente é se o Magistrado pode ou não exercer algum tipo de interferência. No trabalho é analisado o caso em que o Tribunal de Justiça de São Paulo confirmou decisão do Juiz de primeiro grau que rejeitou denúncia, considerando a ausência de interesse de agir, diante da recusa infundada do Ministério Público em propor o acordo. Verifica-se, ainda, que o precedente é importante para a construção de uma via interpretativa na qual o Acordo de Não Persecução seja compreendido como um direito subjetivo do investigado.

Em “criminologia midiática: a agenda setting theory e o sensacionalismo como instrumentos fortalecedores do totalitarismo financeiro”, escrito por Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira. Nele, a autora propõe o estudo da relação existente entre o direito penal e a mídia com o conseqüente fortalecimento do totalitarismo financeiro através da utilização da agenda

setting theory e do sensacionalismo. Considerando-se a inexistência de uma assepsia política relativa ao direito penal, é possível afirmar que há um viés ideológico excludente e etiquetador em seu conteúdo. Tal escolha política favorece o totalitarismo financeiro e possui a mídia como um de seus instrumentos fomentadores, até porque esta está incluída naquele. A produção midiática veiculada conduz à transformação das vítimas do totalitarismo financeiro a adeptas de suas ideias. Nesse sentido, a mídia possui o condão de auxiliar na incidência do controle social punitivo em um público previamente etiquetado como “inimigo”, fortalecendo o totalitarismo financeiro a partir da manutenção de seu poder, tendo o sensacionalismo como uma ferramenta para ocultar os reais problemas e, por conseguinte, dificultar uma genuína transformação da sociedade.

O oitavo trabalho, “da teoria hermenêutica constitucional em Häberle e do método penal: sobre a conformação do direito penal na jurisdição constitucional”, de autoria de Renato Almeida Feitosa, faz uma análise crítica da teoria hermenêutica constitucional de Peter Häberle à luz do método penal, considerando a necessidade de ponderar e limitar a extensão da chamada “sociedade aberta dos intérpretes” como expressão de uma teoria constitucional democrática que ganha cada vez mais adeptos como instrumento metodológico de controle e afirmação dos valores constitucionais. O cotejo entre essas duas linhas metodológicas visa demonstrar a inviabilidade da abertura axiológico-normativa que esta teoria hermenêutica pretende dar, quando afeta à concreção do direito penal, haja vista as premissas epistemológicas de validade e eficácia do direito penal como condição mesma de preservação dos moldes de um Estado Democrático de Direito, nomeadamente do princípio da legalidade e seus corolários. Desta feita, traz-se como caso paradigma da problemática o precedente do STF (ADO nº 26) que ampliou o espectro de incidência da norma penal, subsumindo a homofobia à proibição normativa prevista no tipo penal que teria por objeto o combate ao preconceito de raça e cor. Nesta pesquisa, são tratados os pressupostos de legitimidade da jurisdição constitucional e das estruturas da teoria do crime e da teoria hermenêutica constitucional, evidenciando o caráter inconciliável destas.

O nono trabalho, intitulado “o Direito penal do inimigo como expressão do biopoder”, dos autores Lauro Mens de Mello, Rodrigo Francisconi Costa Pardal e José Antônio de Faria Martos, tem como objetivo o estudo conceitual da ideia de biopoder a partir de Foucault com a vida como objeto de controle, regulação e domesticação, relacionada com o poder disciplinar. Objetiva ainda uma análise do discurso relativo ao direito penal do inimigo em que se adota um conceito não ontológico, mas funcional de cidadão, que permite afastar esse status em determinadas condições. Analisa-se ainda a questão dos arquétipos de Jung que, a partir das representações, concebem forma de atuação do biopoder e que este difunde e legitima o direito penal do inimigo. Como resultados pretende-se demonstrar a forma de

como opera o biopoder com a lógica de imunização voltada ao corpo social, com o discurso pseudo-legitimador de se manter a coesão social e como o biopoder é uma forma dissimulada de dominação sem o desgaste inerente ao confronto direto. Como conclusão constata-se o surgimento do direito penal do inimigo como forma de aniquilação do status de cidadão e transformação em homo sacer.

Em “dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas: a natureza da substância enquanto vetor ilegal de criminalização da pobreza”, os autores Romulo Luis Veloso de Carvalho e Renata Pereira Mayrink externam que, definida a responsabilidade criminal de determinado cidadão, ou seja, afirmado depois de um processo que tramite em contraditório judicial, que alguém foi o autor de um fato típico, ilícito e culpável, o juiz do caso tem o dever legal de individualizar a pena. O primeiro passo para dosimetria da pena é a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, mas, para os casos em que o autor incorrer em algum dos crimes previstos na Lei n.º 11.343/2006, ou seja, violar uma norma penal incriminadora da Lei de Drogas, o juiz deverá se ater a critérios particulares de individualização da pena, estabelecidos no artigo 42 da legislação especial. O objetivo da pesquisa é analisar a aplicação desses critérios mencionados da Lei de Drogas, especialmente o critério natureza da substância, como mecanismo de concretização de uma política penal seletiva. Para tanto, a metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos, além de doutrinas sobre o tema.

O décimo primeiro trabalho que se apresenta é o seguinte: “emoções e moralidade no tribunal do júri: notas sobre o uso de cartas psicografadas no julgamento do caso boate Kiss”, das autoras Carolina de Menezes Cardoso Pellegrini, Marina Nogueira de Almeida e Ana Paula Motta Costa. O texto tem como objetivo apresentar considerações preliminares acerca do uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri. Como cenário base para a discussão, utiliza-se o caso da Boate Kiss, no qual a defesa utilizou-se de carta supostamente psicografada de uma das vítimas, como forma de tentativa a atenuar/isentar a culpa do réu. Nesse sentido, o ensaio norteia-se pela seguinte pergunta de pesquisa: “como cartas psicografadas afetam as emoções e moralidades no Tribunal do Júri?”. Compreendendo o panorama constitucional do tribunal do júri e seus princípios norteadores, além de que é possível refletir sobre uma reconfiguração do cenário que mescla política e sentimento, como forma de impactar e mobilizar – tal qual o fez Cláudia Fonseca (2018), embora com objeto de pesquisa diverso, parte-se da hipótese de que o uso de cartas psicografadas no Tribunal do Júri tem sua força pautada, antes de tudo, pelo caso específico em julgamento – no caso, um evento traumático.

Em “gênero, raça e classe como estruturadores históricos das prisões brasileiras”, a autora Magali Gláucia Fávoro de Oliveira examina as opressões cruzadas de gênero, raça e classe

como estruturadores históricos das prisões brasileiras. Para tanto, por meio do método dedutivo e com base em bibliografia regada por autores e autoras negras, inicialmente, analisou-se o problema de desigualdades e discriminação racial no Brasil, como esqueletos sociais reproduzido pelas instituições. Outrossim, por meio de uma linha histórica legislativa, do Brasil-colônia à contemporaneidade, traçou-se o viés incriminador nos quais nasceram e ainda permanecem as prisões brasileiras, vivificadas em uma era de abolição da escravatura de um lado, compensada de outro, pela criminalização da cultura e do modo de vida do povo preto, bem como pelos inúmeros incentivos de migração do povo europeu para o país. Diante das construções realizadas, ao fim, foi possível compreender que a mulher, preta e pobre, tem a cor, o sexo e a classe preferida do sistema de justiça criminal, compondo hoje uma proporção relativamente pequena entre as populações carcerárias ao redor do mundo, mas figurando o setor de mais rápido crescimento dentre as pessoas presas.

O décimo terceiro texto, que tem por título “ineficiência punitiva do art. 60 da Lei de Crimes Ambientais: sua comparação com as sanções cominadas às infrações administrativas”, dos autores João Victor Baptista Magnavita e José Claudio Junqueira Ribeiro, externa que “a Política Nacional do Meio Ambiente veio inaugurar um novo patamar de preocupação com o bem ambiental à medida em que se consubstancia em um dos mais importantes documentos legislativos sobre políticas públicas ambientais em solo pátrio. Dessa forma, pinçando um de seus instrumentos, o licenciamento ambiental, busca-se no presente estudo entender se os enunciados relativos a esse instrumento, elencados em forma de sanções administrativas e criminais, realmente servem como suporte que compele o agente infrator a cumprir a legislação ambiental. Cabe mencionar, ainda, que a pesquisa desenvolvida se utilizou da metodologia da pesquisa qualitativa, ao se apoiar na filosofia fenomenológica do que se propõe a estudar, do método de pesquisa explicativa uma vez que se preocupa em identificar os fatores e quesitos que determinam para a ocorrência de determinados fenômenos jurídicos estudados. Ademais, para fundamentar o presente trabalho, utilizou-se do método indutivo que foi conduzido pelas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, revelando, portanto, a base na qual se construiu o estudo em comento.

Em “mandados de criminalização, tratados internacionais e enfrentamento à corrupção”, os autores Antônio Carlos da Ponte e Cintia Marangoni tratam do combate às práticas de corrupção, verdadeira chaga que subtrai preciosos recursos públicos da sociedade, no contexto da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e do princípio da proporcionalidade, em sua vertente de proibição da proteção deficiente. Para tanto, perpassou-se pelos instrumentos atualmente existentes no ordenamento jurídico brasileiro, incluindo os Tratados Internacionais firmados pelo Brasil no combate à corrupção, que também devem ser percebidos como mandados de penalização (diante do disposto no artigo 5º, §3º, da

Constituição Federal de 1988), a fim de compreender-se o quanto ainda se poderá avançar nesta seara. Assim, o presente estudo ressalta a compreensão do crime de corrupção como um claro atentado aos direitos humanos, na medida em que priva o Estado de investimentos que seriam destinados à população, motivo pelo qual questiona-se sua inclusão no rol dos crimes hediondos, além de sua tipificação no âmbito privado, em atendimento a mandado constitucional implícito de criminalização e respeito ao princípio da proibição da proteção deficiente.

O décimo quinto texto tem por título “mesclagem de dados eleitorais em proveito do banco multibiométrico: Lei de Identificação Penal e Proteção de Dados Pessoais”, e foi escrito por Raissa de Cavassin Milanezi e Cinthia Obladen de Almendra Freitas. Nele, revela-se que o Pacote Anticrime inseriu na Lei de Identificação Criminal, Lei n.º 12.037/2009, o Banco Multibiométrico, que tem como objetivo armazenar dados biométricos, de impressões digitais e, quando possível, íris, face e voz, para subsidiar investigações criminais e identificar civilmente o indivíduo não identificado. Busca-se analisar juridicamente o referido Banco de Dados, sob a perspectiva da proteção de dados e de violação a direitos humanos e fundamentais, frente à sociedade de controle e vigilância. O problema de pesquisa tem por base a seguinte interrogação: Permite a legislação brasileira, em termos de garantias constitucionais penais e da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, a mesclagem de dados eleitorais e dos institutos de identificação em prol da persecução criminal? Para tanto, a pesquisa utilizou método dedutivo, em que foi realizado levantamento bibliográfico de livros, teses e dissertações com os descritores indicados abaixo. Ao final, a chegou-se à hipótese de que a mesclagem de dados na forma como está disposta na Lei de Identificação Criminal viola diversos preceitos penais e da LGPD.

Em “o ANPP – Acordo de não persecução penal e a revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo”, os autores Eduardo Puhl e Matheus Felipe De Castro apresentam como tema o acordo de não persecução penal – ANPP e externa que os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não

persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

O décimo sétimo texto, “o contexto histórico de valorização dos direitos humanos e a violação da dignidade humana no sistema carcerário”, é de autoria de Renata Pereira Mayrink e Rômulo Luis Veloso de Carvalho. Nele se externa que a necessidade de respeito à dignidade da pessoa humana é incontestável na atualidade, mas, apesar de supremo, é um valor continuamente afastado. A pesquisa visa estudar a atual crise do sistema carcerário nacional, sob o enfoque da dignidade humana, com o objetivo de criticar as sistemáticas violações a esse direito fundamental. Inicialmente analisou-se o contexto histórico de surgimento dos direitos humanos, em seguida a crise no sistema carcerário nacional e as constantes violações ao valor essencial da dignidade humana. Por fim, conclui-se pela necessidade de uma reforma em diversos setores que lidam com a execução penal, já que a atual situação de mazela dos cárceres nacionais não pode ser atribuída a apenas um fator, mas sim a diversos que se somam. Acima de tudo é preciso que haja a máxima efetivação dos direitos humanos, sobretudo da dignidade humana dos encarcerados. A metodologia utilizada para desenvolvimento da pesquisa foi a descritiva-bibliográfica, através do estudo de estatutos normativos e jurisprudência nacionais e internacionais, doutrinas sobre o tema e vídeos.

Em “o direito penal e os reflexos dos avanços neurocientíficos: uma análise acerca da culpabilidade”, Júlia Gabriela Warmling Pereira, autora do texto, destaca que a relevância sobre as descobertas neurocientíficas inaugura uma nova era. E na medida em que as suas investigações vêm avançando, através de novas tecnologias de mapeamento cerebral, têm revelado localizações específicas de eventos cerebrais, os quais permitem inferir a crescente aproximação entre a neurociência e o direito. As ambições neurocientíficas têm se expandido e se impregnado na sociedade, situação que acarreta um peso maior nas leis e, diante desse fato, as questões atinentes ao direito merecem atenção para que se tenha uma inserção adequada à realidade. O direito e a neurociência constituem um tema com diversas implicações de cunho social, ontológico e metodológico, necessitando ser analisado, essencialmente, sob o aspecto dogmático penal, particularmente no tocante à culpabilidade penal. No que concerne às discussões acerca do direito penal, nota-se que transcende deste âmbito as investigações a respeito do comportamento humano. Compreende, também, o interesse em analisar a conduta humana e a própria questão do livre-arbítrio, igualmente relevante às neurociências. Não há dúvida de que as possíveis repercussões para o direito

penal constituem um tema que tem levado diversos doutrinadores a se debruçar sobre as pesquisas, as quais devem ser analisadas com as cautelas devidas.

O décimo nono trabalho que compõe o livro tem por título “o exame criminológico sob a perspectiva crítica: apontamentos sobre a Súmula Vinculante nº 26 como política criminal”, e foi escrito por Jéssica Cristina de Moraes, Eduardo Bocalete Pontes Gestal e Sergio Nojiri. O texto objetiva analisar a construção dos pensamentos criminológicos e sua contribuição para uma lógica de controle social idealizada a partir de mecanismos de exclusão e institucionalização (encarceramento) em massa, tendo como base de investigação a súmula vinculante nº 26 que possibilitou o uso continuado do exame criminológico como ferramenta de avaliação de progressão de regime na contramão da nova redação do artigo 112, da Lei de Execução Penal, pela Lei n.º 10.792/03, a qual havia revogado esta perícia nesse contexto da execução da pena. Para tanto, faz-se uma breve passagem sobre os discursos presentes nas escolas criminológicas, traçando um caminho entre os pensamentos criminológicos da Escola Clássica à Positiva à Sociológica até a Criminologia Crítica, demonstrando como o “outro” (apenados, doentes mentais, pessoas sem ocupação e demais indivíduos que não contribuíssem com a sua força de trabalho) sempre esteve na posição política e social de membro não desejável na sociedade. Após, discorre-se acerca do exame criminológico e do seu uso durante a Execução Penal relacionado à apuração de mérito subjetivo à progressão de regime. Destaca-se, ainda, os pontos de embate entre referenciais apoiadores e contrários ao uso do exame, na medida em que vislumbramos que essa perícia otimiza o período de cumprimento de pena em regime mais gravoso e reverbera as problemáticas do sistema penal na prática. Finalmente, são tecidos comentários acerca da possível existência de fatores político-ideológicos na atuação Supremo Tribunal Federal com a edição Súmula vinculante nº 26.

No texto “o futuro da educação prisional: educação à distância sustentável” o autor Nelcyvan Jardim dos Santos expõe ser necessário conhecer as tendências futuras nos programas de educação e ensino. Neste artigo ele se concentrou em fornecer perspectivas sobre o futuro dos programas educacionais, necessidades de alunos e professores para uma educação inovadora e ao mesmo tempo suprir as necessidades de desenvolvimento educacional aos que estão privados de liberdade. Apresenta, ainda, vantagens em detrimento dos recursos humanos, segurança dos professores e acesso ao ensino a todos os detentos por meio dessa modalidade. Apesar do acesso à educação nos presídios se encontrar estampado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, Lei de Execução Penal, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, além de outras normativas, faz-se necessário mostrar que esses indivíduos, esquecidos pela sociedade, também têm direitos, capacidade e possibilidades reais de uma harmônica integração social. O desenho do artigo contempla a abordagem

bibliográfica e documental e tem como objeto de estudo compreender os cenários educacionais do futuro, na aplicação da Educação à Distância nas unidades prisionais, como fator de valorização dessa modalidade de ensino para concretizar os direitos dos reclusos e minimizar a ausência de oferta educacional nos centros penitenciários nacionais.

Em “os estabelecimentos penais e os dados frente ao Covid-19”, a autora Ana Eduarda Bazzo Pupim realiza um estudo sistemático dos estabelecimentos penais frente a pandemia do Covid-19 e conclui, com dados do Infopen, que o sistema carcerário brasileiro é precário, desigual e violador de direitos básicos. Quinze vírgula três por cento (15,3%) das pessoas que se encontram em regime fechado deveriam estar em regime semiaberto ou até liberados, isto antes da pandemia; contudo, as regras de sanitização para o combate do Covid-19 não modificaram a realidade, porquanto difíceis de serem colocadas em prática. Na verdade, 81.214 de presos e servidores foram infectados com o Coronavírus, ou seja, 13,6% do sistema carcerário considerando a população de 2019, e 11,5% se considerada a população de presos de 2020, demonstrando a atual necessidade de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Em “progressão de regime em crimes hediondos no Supremo Tribunal Federal: uma análise empírica pela Súmula Vinculante 26”, dos autores Ana Clara Macedo Jaccoud, Pedro Burlini de Oliveira e Raphaël Tinarrage, discute-se que uma das principais discussões que circundam a execução penal dos crimes hediondos é a possibilidade de exigência de exame criminológico como requisito para progressão de regime. Isso porque, esse exame já foi obrigatório em Lei, a qual após revogada gerou uma lacuna que a Súmula Vinculante nº 26 (SV 26) do Supremo Tribunal Federal buscou colmatar. Frente a tal lacuna e as discussões emergentes, foi realizado um estudo empírico sobre o comportamento de casos no STF que pedem a progressão de regimes para condenados por crimes hediondos ou assim equiparados, verificando as nuances da aplicação dos requisitos para essa progressão. Para tanto, a pesquisa contou com uma produção empírica baseada em métodos de Machine Learning, a partir da criação de um modelo treinado para identificar decisões do STF relacionadas à SV 26. Além disso, o artigo apresenta uma exposição teórica sobre aspectos dogmáticos do exame criminológico e sua expressão jurisprudencial do STF. A partir dessa verificação, foram expostas descobertas sobre a persistência da exigência do exame e sobre a concentração de processos no STF tratando da progressão de regime nesses tipos de crimes.

No artigo “stalking e a tipificação do crime de perseguição da Lei 14132/21- um amparo à dignidade da pessoa humana e aos direitos da personalidade”, as autoras Evandra Mônica Coutinho Becker e Cleide Aparecida Gomes Rodrigues Fermentão discorrem que o stalking é um fenômeno cuja marca e as facetas são múltiplas. Tomados isoladamente, a miríade de

atos dos perpetradores, geralmente, não é ilegal em si. Esse aspecto explica, em parte, porque o stalking só é percebido tardiamente pela vítima, o que significa que a persecução penal só intervém muito tempo depois. Frequentemente, vários comportamentos de assédio não se enquadram na lei penal porque, tomados isoladamente, não parecem ameaçadores (como, enviar flores ou presentes). No entanto, a gama de atos de perseguição concebíveis é ampla e pode incluir crimes como: danos à propriedade ou transgressão, que podem ser, por si só, objeto de queixa. A presente pesquisa tem como objetivo geral apresentar a tipificação do stalking como crime mediante a legislação brasileira bem como a infração de direitos do cidadão. Assim, os objetivos específicos deste artigo buscam, conceituar o que é stalking e o que o abrange, explicar e descrever a tipificação do ato de stalking como crime na legislação brasileira, bem como a responsabilidade civil que o imputa, apresentar e descrever os direitos fundamentais do cidadão, com ênfase no princípio da dignidade da pessoa humana e por fim, descrever como o crime de stalking fere os direitos da personalidade garantidos ao cidadão. Para desenvolvimento da pesquisa, as autoras se valeram do método de revisão bibliográfica. Por fim, concluiu-se que a lei 14.132/2021 foi essencial para especificar de forma clara e concreta o crime de stalking na atualidade, principalmente, mediante os avanços tecnológicos e a disponibilidade de diversas ferramentas para efetuar tal crime.

Observa-se, assim, que, como foi inicialmente dito, os autores incumbiram-se do compromisso de serem críticos e corajosos com vistas à maior e melhor adequação das práticas ao texto constitucional e das demandas da contemporaneidade em prol de um modelo integrado, proativo e transformador de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof.a Dr.a Cinthia Obladen de Almendra Freitas- PUC-PR - cinthia.freitas@pucpr.br

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UFSC - matheusfelipedecastro@gmail.com

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC – Dom Helder – Escola de Direito - lgribeirobh@gmail.com

O ANPP-ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A REVISIBILIDADE JURISDICIONAL DO MÉRITO DO ATO ADMINISTRATIVO

THE ANPP-NON-PROSECUTION AGREEMENT AND THE JURISDICTIONAL REVISIBILITY OF THE MERIT OF THE ADMINISTRATIVE ACT

Eduardo Puhl ¹
Matheus Felipe De Castro ²

Resumo

O presente trabalho apresenta como tema o acordo de não persecução penal – ANPP. Os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal. Dessa forma, a presente pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo. Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre seu não oferecimento. O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP. Conclui-se que o acordo de não persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, bem como pela realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais e que a posição em que os tribunais têm se colocado, de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal, Jurisprudência, Administrativização, Revisibilidade, Poder punitivo

Abstract/Resumen/Résumé

The present work presents as its theme the non-prosecution agreement - ANPP. Negotiation mechanisms have been shown to be a trend in the criminal sphere, with the possibility of applying criminal consequences without the need for due legal process, shortening the time lapse between the alleged commission of the offense and the criminal execution. In this way, the present research questions whether the realization of this criminal negotiation justice

¹ Doutorando em Direito-UNOESC. Membro do Grupo de Estudo e Pesquisa “Proteção Das Liberdades Na Sociedade Do Controle” (CNPq/UNOESC). Membro do Grupo de Pesquisa “Justiça, Sociedade e Direitos Humanos” (CNPq/UNC).

² Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Professor de graduação e pós-graduação em Direito. Advogado.

would produce a kind of administratization of justice and what would be its effects for the exercise of punitive power. The objective is, in general, to analyze the ANPP institute and the related jurisprudence regarding the legal nature and judicial control over its non-offer. The research procedure followed a deductive methodology, with the aid of the technique of jurisprudence analysis. In addition, an exploratory methodology was used to research the jurisprudence related to the ANPP. It is concluded that the non-prosecution agreement has been interpreted as not constituting a subjective right of the accused, as well as the realization of the phenomenon of administratization of the punitive power, in view of the replacement of judicial actors by administrative actors in the conduct of negotiation mechanisms and that the position in which the courts have taken, of denying jurisdictional review, seems to conflict with the principle of inexorability of jurisdiction.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-prosecution agreement, Jurisprudence, Administratization, Revisability, Punitive power

INTRODUÇÃO

O presente trabalho apresenta como tema o acordo de não persecução penal – ANPP, que foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro por meio da publicação da Lei 13.964/2019, popularmente conhecida como “Pacote Anticrime”, e promoveu alterações na legislação penal, processual penal e execução penal. Com a inserção do art. 28-A no Código de Processo Penal ampliaram-se as possibilidades de realização de negócios jurídicos na esfera criminal.

Os mecanismos negociais têm se mostrado como tendência no âmbito criminal, com a possibilidade de aplicação de consequências penais sem a necessidade do devido processo legal, abreviando o lapso temporal entre o suposto cometimento da infração e a execução penal.

Dessa forma, a presente pesquisa questiona se a realização dessa justiça negocial criminal produziria uma espécie de administrativização da justiça e quais seriam os seus efeitos para o exercício do poder punitivo.

Objetiva-se, de maneira geral, analisar o instituto do ANPP e a jurisprudência correlata no que tange à natureza jurídica e ao controle judicial sobre o não oferecimento do ANPP. Especificamente, abordar-se-á a temática “solução penal negociada” e poder punitivo, para identificar a natureza jurídica e os requisitos para o oferecimento do ANPP, bem como analisar o fenômeno da administrativização e a revisibilidade judicial do mérito do ANPP, frente à possível incompatibilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição diante da lesão ou ameaça de direito frente ao não oferecimento do ANPP.

O procedimento de pesquisa observou uma metodologia dedutiva, com auxílio da técnica de análise de jurisprudência. A análise de jurisprudência permite a identificação da posição dos decisores reais em relação ao problema e/ou a suas eventuais inclinações em relação às demais possibilidades de solução que porventura não tenham sido adotadas. Complementarmente utilizou-se uma metodologia exploratória para pesquisar a jurisprudência correlata ao ANPP.

O artigo está estruturado da seguinte forma: na primeira seção objetiva-se analisar a questão da solução penal negociada e o acordo de não persecução penal e sua natureza jurídica. Na segunda seção, objetiva-se demonstrar o panorama jurisprudencial sobre o ANPP. Na terceira seção, o foco está na análise do fenômeno da administrativização e da revisibilidade judicial do mérito do ANPP.

1 BREVES APONTAMENTOS SOBRE SOLUÇÃO PENAL NEGOCIADA E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

O poder punitivo deriva do poder soberano e ganha forma através do direito e do sistema de justiça criminal. Nilo Batista (2011, p. 18) afirma que o direito penal é legislado “para cumprir funções concretas ‘dentro de’ e ‘para uma’ sociedade que concretamente se organizou de determinada maneira”. O autor ainda afirma que a compreensão do direito deve levar em conta o contexto histórico em que foi elaborado e que uma das funções inquestionáveis do direito penal é o controle social. Levando em consideração que o Código de Processo Penal brasileiro é de 1941, o contexto histórico que permeia sua elaboração em muito auxilia para a compreensão dos mecanismos e estrutura processual ainda vigente.

Embora o direito penal seja modelado pela sociedade, ele também interage com essa sociedade, possibilitando a identificação da congruência entre os fins do direito penal e os fins do Estado (BATISTA, 2011). Essa conveniência entre finalidade do direito penal e a finalidade do Estado conduz ao que se convencionou chamar de técnica de Estado, a qual designa a forma como o poder político é exercido. Frankenberg (2018, p.15) leciona que a técnica de Estado “abrange a totalidade dos procedimentos, normas e princípios, formas de conhecimento e competências, estratégias, táticas e cálculos operacionalizados por atores e instituições”.

É nesse contexto, em que o direito penal apresenta uma finalidade de controle social exercida pelo Estado por meio de suas técnicas, que o acordo de não persecução penal se encaixa, pois se apresenta como resultado de uma ampliação dos mecanismos ditos negociais em matéria penal que vêm sendo implementados pelo Estado brasileiro nos últimos anos, ao lado da transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de leniência e colaboração premiada.

Conforme assinalam Castro e Hoffmann (2021, p. 50), muitos juristas vêm demonstrando preocupação em “elaborar formas de garantir segurança jurídica, celeridade e eficiência ao sistema penal por meio da adoção de institutos pretensamente despenalizadores”. Esse conjunto de teóricos e práticos vêm sugerindo um modelo de justiça “consensual”, em contraposição ao modelo de justiça retributiva, no intuito de reforçar o caráter subsidiário da pena de prisão e apresentar meios alternativos e céleres para resolução de conflitos, tudo isso em nome do princípio da economia processual e da oportunidade regrada.

A inserção do acordo de não persecução penal no Código de Processo penal é a mais recente comprovação de que a justiça criminal negocial vem avançando no Brasil. O discurso por trás da inserção do ANPP no ordenamento jurídico brasileiro pode ser extraído da exposição de motivos do projeto de lei do “Pacote Anticrime”, o qual sustenta que “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”, além de que “o acordo descongestiona os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves” (BRASIL, 2019, n.p.).

O projeto foi aprovado e o ANPP foi formalmente introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a publicação da Lei 13.964/2019, que promoveu alterações na legislação penal, processual penal e de execução penal. A inserção do art. 28-A¹ no Código de Processo Penal formalizou o acordo de não persecução penal e ampliou, portanto, as possibilidades de realização de negócios jurídicos na esfera criminal.

Conforme o dispositivo legal, para viabilizar o oferecimento do acordo o réu deve confessar formal e circunstancialmente a prática delitiva, desde que a infração penal tenha pena mínima inferior a 4 anos e não tenha sido praticada com violência ou grave ameaça. Atendidos os requisitos, abre-se a possibilidade de oferecimento do ANPP, desde que o Ministério Público entenda que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante algumas condições que devem ser ajustadas, as quais estão previstas nos incisos I a V do art. 28-A do CPP.

Conforme cita Vasconcellos (2022, p. 15) “o ANPP é uma espécie de barganha em termos estritos” e, como tal, caracteriza-se como facilitador da persecução penal incentivando a não oposição de resistência do acusado em troca de um pretenso “benefício jurídico”.

A influência americana na difusão e implantação dos institutos negociais se desvela na “medida em que, como potência mundial, sua atuação não somente ocorre no comércio, na cultura, na economia e na política, mas também atinge as esferas jurídicas dos demais países”, acentuando-se a partir da vitória das potências aliadas na Segunda Guerra Mundial (GIACOMOLLI; 2016, p. 312).

O ANPP apresenta alguns pontos de contato com o instituto da *plea bargaining*, mecanismo de solução penal negociada amplamente utilizado nos Estados Unidos, embora não

¹ CPP, 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 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.

haja, evidentemente, uma superposição ou transposição completa de modelos. Segundo Langer (2021), a barganha é uma forma de se chegar a uma condenação criminal sem julgamento. Assim, a *plea bargaining* deve ser estudada em conjunto com outros mecanismos processuais adotados em todo o mundo que também possibilitam uma condenação sem julgamento.

Segundo Vasconcellos (2015) cerca de 98% de todos dos casos criminais estadunidenses são resolvidos por meio de acordos sem qualquer homologação judicial. Na conjuntura americana eficiência é sinônimo de condenação, de punição, ou seja, pouco se consideram os direitos fundamentais e a ressocialização do acusado. Ideia que é corroborada por Castro (2018), que afirma que a *plea bargaining* é um dos mecanismos responsáveis pela superlotação carcerária estadunidense, tendo em vista que a prática se difere muito da teoria, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais e constitucionais, situação que preocupa e que pode vir a acontecer no Brasil, principalmente se o *Parquet* não agir de forma imparcial na celebração dos acordos.

Após esses breves apontamentos sobre solução penal negociada e o acordo de não persecução penal emerge a necessidade de analisar como os tribunais têm tratado as controvérsias envolvendo o ANPP, a partir do recorte metodológico proposto pelo trabalho para: a) identificar a natureza jurídica do ANPP (se direito subjetivo do acusado ou se ato discricionário do Ministério Público); e b) analisar a questão da revisibilidade jurisdicional do mérito do ato administrativo.

2 PANORAMA JURISPRUDENCIAL ACERCA DO ANPP

Propõe-se, aqui, apresentar o panorama jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) acerca das decisões envolvendo o instituto do ANPP, com recorte delimitado pela busca da natureza jurídica e da revisibilidade jurisdicional do mérito do acordo. Objetivou-se, porquanto, selecionar os acórdãos que se referem expressamente acerca da discricionariedade do Ministério Público no oferecimento do acordo, bem como sobre sua natureza jurídica a partir da atual sistemática processual penal.

Empregou-se metodologia exploratória no intuito de filtrar os julgados, cuja pesquisa realizou-se nos sítios oficiais do STF² e STJ³, buscando por decisões que contivessem as expressões “ANPP”, “direito subjetivo” e “discricionariedade”, posteriormente selecionando cronologicamente as mais recentes. O escopo da abordagem foi estabelecer uma visão

² <https://portal.stf.jus.br/>

³ <https://www.stj.jus.br/sites/portalp/Inicio>

panorâmica por meio de decisões colegiadas para compreender de que forma o Poder Judiciário tem se manifestado acerca do tema.

2.1 Natureza Jurídica do ANPP

No sítio do STF, ao buscar pelos termos "acordo de não persecução penal" e "direito subjetivo", foram encontrados 7 (sete) resultados. O mais recente, com julgamento em 22/08/2022 foi o caso do HC 216895 AgR⁴, de relatoria do Ministro Alexandre de Moraes.

Nesse caso o paciente foi condenado pelo crime de peculato a 1 ano e 4 meses de reclusão, em regime aberto, sendo que a pena foi substituída por duas restritivas de direito. Inconformada, a defesa apelou, posteriormente interpondo Recuso Especial, ao qual foi negado provimento, de forma que se impetrou *habeas corpus* contra o acórdão da sexta turma do STJ. O HC foi indeferido, resultando na interposição do agravo regimental, analisado pela primeira turma do STF.

Da análise da ementa depreende-se que o ANPP não se traduz em direito subjetivo do acusado. O voto do relator apresenta a seguinte argumentação:

“(...) O Ministério Público poderá, dependendo da hipótese, deixar de apresentar a denúncia e optar pelo oferecimento da transação penal ou do acordo de não persecução penal, desde que, presentes os requisitos legais. Essa opção ministerial encaixa-se dentro desse novo sistema acusatório, onde a obrigatoriedade da ação penal foi substituída pela discricionariedade mitigada; ou seja, respeitados os requisitos legais o Ministério Público poderá optar pelo acordo de não persecução penal, dentro de uma legítima opção da própria Instituição. Ausentes os requisitos legais, não há opção ao Ministério Público, que deverá oferecer a denúncia em juízo. Entretanto, se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir

⁴Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE PECULATO, NA FORMA TENTADA. CONDENAÇÃO. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. Entretanto, não obriga o Ministério Público, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo, a partir da estratégia de política criminal adotada pela Instituição. 2. O art. 28-A do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 13.964/2019, foi muito claro nesse aspecto, estabelecendo que 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". 3. A finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa (cf. HC 199950, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, DJe de 18/6/2021; HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 13/4/2021; HC 191.464-AgR/SC, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 26/11/2020; ARE 1294303 AgR-segundo-ED, Relator(a): ROSA WEBER, Primeira Turma, DJe de 26/4/2021; RHC 200311 AgR, Relator(a): DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/8/2021). 4. Agravo Regimental a que nega provimento. (HC 216895 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 22/08/2022).

da estratégia de política criminal adotada pela Instituição (...) (BRASIL, 2022).

Diversos outros julgados acompanham esse entendimento, de modo que, no STF, embora não haja ainda uma decisão com natureza vinculante, poder-se-ia afirmar que já se evidencia uma tendência dominante acerca da natureza do ANPP como um ato discricionário do Ministério Público e não um direito subjetivo do acusado. Caberia exclusivamente ao *parquet*, fundamentadamente, escolher entre oferecer a denúncia ou realizar a proposta do acordo. Todos os 7 acórdãos (HC 216895 AgR, HC 217694 AgR, HC 206876 AgR, HC 201610 AgR, RHC 198981 AgR, HC 194677, HC 191124 AgR) negam que o ANPP seja direito subjetivo do acusado.

No sítio do STJ, ao buscar pelos termos "acordo de não persecução penal" e "direito subjetivo", foram encontrados 25 (vinte e cinco) resultados. O mais recente, com julgamento em 18/08/2022 foi o caso do HC 657165/RJ⁵, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz.

⁵ HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PODER-DEVER DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO IMPEDIMENTO. REMESSA DOS AUTOS À PROCURADORIA-GERAL DE JUSTIÇA. INTELIGÊNCIA DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. NECESSIDADE. ORDEM CONCEDIDA.

1. O acordo de não persecução penal, de modo semelhante ao que ocorre com a transação penal ou com a suspensão condicional do processo, introduziu, no sistema processual, mais uma forma de justiça penal negociada. Se, por um lado, não se trata de direito subjetivo do réu, por outro, também não é mera faculdade a ser exercida ao alvedrio do Parquet. O ANPP é um poder-dever do Ministério Público, negócio jurídico pré-processual entre o órgão (consoante sua discricionariedade regrada) e o averiguado, com o fim de evitar a judicialização criminal, e que culmina na assunção de obrigações por ajuste voluntário entre os envolvidos. Como poder-dever, portanto, observa o princípio da supremacia do interesse-público - consistente na criação de mais um instituto despenalizador em prol da otimização do sistema de justiça criminal - e não pode ser renunciado, tampouco deixar de ser exercido sem fundamentação idônea, pautada pelas balizas legais estabelecidas no art. 28-A do CPP.

2. A ausência de confissão, como requisito objetivo, ao menos em tese, pode ser aferida pelo Juiz de direito para negar a remessa dos autos à PGJ nos termos do art. 28, § 14, do CPP. Todavia, ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o novel art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado - o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial - haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o Parquet caso admitisse a prática da conduta apurada.

3. Não há como simplesmente considerar ausente o requisito objetivo da confissão sem que, no mínimo, o investigado tenha ciência sobre a existência do novo instituto legal (ANPP) e possa, uma vez equilibrada a assimetria técnico-informacional, refletir sobre o custo-benefício da proposta, razão pela qual o fato de o investigado não ter confessado na fase investigatória, obviamente, não quer significar o descabimento do acordo de não persecução (CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Manual do Acordo de Não Persecução Penal à luz da Lei 13.963/2019 (Pacote Anticrime). Salvador: JusPodivm, 2020, p. 112).

4. É também nessa linha o Enunciado n. 13, aprovado durante a I Jornada de Direito Penal e Processo Penal do CJF/STJ: A inexistência de confissão do investigado antes da formação da opinião delicti do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal.

5. A exigência de que a confissão ocorra no inquérito para que o Ministério Público ofereça o acordo de não persecução penal traz, ainda, alguns inconvenientes que evidenciam a impossibilidade de se obrigar que ela aconteça necessariamente naquele momento. Deveras, além de, na enorme maioria dos casos, o investigado ser ouvido pela autoridade policial sem a presença de defesa técnica e sem que tenha conhecimento sobre a existência do benefício legal, não há como ele saber, já naquela oportunidade, se o representante do Ministério Público efetivamente oferecerá a proposta de ANPP ao receber o inquérito relatado. Isso poderia levar a uma autoincriminação antecipada realizada apenas com base na esperança de ser agraciado com o acordo, o qual poderá não ser oferecido pela ausência, por exemplo, de requisitos subjetivos a serem avaliados pelo membro do Parquet.

No caso concreto, o paciente alegou ser vítima de coação ilegal decorrente de acórdão proferido em *Habeas Corpus* que denegou a ordem. O réu foi denunciado pela suposta prática do crime previsto no art. 33 da Lei de Drogas e não lhe foi oferecido acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, que justificou a negativa diante da ausência de confissão do acusado. Os autos foram remetidos para a Procuradoria-Geral de Justiça que indeferiu o pedido por não haver sido preenchido o requisito legal objetivo da confissão, decisão mantida pelo Tribunal. A defesa alegou ilegalidade da conduta do magistrado, tendo em vista que o acusado permaneceu em silêncio perante a autoridade policial e não foi informado sobre a possibilidade de celebrar o ANPP em caso de confissão.

Ao julgar o caso, o STJ afirmou, acerca da natureza jurídica do ANPP, que não se trata de direito subjetivo do acusado. Todos os 25 acórdãos⁶ encontrados corroboram esse entendimento. A ementa do acórdão, entretanto, revela que também não se trata de mera faculdade do Ministério Público. O ANPP, como poder-dever, observaria o princípio da supremacia do interesse-público e não poderia ser renunciado e nem deixar de ser exercido sem fundamentação idônea.

Ao exigir a existência de confissão formal e circunstanciada do crime, o art. 28-A do CPP não impõe que tal ato ocorra necessariamente no inquérito, sobretudo quando não consta que o acusado (o qual estava desacompanhado de defesa técnica e ficou em silêncio ao ser interrogado perante a autoridade policial) haja sido informado sobre a possibilidade de celebrar a avença com o *Parquet* caso admitisse a prática da conduta apurada. Ou seja, a inexistência de confissão do investigado antes da formação da *opinio delicti* do Ministério Público não pode ser interpretada como desinteresse em entabular eventual acordo de não persecução penal (BRASIL, 2022).

6. No caso, porque foi negada a remessa dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça (art. 28-A, § 14, do CPP) pela mera ausência de confissão do réu no inquérito, oportunidade em que ele estava desacompanhado de defesa técnica, ficou em silêncio e não tinha conhecimento sobre a possibilidade de eventualmente vir a receber a proposta de acordo, a concessão da ordem é medida que se impõe.

7. Ordem concedida, para anular a decisão que recusou a remessa dos autos à Procuradoria Geral de Justiça - bem como todos os atos processuais a ela posteriores - e determinar que os autos sejam remetidos à instância revisora do Ministério Público nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP e a tramitação do processo fique suspensa até a apreciação da matéria pela referida instituição.

(HC n. 657.165/RJ, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

⁶ AgRg no HC 671663/SC, HC 657165/RJ, AgRg no RHC 166837/MG, AgRg no REsp 2000995/SP, AgRg no REsp 2002178/SP, AgRg no REsp 1991639/SP, AgRg no AREsp 2004897/SP, RHC 161251/PR, RHC 159643/RJ, AgRg no AREsp 1994198/SC, AgRg nos EDcl no RHC 159134/RO, AgRg no HC 687041/SC, HC 664016/SP, AgRg no HC 708105/SP, AgRg no RHC 155076/SP, AgRg no REsp 1948350/RS, AgRg no RHC 152756/SP, AgRg no HC 629473/SC, AgRg no HC 638821/SC, HC 668520/SP, AgRg no HC 627461/SC, EDcl no AgRg no RE nos EDcl nos EDcl no AgRg no REsp 1816322/MG, HC 637782/SC, AgRg no HC 622386/SC, AgRg no RHC 130587/SP

2.2 Revisibilidade judicial acerca do não oferecimento do ANPP

No sítio do STF, ao buscar pelos termos "acordo de não persecução penal" e "discrecionalidade", foram encontrados 4 (quatro) resultados. Entre os quatro, após breve análise, identificou-se que o caso que enfrentou efetivamente o tema foi o HC 194677/SP⁷, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes.

Verifica-se que a paciente foi condenada pela prática do delito capitulado no artigo 33, *caput*, combinado com o art. 40, I, ambos da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto. A Defensoria Pública argumentou que caberia a redução do tráfico privilegiado, possibilitando o ANPP. O MP recusou ofertar o acordo tendo em vista que a pena mínima prevista abstratamente não permitiria a oferta, além da gravidade do delito. A defesa pugnou pela revisão do órgão ministerial, o que foi negado pelo juízo de primeiro grau. Posteriormente a questão chegou ao STF.

O Ministro Gilmar Mendes colocou a seguinte questão-problema: há controle judicial sobre a remessa do caso ao órgão superior do MP para revisão de recusa ao ANPP nos termos do art. 28-A, § 14⁸, CPP ou se trata de ato automático a partir do pedido da defesa?

Em seu voto, Mendes (BRASIL; 2021, p. 8) afirma que, quanto ao reconhecimento judicial do direito ao ANPP, a jurisprudência do STF é “firme no sentido de que não é dado ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo em âmbito penal”. E citou o seguinte julgado:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao Ministério Público a celebração de acordo de colaboração premiada, notadamente, como ocorre na hipótese, em que há motivada indicação das razões que, na visão do titular da ação penal, não recomendariam a formalização do discrecional negócio jurídico processual. (...) 6. Agravo regimental desprovido”. (AgR no MS 35.693, Rel. Min. Edson Fachin, Segunda Turma, DJe 24.7.2020).

O Ministro afirmou, ainda, que “não é legítimo que o Judiciário controle a recusa do ANPP quanto ao seu mérito para impedir a remessa ao controle superior no MP”. No caso

⁷ Habeas corpus. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal. 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal. (HC 194677, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 11/05/2021).

⁸ CPP, art. 28-A, §14: No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código.

concreto, a regra de remessa ao órgão superior do MP deve prevalecer (BRASIL, 2021, p. 9). Finalizou reconhecendo o direito da defesa ao reexame da negativa apresentada pelo representante do MP, com base no art. 28-A, §14 do CPP, e concedeu parcialmente a ordem para determinar a remessa dos autos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, para apreciar o ato do Procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal (BRASIL, 2021, p. 10).

No sítio do STJ, ao buscar pelos termos "ANPP" e "discrecionalidade", foram encontrados 6 (seis) resultados. O mais recente, com julgamento em 18/08/2022 foi o caso do HC 657165/RJ, de relatoria do Ministro Rogerio Schietti Cruz, já comentado. O segundo resultado foi o do AgRg no RHC 166837/MG⁹, julgado em 08/08/2022, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

⁹ PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM HABEAS CORPUS. 1. PEDIDO DE REUNIÃO DE PROCESSOS. ALEGADA CONEXÃO. MATÉRIA NÃO EXAMINADA NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 2. REVOGAÇÃO DA PRISÃO CAUTELAR. TEMA NÃO EXAMINADO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. MATÉRIA JÁ ANALISADA NO HC 699.034/MG. 3. VIOLAÇÃO SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. ART. 215 DO CP. CRIME PRATICADO ANTES DA LEI 13.718/2018. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. EFETIVA OCORRÊNCIA. DECADÊNCIA NÃO VERIFICADA. 4. NÃO OFERECIMENTO DO ANPP. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO. CONDUTA CRIMINAL REITERADA. 5. APRESENTAÇÃO DE DUAS RESPOSTAS À ACUSAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. 6. PEDIDO DE OITIVA DE INFORMANTES. TESTEMUNHAS DO JUÍZO. FACULDADE DO JUIZ. 7. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O recorrente se insurge, em um primeiro momento, contra a não reunião dos processos a que responde, por considerar haver conexão entre eles. Contudo, da leitura do acórdão recorrido, verifica-se que a matéria não foi previamente examinada pela Corte local, o que impede o conhecimento pelo Superior Tribunal de Justiça, sob pena de indevida supressão de instância. 2. O pedido do recorrente de revogação da prisão cautelar, além de não ter sido objeto do acórdão ora recorrido, já foi devidamente analisado no Habeas Corpus 699.034/MG, motivo pelo qual também se mantém o não conhecimento do recurso em habeas corpus no ponto. 3. O delito imputado ao recorrente foi praticado em 13/3/2018, data na qual ainda estava em vigor a redação do art. 225 do Código Penal, que trazia a necessidade de representação da vítima para início da ação penal. No entanto, verifica-se que houve a efetiva representação da vítima dentro do prazo decadencial de 6 meses, "uma vez que três dias após a prática do delito esta se dirigiu à Delegacia de Polícia, registrou boletim de ocorrência". - É assente que "a representação prescinde de qualquer formalidade, sendo suficiente a demonstração do interesse da vítima em autorizar a persecução criminal" (AgRg no REsp n. 1.687.470/SC, Rel. Ministro Rogerio Schietti, DJe 1º/9/2020). (AgRg no HC n. 742.966/SC, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022). 4. O Tribunal de origem destacou que o recorrente não preencheu os requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal, uma vez que "não confessou a prática delitiva em fase policial, fato que impede o preenchimento dos requisitos da propositura do ANPP, conforme bem observado pelo Ministério Público". Ademais, "embora tecnicamente primário, o paciente apresenta vários registros policiais e infracionais, bem como teria supostamente cometido o delito de violação sexual mediante fraude se aproveitando de sua posição como líder religioso com mais de uma vítima, demonstrando possuir uma vida voltada para a criminalidade". - Encontrando-se concretamente fundamentada a negativa do benefício processual, não há se falar em constrangimento ilegal. De fato, não há ilegalidade na recusa do oferecimento de proposta de acordo de não persecução penal quando o representante do Ministério Público, de forma fundamentada, constata a ausência dos requisitos subjetivos legais necessários à elaboração do acordo, de modo que este não atenderia aos critérios de necessidade e suficiência em face do caso concreto. 5. Ainda que não se tenha verificado, por ocasião da apresentação primeira resposta à acusação, a citação formal do recorrente para responder à ação penal, este estava ciente da acusação, tendo, inclusive, constituído advogado, o qual apresentou resposta à acusação, em observância ao regramento legal. Nesse contexto, a citação formal do recorrente em momento posterior não tem o condão de invalidar a primeira resposta à acusação. Assim, não havendo qualquer mácula a ser reconhecida com relação à primeira resposta à acusação, a qual apenas reforça que o recorrente já

O caso faz referência ao agravo regimental interposto pela defesa contra decisão monocrática, pugnando pelo oferecimento o ANPP. Em seu voto, o Ministro Reynaldo Soares da Fonseca afirmou que não cabe ao poder judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal. Para corroborar sua afirmação, citou o seguinte julgado:

"(...) cuidando-se de faculdade do *Parquet*, a partir da ponderação da discricionariedade da propositura do acordo, mitigada pela devida observância do cumprimento dos requisitos legais, não cabe ao Poder Judiciário determinar ao Ministério Público que oferte o acordo de não persecução penal". (RHC n. 161.251/PR, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022).

A dedução lógica, a partir da jurisprudência mencionada, é que o Poder Judiciário não pode determinar que o Ministério Público oferte o ANPP, de forma que parece confirmar a administrativização do acordo por meio de sua autoexclusão da apreciação do caso.

Após essa exposição do panorama jurisprudencial acerca do ANPP, dentro do recorte preestabelecido, duas questões merecem ser discutidas: a) a questão da administrativização do ANPP e b) a questão da sua revisibilidade pelo poder judiciário.

3 ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO ANPP E SUA REVISIBILIDADE PELO PODER JUDICIÁRIO

A tendência de avanço da justiça criminal negocial apresenta alguns riscos. Conforme aponta Vasconcellos (2022), assumir que somente pessoas culpadas aceitariam um acordo é uma premissa equivocada, tornando imprescindível a consolidação de mecanismos aptos a limitar a atuação abusiva do Estado.

A negociação do acordo poderia relativizar o estado de inocência do indivíduo, pois a pressão psicológica sobre o acusado – para não se ver processado – poderia conduzir a confissão de uma conduta criminoso sem que na verdade a tenha cometido. Aqui emerge de forma relevante a previsão constitucional do estado de inocência, ao estabelecer que ninguém poderá

estava a par da acusação e pôde exercer a tempo e a modo sua ampla defesa, a nova resposta à acusação não pode ser considerada, haja vista a preclusão consumativa. 6. No que diz respeito ao pedido de oitiva de informantes como testemunhas do juízo, tem-se que, "havendo a preclusão temporal, a indicação de testemunhas do juízo, prevista no art. 209 do Código de Processo Penal, não constitui direito subjetivo da parte, mas sim uma faculdade do magistrado, na qual determinará, se entender necessário à busca da verdade real, a oitiva de testemunhas distintas daquelas arroladas inicialmente". (AgRg no HC n. 549.157/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 27/10/2020, REPDJe de 12/11/2020, DJe de 3/11/2020). 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no RHC n. 166.837/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022.)

ser considerado culpado, a não ser por uma sentença condenatória transitada em julgado (TELLES; PUHL, 2022).

Ainda sobre os riscos da justiça criminal negociada, Vasconcellos (2022) ainda elenca uma série de aporias relacionadas aos acordos penais, como: a) a imposição de pressões e coerções ao acusado para aceitar o acordo, abandonando a resistência da pretensão punitiva, o que aumentaria as chances de condenação de inocentes; b) o interesse da acusação e do julgador, partindo da sistemática que mantém adjacentes os questionamentos críticos em relação à expansão do direito penal; c) a distorção na relação entre advogado/acusado diante da pretensa legitimidade do acordo e seus eventuais benefícios, o que poderia conduzir à fragilização da defesa técnica; e d) o esvaziamento da presunção de inocência pelos mecanismos negociais, comprometendo a regra probatória que impõe a carga da prova à acusação.

Por outro lado, a expansão dos mecanismos negociais no ordenamento jurídico brasileiro é notória e, talvez, irreversível. Emerge, dessa forma, segundo Vasconcellos (2022, p. 25), “a necessidade de limitação e controle efetivo dos acordos penais, de modo a evitar ao máximo sua generalização, além de eventuais abusos e erros judiciais”.

Uma das consequências que alguns teóricos vêm apontando desse movimento que busca maximizar a eficiência do direito penal ao aplicar medidas “despenalizadoras”, é a realização do fenômeno da “administrativização do processo penal”. Máximo Langer (2021, p. 378) afirma que as condenações criminais têm sido administrativizadas de duas maneiras: a) os mecanismos que evitam julgamentos deram um papel maior aos atores administrativos e não judiciários na determinação de quem é condenado e por quais crimes; e b) essas decisões são proferidas em processos que não contemplam julgamento com direitos dos réus a ele vinculados.

Nesse sentido, o que conecta os mecanismos de solução penal negociada não é a negociação entre a defesa e o promotor ou o juiz, nem mesmo a coação, ainda que essas sejam características de um subconjunto desses mecanismos. O liame entre esses mecanismos tem sido a implementação de formas de administrativização, entendidas como a substituição dos atores judiciais por atores administrativos, suprimindo o devido processo legal e antecipando o “resultado” do processo com a aplicação de medidas sancionatórias de forma abreviada.

Dentro do fenômeno da administrativização, destaca-se o redescobrimento da neutralização, ponderando que na medida em que o Direito Processual Penal incorpora mecanismos de asseguramento cognitivo cujo objetivo é o de neutralizar faticamente o fenômeno delitivo; a administrativização ganha destaque (SÁNCHEZ; 2013).

A própria redação legal do art. 28-A do CPP confere ao representante do Ministério Público um grau de discricionariedade para o oferecimento do acordo, ao estabelecer que “o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1941).

Vasconcellos (2020, p. 264) entende que, apesar de os institutos consensuais brasileiros atuais não se identificarem como “mecanismos de condenação sem processo”, se conformam a tais características, de modo a ocasionar o fenômeno de administrativização da justiça criminal em termos semelhantes.

A partir da jurisprudência analisada identifica-se a inequívoca discricionariedade conferida ao Ministério Público pela via legal, reconhecida pelo STJ e pelo STF. Dentro das hipóteses de cabimento, “poderá” o Ministério Público oferecer o acordo de não persecução penal, desde que se enquadre na subjetividade ministerial.

A subjetividade fica exposta no que diz respeito ao que seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. Vasconcellos (2022, p. 79) analisa que ao passo em que se autoriza uma gestão de política criminal pelo MP, de igual forma se abre “margem para riscos de abusos e disparidades de tratamento diante da falta de parâmetros objetivos para definir o que seria necessário e suficiente”.

Infere-se, portanto, que a discricionariedade conferida ao MP concede um poder negocial de certa forma “coercitivo” sobre o acusado. Castro e Hoffman (2021, p. 63) ressaltam, inclusive, que o pretense “consenso” que marcaria o ANPP parece ser ilusório, na medida em que “o negócio deveria resultar do acordo das partes”, mas que, na prática “os instrumentais da chamada ‘negociação criminal’ se aparentam muito mais a contratos unilaterais de adesão que a verdadeiras negociações entre partes pretensamente iguais”. A possibilidade de revisão acerca do oferecimento ou não do acordo via judicial poderia mitigar eventuais abusos e disparidades de tratamento.

As controvérsias sobre a não propositura do ANPP alimentam a insurgência defensiva e os casos que têm aportado nos tribunais superiores, mas no que diz respeito ao controle judicial sobre os acordos tanto o STJ como o STF reconheceram que a eventual revisão sobre proposição do ANPP deve ser direcionada ao órgão revisor do Ministério Público.

O entendimento jurisprudencial sobre a natureza do ANPP vem revelando que instrumentos da justiça negociada, apesar de estabelecer benefícios pontuais para os acusados no processo penal, possuem uma natureza unilateral na linha da administrativização da solução das demandas criminais, ao passo em que essa unilateralidade materializa os seus institutos

como instrumentos predispostos ao poder de uso dos órgãos de acusação, ou seja, instrumentais do poder punitivo (CASTRO; HOFFMANN, 2021, p. 66).

Além do fenômeno da administrativização do poder punitivo, identifica-se também a ausência do controle judicial, tendo em vista que os tribunais superiores fixaram entendimento de que a eventual revisão sobre oferecimento do ANPP cabe exclusivamente ao órgão de revisão do Ministério Público, o que poderia gerar questionamentos quanto a possíveis danos relacionados à negativa de jurisdição.

Por um lado, poder-se-ia argumentar na direção do reconhecimento, em matéria de aplicação dos institutos de justiça penal “negociada”, de uma renovada jurisprudência sobre a não revisibilidade do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário. Realmente, na medida em que a Constituição outorgue atribuições decisórias a órgãos administrativos, ela tem o poder de subtrair ao Judiciário a sua reanálise de mérito, permitindo-lhe somente a revisão de legalidade. No entanto, no caso dos instrumentais mencionados, a delegação da decisão a órgãos administrativos não parece decorrer da Constituição, mas de leis ordinárias, colocando em pauta a questão fundamental de se verificar se dita outorga não estaria a contrariar outros princípios processuais penais definidos em nível constitucional.

Apesar das críticas em relação ao acordo de não persecução penal, não se pode ignorar que, eventualmente, a solução negociada possa ser de interesse do próprio acusado, que reconhece a culpa pelo cometimento da infração penal a ele imputada e entende que a formalização de um acordo seria menos severa no que tange às possíveis sanções do que a sujeição ao processo penal.

Depreende-se, portanto, que a medida sancionatória a ser aplicada deve ser sempre a menos gravosa em relação ao réu. Se há que se impor algum tipo de punição, sanção ou reprimenda, ela deveria ser a mais branda possível, dentro dos limites do que foi pactuado. Afinal, em um Estado de Direito, oposto ao Estado Policial e ao Estado de Exceção, privilegia-se a liberdade, cuja mitigação ou relativização será considerada medida excepcional.

Considerando que os requisitos legais foram preenchidos, a negativa de oferecimento do acordo pelo MP demandaria controle judicial, tendo em vista a inafastabilidade do poder judiciário, pois “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988).

Conforme a lição de Lenio Luiz Streck e Rafael Tomaz de Oliveira (2019, p. 130) infere-se que “um Estado Democrático de Direito apenas sobrevive, em todo seu esplendor, na medida em que as garantias processuais penais consagradas no texto das constituições e das leis processuais têm sua concretização devidamente realizada pelos Tribunais”.

Se o caso concreto preenche todos os requisitos necessários para o oferecimento do ANPP, a sujeição da revisão da decisão que optou pelo não oferecimento do acordo realizada internamente pelos órgãos do ministério público atentaria, em tese, contra o direito do acusado. Consectário lógico é que nenhuma lesão ou ameaça de direito deixaria de ser analisada pelo Poder Judiciário se a própria Constituição não outorgou a órgãos administrativos a atribuição de dar a palavra final de mérito sobre certas questões

No que tange ao ANPP, entretanto, o que tem se verificado é que tanto STJ quanto STF entendem que a revisão sobre o não oferecimento do acordo cabe somente ao órgão superior do MP, sem que o problema da constitucionalidade da outorga de atribuição de definição do mérito do ato administrativo tenha sido enfrentado.

Por outro lado, no interior do Ministério Público, ainda não se fixaram critérios coletivos de aplicabilidade prática do instituto que possam orientar a aplicação homogênea do mesmo pelos seus agentes individuais, de modo que permanecendo na esfera de entendimento dos seus indivíduos, têm-se visto a uma miríade de posicionamentos que flertam com o subjetivismo e o voluntarismo.

Os tribunais superiores até agora corroboraram o entendimento da legalidade dessa outorga administrativa e o próprio STF tem negado seu papel constitucional ao decidir que a revisão da decisão cabe ao órgão ministerial. Nesse ponto, com a opção de oferecimento ou não do ANPP pelo MP, tem parecido se consolidar o fenômeno da administrativização do direito no ordenamento jurídico brasileiro.

O Código de Processo Penal traz insculpido em seu texto o princípio da indisponibilidade e da obrigatoriedade da ação penal, nos termos do art. 42, que estabelece que “o Ministério Público não poderá desistir da ação penal” (BRASIL, 1941). Infere-se, assim, que o MP não pode abandonar a pretensão punitiva. O ANPP, todavia, inaugura um novo campo de possibilidades punitivas.

Anitua (2018, p. 130) destaca que “com a justiça negociada se suprime o juízo, mas não se deixa de lado a pena”. Dessa forma, se aplicam cada vez mais penas, em menor tempo e sem as limitações garantísticas que a jurisdição poderia oferecer. Lopes Jr. (2016, p. 64) afirma que existe uma relação íntima e imprescindível entre delito, pena e processo, pois “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo penal senão para determinar o delito e impor uma pena”. Incumbiria ao juiz, guardião das garantias processuais, atuar como limitador e controlador do poder de acusação exercido pelo Ministério Público.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A inserção do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro amplia a possibilidade de negócios jurídicos na seara criminal, na medida em que se soma a outros institutos pretensamente despenalizadores, como a transação penal, suspensão condicional do processo, acordo de leniência e colaboração premiada.

A partir da análise da jurisprudência correlata ao ANPP, verificou-se que o acordo de não persecução penal vem sendo interpretado como não constituindo direito subjetivo do acusado, entendimento até agora homogêneo nos tribunais superiores, bem como configura-se em ato discricionário do Ministério Público, que pode oferecer ou não o ANPP de acordo com sua conveniência.

Identificou-se também a realização do fenômeno da administrativização do poder punitivo, tendo em vista a substituição de atores judiciais por atores administrativos na condução dos mecanismos negociais, amparados pela lei e com respaldo na jurisprudência, para abreviar o “processo” a aplicar consequências penais com celeridade, maximizando a eficiência do poder punitivo.

A natureza adesiva, por parte do beneficiário dos acordos, sem grandes margens práticas de barganha está demonstrando que não há paridade de armas entre as partes, e que cada vez mais se constroem instrumentais unilaterais da parte que exerce o poder de punir.

Os acordos pressupõem concessões mútuas e embora essa possibilidade esteja retoricamente sugerida em lei, na prática, o Ministério Público vem oferecendo seus termos e condições para a adesão do beneficiário, com raríssimas exceções. Não há concessão mútua no ANPP. Em caso de oferecimento do acordo, o acusado aceita ou não, mas quase sempre dentro dos termos propostos pela acusação e sem uma instância mediadora que pudesse encontrar um meio termo ótimo para ambas as partes.

Configurando-se como um instrumento de adesão, unilateral, o ANPP não poderia ser considerado um instrumento de justiça, mas sim um instrumento colocado à disposição e na conveniência da parte que o exercita, nesse caso o Ministério Público.

A possibilidade de revisão acerca do oferecimento ou não do acordo via judicial poderia mitigar eventuais abusos e disparidades de tratamento. A delegação da decisão a órgãos administrativos não parece decorrer da Constituição, mas de leis ordinárias, colocando em pauta a questão fundamental de se verificar se dita outorga não estaria a contrariar outros princípios processuais penais definidos em nível constitucional.

Por fim, a posição em que os tribunais têm se colocado, especialmente o STF – o guardião da Constituição – de negar a revisão jurisdicional, parece conflitar com o princípio da inafastabilidade da jurisdição.

REFERÊNCIAS

ANITUA, Gabriel Ignácio. **Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.

BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689 de 03 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. **Exposição de motivos nº 14, de 31 de janeiro de 2019**. Ministério da Justiça de da Segurança Pública, Subchefia de Assuntos Parlamentares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/ExpMotiv/MJ/2019/14.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 28 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. turma). **Agravo regimental no habeas corpus 216895/SP – São Paulo**. Agravo regimental em *habeas corpus*. Crime de peculato, na forma tentada. Condenação. Acordo de não persecução penal. Inviabilidade. 1. As condições descritas em lei são requisitos necessários para o oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), importante instrumento de política criminal dentro da nova realidade do sistema acusatório brasileiro. [...] Relator: Alexandre de Moraes, 22 de agosto de 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur468398/false>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. turma). **Habeas Corpus 194677/SP - São Paulo**. *Habeas corpus*. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. Relator: GILMAR MENDES, 11 de maio de 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur450789/false>. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. turma). **Agravo regimental em mandado de segurança 355693/DF**. Agravo regimental em mandado de segurança matéria processual penal. Acordo de colaboração premiada. Voluntariedade. Indispensabilidade. Ausência de direito líquido e certo judicialmente exigível. Recurso desprovido. [...] Relator: Edson Fachin, Segunda Turma, julgado em 28 de maio de 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur428739/false>. Acesso em: 04 set. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (6. turma). **Habeas Corpus 657165/RJ – Rio de Janeiro**. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Acordo de não persecução penal. Poder-dever do ministério público. Ausência de confissão no inquérito policial. Não impedimento. Remessa dos autos à procuradoria-geral de justiça. Inteligência do art. 28-A, § 14, do CPP. Necessidade. Ordem concedida. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 9 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202100976515&dt_publicacao=18/08/2022. Acesso em: 31 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. turma). **Agravo regimental no recurso ordinário em habeas corpus 166837/MG – Minas Gerais**. Penal e processo penal. Agravo regimental no recurso em habeas corpus. 1. Pedido de reunião de processos. Alegada conexão. Matéria não examinada na origem. Supressão de instância. 2. Revogação da prisão cautelar. Tema não examinado no acórdão recorrido. Matéria já analisada no HC 699.034/MG. 3. Violação sexual mediante fraude. Art. 215 do CP. Crime praticado antes da lei 13.718/2018. Necessidade de representação. Efetiva ocorrência. Decadência não verificada. 4. Não oferecimento do ANPP. Requisitos legais não preenchidos. Ausência de confissão. Conduta criminal reiterada. 5. Apresentação de duas respostas à acusação. Impossibilidade. Preclusão consumativa. 6. Pedido de oitiva de informantes. Testemunhas do juízo. Faculdade do juiz. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. [...] Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 2 de agosto de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202201934051&dt_publicacao=08/08/2022. Acesso em: 30 ago. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (5. turma). **Recurso ordinário em habeas corpus 161.251/PR – Paraná**. Penal e Processual Penal. Recurso em habeas corpus. Acordo De Não Persecução Penal - ANPP. Pleito de realização do acordo. Não cabimento após o recebimento da denúncia. Faculdade do parquet. Recusa devidamente fundamentada. Recurso não provido. [...] relator Ministro Ribeiro Dantas, 10 de maio de 2022. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202200554092&dt_publicacao=16/05/2022. Acesso em: 30 ago. 2022.

CASTRO, M. F. de. **Abrenuntio Satanae! A colaboração premiada na Lei nº 12.850/2013: um novo paradigma de sistema penal contratual**. Revista de Estudos Criminais, v. 17, n. 69, p. 171-219, 2018.

CASTRO, M. F. de; HOFFMANN, L. T. Submetendo a igualdade à prova: a natureza ambivalente do Acordo de Não Persecução Penal e o discurso ideológico da paridade de armas no Processo Penal. **Revista Eletrônica de Direito Penal e Política Criminal**, [S. l.], v. 9, n. 2, p. 47–74, 2021. Disponível em: <https://www.seer.ufrgs.br/index.php/redppc/article/view/117408>. Acesso em: 21 ago. 2022.

FRANKENBERG, Günther. **Técnicas de Estado: perspectivas sobre o estado de direito e o estado de exceção**. São Paulo: Unesp, 2018.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O devido processo penal: abordagem conforme a Constituição Federal e o Pacto de São José da Costa Rica**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

LANGER, Máximo. Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions. **Annual Review of Criminology**, v. 4, p. 377-411, 2021. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/abs/10.1146/annurev-criminol-032317-092255>. Acesso em: 21 ago. 2022.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal: introdução crítica**. 2. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

TELLES, C. M. D.; PUHL, E. A tensão entre o acordo de não persecução penal e o estado de inocência. **Academia de Direito**, [S. l.], v. 4, p. 961–977, 2022. DOI: 10.24302/acaddir.v4.3883. Disponível em: <https://www.periodicos.unc.br/index.php/acaddir/article/view/3883>. Acesso em: 29 ago. 2022.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; Oliveira, Rafael Tomaz. **O que é isto – as garantias processuais penais?** 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Acordo de não persecução penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2022.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira; acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. v. 166. a. 28. p. 241-271. São Paulo: Revista dos Tribunais, abril 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.