

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: POTENCIALIDADES E LIMITES PARA O AFASTAMENTO DA CENTRALIDADE DA PRISÃO COMO ELEMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL

THE NON-PINAL PERSECUTION AGREEMENT: POTENTIALITIES AND LIMITS FOR REMOVING THE CENTRALITY OF PRISON AS AN ELEMENT OF CRIMINAL POLICY

EL ACUERDO DE PERSECUCIÓN NO PINAL: POTENCIALIDADES Y LÍMITES PARA ELIMINAR LA CENTRALIDAD DE LA PRISIÓN COMO UN ELEMENTO DE LA POLÍTICA PENAL

Miguel Sávio Ávila da Rocha¹

Resumo: O artigo, partindo do programa de desencarceramento idealizado por Iñaki Rivera Beiras, bem como de construções desenvolvidas por renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, pretende verificar, no que se refere ao Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), suas potencialidades e limites para o afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal. Para tanto, através de pesquisa baseada essencialmente em análise bibliográfica e da legislação pátria, busca-se resposta à seguinte indagação: o ANPP atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas? Em resposta, constata-se que, apesar de ser possível inferir certos avanços do instituto em apreço, várias ainda são as limitações por ele apresentadas, fazendo com que não se mostre como verdadeira via ao afastamento da centralidade da prisão em nosso sistema penal.

Palavras-Chave: Acordo de Não Persecução Penal; Medidas Alternativas; Desencarceramento.

Abstract: The article, based on the extrication program devised by Iñaki Rivera Beiras, as well as constructions developed by renowned jurists such as Luigi Ferrajoli and Alessandro Baratta, intends to verify, with regard to the penal non-persecution agreement (ANPP), its potentialities and limits for moving away from the centrality of the prison as an element of criminal policy. Therefore, through research based essentially on bibliographic analysis and national legislation, an answer is sought to the following question: does ANPP respond, in the end, to what is supported by modern expropriating proposals? In response, it appears that, although it is possible to infer certain advances of the institute in question, there are still several limitations presented by it, making it not show as a true way to move away from the centrality of prison in our penal system.

Keywords: Non-Persecution Agreement; Alternative Measures; Extrication.

¹ Graduado em Ciências Jurídicas; Especialista em Direito Processual Civil; Analista/Apoio Direito do Ministério Público da União, Brasil.

Resumen: El artículo, basado en el programa de extracción ideado por Iñaki Rivera Beiras, así como en construcciones desarrolladas por reconocidos juristas como Luigi Ferrajoli y Alessandro Baratta, pretende verificar, en relación con el Acuerdo Penal de No Persecución (ANPP), sus potencialidades y límites para alejarse de la centralidad de la prisión como elemento de la política criminal. Por tanto, a través de una investigación basada fundamentalmente en el análisis bibliográfico y la legislación nacional, se busca dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿responde la ANPP, en definitiva, a lo que sustentan las modernas propuestas expropiatorias? En respuesta, parece que, si bien es posible inferir ciertos avances del instituto en cuestión, aún existen varias limitaciones que presenta el mismo, por lo que no se muestra como una verdadera forma de alejarse de la centralidad de la prisión en nuestro sistema penal.

Palabras clave: Acuerdo de no persecución; Medidas Alternativas; Liberación.

Data de submissão: 08/07/2021

Data de aceite: 27/09/2021

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, trabalhando de forma minimamente verticalizada o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), recentemente introduzido em nosso diploma penal adjetivo, bem como trazendo ao estudo pontos relevantes do programa de desencarceramento idealizado por Iñaki Rivera Beiras, apoiado em construções desenvolvidas por renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta, analisar as potencialidades e limitações relacionadas ao instituto em questão com vistas ao afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal.

Busca-se, assim, resposta à seguinte indagação: o ANPP atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas?

Sem pretensão de exaurimento do tema proposto e com base nas principais ideias do programa de desencarceramento de Beiras, transita-se pelos principais modelos penal-penitenciários que servem para demonstrar certa evolução em um caminhar direcionado à eliminação da prisão como forma de penalização e, imediatamente, contenção de entradas no sistema carcerário e redução drástica do quantitativo de penas.

Além de demonstrar que a prisão é uma instituição falida, dada a clara violação de direitos fundamentais verificada em tal ambiente, faz-se um breve desenvolvimento das medidas alternativas à prisão dentro do programa em questão, notadamente quanto à sua correta alocação, o que, mesmo sendo verificado no ANPP, não se apresenta suficiente para apontar o instituto como solução de problemas há muito enfrentados no sistema penitenciário brasileiro.

Pretende-se, dessa forma, demonstrar, acompanhado de algumas sugestões para melhoria do instituto e avanço na política de desencarceramento, que o ANPP não pode ser considerado verdadeira medida desencarceradora, na linha dos programas trazidos à análise.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A lei nº 13.964, sancionada em 24 de dezembro de 2019 e vigente a partir de 23 de janeiro de 2020 (BRASIL, 2021), trouxe inúmeras mudanças no sistema de justiça criminal brasileiro, com atingimento de quase duas dezenas de leis, dentre elas o Código de Processo Penal (CPP).

Conforme Frischeisen (2021, p. 2-4), visando alcançar maior celeridade e eficiência às investigações, bem como desburocratizá-las, não esquecendo, ainda, da expansão da justiça consensual no Brasil, houve o advento do ANPP, instituto que, antes mesmo de contar com previsão expressa no diploma penal adjetivo, já era manejado com base no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal (CF), artigo 28 combinado com o artigo 3º do CPP e artigo 18 da Resolução nº 181/17, alterada pela Resolução nº 183/18, do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP.

Há de se registrar, na linha do consignado por Cunha (2020, p. 126-127), que esse ajuste obrigacional celebrado entre o órgão de acusação e o investigado (assistido por advogado), devidamente homologado pelo juiz, era alvo de severas críticas, principalmente pelo fato de violar os princípios da reserva legal e da obrigatoriedade da ação penal.

Em trabalho desenvolvido pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal (2ªCCR/MPF), acima referenciado, Frischeisen (2021, p.

3) expõe que a adoção dos acordos penais, fora dos marcos de transação penal e colaboração premiada, estariam apoiados nas seguintes ideias:

- a) necessidade de superação do modelo de que nenhum crime deve ficar impune (*nec delicta maneant impunita*), característico da obrigatoriedade da ação penal;
- b) atual modelo ter se tornado economicamente inviável e inviabilizador dos parâmetros de justiça e eficiência na persecução penal;
- c) harmonia com a orientação de intervenção mínima do sistema penal; e
- d) princípio da oportunidade.

Feitas essas considerações, consoante previsto no artigo 28-A, *caput*, do CPP (BRASIL, 1941):

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.

Em sequência, o § 2º do artigo 28-A traz hipóteses em que o ANPP não será aplicado, a saber:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor (BRASIL, 1941, Art. 28-A).

Mais à frente, algumas outras disposições merecem destaque, tais como aquelas constantes dos parágrafos 3º, 4º e 5º, as quais demonstram a preocupação do legislador direcionada: - à presença do investigado e seu defensor quando da formalização do ajuste; - à verificação pelo magistrado, para fins de homologação do acordo, da voluntariedade do investigado, por meio de sua oitiva, na presença do defensor; e - à consideração, pelo magistrado, de adequação, suficiência e legalidade das condições, tudo com a concordância do investigado e seu defensor, para que seja conferido trânsito ao ajuste.

Ainda, para os fins a que o presente estudo se propõe, vale apontar os parágrafos 7º, 8º, 10, 11 e 14, trazendo previsões no sentido: - de que o Juiz poderá recusar homologação à proposta que não atenda aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º, devolvendo os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia; - do descumprimento de condições estipuladas no acordo, o que poderá ocasionar sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia; - da possibilidade do descumprimento do acordo ser utilizado para obstaculizar o oferecimento de suspensão condicional do processo; e - da possibilidade de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo, situação em que restará ao investigado tão somente requerer a remessa dos autos ao órgão superior na estrutura do Ministério Público.

Relevante apontar que o ANPP, na linha do enunciado 98 da 2ªCCR/MPF (BRASIL, [2020]), é cabível até o trânsito em julgado da ação penal, desde que preenchidos requisitos legais, no caso de processos em curso quando da entrada em vigor da lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2021).

Outrossim, cotejando o apontado por Souza Neto e Sarmiento (2016, p. 472), bem como por Barroso (2019, p. 512) aos ideais do ANPP, notadamente a orientação de intervenção mínima do sistema penal, tem-se que não poderia o instituto em questão ser afastado simplesmente por estarmos diante de um delito levado a efeito mediante violência ou grave ameaça à pessoa ou outro requisito impeditivo nesse sentido.

Isso porque, seguindo ditos autores, se forem legítimos os fins perseguidos pelo Estado e os meios adotados aptos para contribuir ao atingimento de tais

desideratos, o ato, no caso a celebração do ANPP, mostrar-se-ia adequado, significando que a viabilidade do ajuste não poderia esbarrar em prévias e estanques proposições legais.

Não obstante essas considerações, fato é que o ANPP encontra óbices no que se refere à sua celebração em torno de infrações penais levadas a efeito mediante violência ou grave ameaça à pessoa, afora outros requisitos impeditivos que serão analisados.

3 O PROGRAMA DE DESENCARCERAMENTO IDEALIZADO POR BEIRAS

O jurista Iñaki Rivera Beiras, em sua célebre obra *Desencarceramento: Por uma Política de Redução da Prisão a Partir de um Garantismo Radical*, apresenta um ambicioso, mas não por isso irrealizável, programa de superação da prisão.

Enfatiza Beiras (2019, p. 33-70) que não se trata de um programa voltado a abolir o sistema penal como um todo, no sentido de que qualquer forma de penalização tenha de ser afastada, mas tão somente de provocar um pensamento crítico e providências direcionadas à superação da reclusão (do cárcere), a qual, de forma irremediável, está fadada ao insucesso, pois não observa os princípios da legalidade e da isonomia, bem como não alcança condições mínimas ao preso em termos de dignidade humana.

Sustenta Beiras (2019, p. 33-41) que pensar em uma redução da prisão, em um cenário de proeminência ainda central que o cárcere ocupa nos sistemas penais contemporâneos, constitui um exercício que requer uma prévia exposição do paradigma, também por ele chamado de modelo ou perspectiva, no qual se situem aqueles que propõem estratégias nessa direção, com esclarecimento de marcos teórico e político.

Depreende-se de suas exposições que ditos 'modelos' serviriam: para situar aquele que se propõe a apresentar estratégias de direitos; alcançar uma melhor implementação, eficácia e efetividade das estratégias propostas; verificar, em cada modelo, o que ainda vige; e, principalmente, compreender a evolução do programa proposto.

Nessa linha, Beiras trabalha os modelos de prisão terapêutica, de prisão eficiente, de prisão garantista, de prisão-guerra e da não-prisão, este consentâneo à ideia de abolicionismo (da prisão). Fato é que nenhum dos citados modelos se coadunam, integralmente, ao programa traçado por Beiras.

Discorre Beiras (2019, p. 33-41) que, na perspectiva terapêutica, busca-se a reintegração “através da prisão”, com base em ideais positivistas e correcionistas, utilizando a reabilitação como fundamento para justificar a reclusão. Já o paradigma da prisão eficiente peca em concentrar suas preocupações tão somente na gestão (eficiente) do sistema penitenciário e estabelecimentos, não dispensando qualquer esforço na direção da ressocialização ou, propriamente, da reabilitação do preso. O modelo de prisão garantista é criticado por estar baseado em crença (ingênua) na tutela de direitos do preso.

Continuando, os paradigmas de prisão-guerra e da não-prisão devem ser afastados, pois, o primeiro, concentra-se em uma política de prevenção especial negativa (inocuidade do preso), rotulando aquele que incide em um comportamento desviante como o outro, que não merece qualquer compreensão, e o segundo, apesar de adotar uma via de reabilitação fora da prisão, enfrenta problemas empíricos (aumento contínuo da população prisional) e de déficit teórico (localização de medidas alternativas apenas na fase de execução).

O jurista argentino registra (BEIRAS, 2019, p. 65-70) que o programa de desencarceramento, com redefinição do conceito de reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, a partir de princípios próprios de um garantismo radical, baseou-se em diversos materiais, instrumentos e experiências do qual participou, citando trabalhos desenvolvidos por Alessandro Baratta e Luigi Ferrajoli.

Quanto ao desenho elaborado por Baratta (1990, p. 2), sustenta o jurista, partindo de crítica ao modelo terapêutico e fazendo contraponto entre correntes realistas e idealistas, que, apesar do cárcere não servir à produção de efeitos úteis à ressocialização do condenado, mas, pelo contrário, impor condições negativas em relação a esta finalidade, a reintegração do condenado na sociedade não deve ser abandonada, mas sim reinterpretada e reconstruída sobre base diversa.

Arremata o jurista e filósofo italiano, dizendo que a reintegração social do condenado não pode ser perseguida através da pena carcerária, mas ‘apesar’ dela, ou seja, fazendo menos negativas as condições que a vida no cárcere comporta em relação a esta finalidade, sendo o melhor cárcere aquele que não existe.

Vale lembrar, no ponto, o afirmado por Foucault (1975, p. 221):

A detenção provoca a reincidência; depois de sair da prisão, se têm mais chance que antes de voltar para ela, os condenados são, em proporção considerável, antigos detentos [...]. A prisão, conseqüentemente, em vez de devolver à liberdade indivíduos corrigidos, espalha na população delinquentes perigosos.

Para Ferrajoli (2016), a prisão seria uma contradição institucional, que deve ser minimizada ao extremo, a fim de superá-la.

Pontua o jurista florentino que o cárcere, sob muitos aspectos, equivale a uma contradição institucional. Uma instituição criada pela lei, mas onde se desenvolve o próprio governo das pessoas; um lugar confiado ao controle total do Estado, mas regido pela “lei do mais forte”; dirigida à custódia dos cidadãos, mas onde não se consegue garantir os direitos mais elementares; que gera vida artificial, produzida pelo direito, mas em seu interior vige o estado de natureza *hobbesiano*; máxima segurança externa convivendo com máxima insegurança interna; um lugar de expiação no qual, em linha de princípio, deveria realizar-se a máxima igualdade frente a lei e que, em seu lugar, manifesta a máxima discriminação classista, experimentada quase que exclusivamente por sujeitos mais fragilizados.

Conforme Ferrajoli, a reclusão mostra-se contrária ao critério de justificação das penas em geral como minimização de violência punitiva, ao modelo teórico e normativo da pena privativa de liberdade como pena igual e taxativamente prevista em lei e, ainda, à dignidade humana e finalidade reeducativa da pena.

Necessário apontar que, embora a crítica garantista de Ferrajoli ao encarceramento possa vir a favorecer o instituto do ANPP, o italiano, ainda assim, não poupa críticas à justiça negocial como um todo, haja vista que poderia ela, de igual maneira, mostrar-se antigarantista.

Isso porque, segundo ele e outros juristas, o direito penal teria de atender a um duplo fim, quais sejam, prevenir a violência advinda do crime e, ao mesmo tempo, evitar a violência advinda das reações (penas) arbitrárias (PINHO, 2020).

Logo, para o garantismo penal, que tem como grande expoente Ferrajoli, mais importante do que evitar crimes, é evitar violências advindas do Estado, a exemplo de penas, procedimentos e, na temática em estudo, mecanismos que venham a se apresentar como arbitrários (advindos de requisitos e condições deles constantes), tais como aqueles de justiça negocial (contexto no qual está o ANPP).

Fato é que esse contraponto que se faz envolvendo a doutrina garantista, mais especificamente no que toca a mecanismos negociais, apenas reforça a ideia de que temos de atentar para armadilhas constantes do ANPP, as quais o afastariam da ideia de desencarceramento pretendida.

Retomando, para ilustrar os trabalhos desenvolvidos por Baratta e Ferrajoli, cita-se o caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, julgado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (OEA, 1969), com sentença proferida em 29/02/2016, onde foi citado o art. 5.2 da Convenção Americana de Direito Humanos, que dispõe: “Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada de liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano” (OEA, 1969, não paginado).

Segundo Paiva e Heemann (2017, p. 615), quanto ao caso citado, a Corte IDH reiterou seu entendimento de que o Estado se encontra numa posição especial de garante em relação às pessoas privadas de liberdade.

Ainda, sem destoar da posição dos mencionados juristas, Bitencourt (2013, p. 594) enfatiza a necessidade de aperfeiçoamento da pena privativa de liberdade, quando necessário, bem como de substituí-la, quando possível e recomendável, afirmando o descrédito da pena de prisão como forma quase exclusiva de controle social formalizado.

Tem-se, com isso, que o programa de Beiras, bem como as posições de outros tantos juristas visam, em síntese, a superação da prisão, reservando o cárcere, ao menos imediatamente, às situações mais graves, com redução drástica na quantidade das penas, sempre baseado em ideias como ‘menos prisão’ (e não melhorar a prisão), ‘apesar da prisão’ (e não através da prisão) e partindo de um garantismo radical.

4 ALOCAÇÃO DAS MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO

Ponto alto do programa idealizado por Beiras, e quem sabe determinante para seu êxito, é a questão relacionada à correta alocação das medidas alternativas ao encarceramento, as quais, caso mal compreendidas ou posicionadas, poderão acabar desvirtuando a meta traçada e, com isso, reafirmando a centralidade da prisão.

No aspecto, conforme o exposto na já citada obra de Beiras, levanta-se indagação no sentido de como se poderia explicar que, exatamente na década de 1970, quando as primeiras medidas alternativas à prisão foram introduzidas em lei, a exemplo de países europeus como Itália, Alemanha e Espanha, as populações prisionais começaram a aumentar.

Em resposta, referenciando Valdés (1980, *apud* Beiras, 2019, p. 57-58), aponta-se que não se pode duvidar que no objetivo reformista penitenciário europeu dos anos setenta se acreditou, ainda que de forma mais explícita em alguns países do que outros, que a introdução dos chamados benefícios penitenciários em sede executiva deveria funcionar como mecanismos de liberação temporal da permanência da prisão, sendo qualificados como alternativas legais à privação de liberdade.

Continuando, destaca Beiras (2019, p. 59) que a percepção de que não há sentido em se perder tempo com debates e reflexões críticas relacionadas às medidas alternativas à prisão, instalada pelo fracasso na implementação de certas providências nas últimas décadas do século passado, não levou em consideração que o que tem sido (mal) chamado de 'alternativas à prisão' constitui um conjunto de discursos (opções legislativas e práticas implementadas) que, mais do que projetar alternativas à prisão, estabeleceu formas alternativas de cumprir uma pena que seguiu sendo privativa de liberdade.

Conforme Beiras (2019, p. 59), se examinarmos, por exemplo, as legislações penitenciárias italiana e espanhola, em suas primeiras formulações reformistas da década de setenta, veremos que não foram buscadas verdadeiras alternativas para serem aplicadas 'no lugar' da prisão, mas, no máximo, projetaram-se formas de

alternativas 'junto' à prisão, com a qual sempre acabaram por guardar relação de total funcionalidade, continuando a prisão na posição central das sanções punitivas.

Melhor explicitando, afirma Beiras (2019, p. 59-60) que, dos momentos punitivos, quais sejam, o da cominação legal da pena, de sua determinação judicial e da execução da pena, somente neste último foram elaboradas medidas que, após o cumprimento de um tempo de reclusão, poderia ser concedido um 'prêmio' para transição a uma modalidade extramural.

Complementa o autor argentino dizendo que tal lógica de prêmio e castigo, de ideologia semelhante ao que preconizava o modelo correcionista, não trouxe qualquer alternatividade à pena carcerária, mas reafirmou a mesma pena, permitindo, em uma lógica de governo disciplinar da instituição, que sua quantidade e rigidez fosse modulada, ao se conceder ou ao se denegar, o que na Itália se chamou de medidas alternativas e na Espanha de benefícios penitenciários.

Conclui Beiras (2019, p. 60) que tais medidas, chamadas de alternativas, só poderiam operar após o condenado passar pela prisão, ou seja, necessitavam da prisão, sempre guardando com ela uma relação total de afirmação da sua centralidade, ou seja, jamais foram, verdadeiramente, alternativas, nos moldes do que se desejava.

Tratando de medidas alternativas à prisão, expõe Larrauri (2000, p. 211) que as alternativas não substituíam o cárcere, senão o complementavam, comportando, isso sim, um maior controle social. As alternativas, segundo ela, implicavam em um controle mais intrusivo, submetendo um maior número de pessoas às redes de controle do Estado, sendo que quanto mais benevolente pareciam maior era sua aplicação.

Fato é que tais estratégias, para que realmente sejam medidas alternativas à prisão, ao menos da forma como foram pensadas, notadamente no contexto do programa idealizado por Beiras, têm de ser levadas ao momento da produção normativa, isto é, prevendo-se legalmente na norma para que, no momento da sentença, já possa o juiz considerá-las, evitando, dessa forma, o encarceramento.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MEDIDA DESENCARCERADORA (POTENCIALIDADES E LIMITES)

Para além das questões até aqui trabalhadas em torno do ANPP, o que se propõe nesse estudo é responder se tal instituto atende, em definitivo, ao sustentado por propostas desencarceradoras modernas.

Em outras palavras, se o instituto em questão está conforme às ideias apontadas por Beiras, na linha do que também preconizam Ferrajoli, Baratta e outros juristas, no sentido da superação da prisão e, imediatamente, de contenção de novas entradas no sistema prisional e redução de quantidade de penas privativas de liberdade.

Beiras (2019, p. 62-70) busca uma redefinição do conceito de reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, a partir de princípios próprios de um garantismo radical, baseando-se em ideias como 'menos prisão', 'apesar da prisão' e 'no lugar da prisão'.

Ainda, e quem sabe o mais importante, sustenta Beiras que as estratégias de direitos trabalhadas no contexto do programa sejam implementadas já em via legislativa e não apenas durante a execução da pena privativa de liberdade.

Ocorre que, apesar de ser possível inferir alguns avanços do ANPP como medida voltada ao afastamento da centralidade da prisão como elemento de política criminal – sistematização de estratégias, táticas e meios de controle social da criminalidade -, grande parte deles revelam-se permeados por ranços punitivistas extraídos de dispositivos inseridos em nosso ordenamento jurídico a partir da lei nº 13.964/2019 (BRASIL, 2021), mais especificamente do instituto em estudo, bem como oriundos de reclames populares por segurança (populismo) e viciados por elevada seletividade penal (racial e social).

Como potencialidades do instituto, além do ANPP ser uma medida considerada já no momento de produção normativa (alcançando ao Ministério Público, com homologação judicial, a possibilidade de evitar o processo judicial, condenação e execução de pena, quiçá até mesmo a fase persecutória inicial), traz alguns requisitos que, em tese, elevariam a possibilidade de alcance da estratégia a uma variedade de delitos, tal como a pena mínima em abstrato inferior a quatro anos.

Outrossim, da análise dos incisos I a V do artigo 28-A do CPP, vê-se que a privação de liberdade seria, no contexto dos acordos que venham a ser celebrados, substituída por reparação de danos ou restituição de coisa à vítima, prestação de serviços à comunidade, prestação pecuniária, além de renúncia a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime e outras condições indicadas, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada (BRASIL, 1941).

Todas essas condições seriam penas que viriam a substituir a privação de liberdade a que estaria sujeita o investigado, caso a persecução tivesse continuidade e, ao final, fosse atestada sua culpa.

Relevante apontar, ainda, que, conforme o § 5º do art. 28-A, se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no ANPP, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor (BRASIL, 1941). Tal previsão demonstraria, ao menos em tese, que abusos poderiam ser contidos pelo judiciário.

Outrossim, ainda que o cumprimento do acordo fique a cargo, em certa medida, de um juiz da execução penal, isso, por si só, não indicaria que medidas estariam sendo aplicadas em sede de execução penal, até mesmo porque sequer processo há.

Contudo, mesmo a maioria desses citados apontamentos não podem, definitivamente, conduzir-nos à crença equivocada de que o ANPP estaria a se apresentar como uma medida (propriamente) desencarceradora, da forma como idealizado por Beiras, Ferrajoli, Baratta, dentre outros programas e ideias hodiernas.

No ponto, necessário que atentemos para armadilhas trazidas pelo instituto em análise, até mesmo quanto àquelas disposições antes listadas, que apontariam para sentido diametralmente oposto à ideia desencarceradora.

Reanalizando, então, o disposto no art. 28-A do CPP, tem-se, em sede de pressupostos, que a infração penal objeto do acordo não pode ter sido praticada mediante violência ou grave ameaça à pessoa, bem como a pena mínima, cominada em abstrato ao delito, terá de ser inferior a 4 (quatro) anos (BRASIL, 1941).

Ocorre que, como cediço, inclusive com base no salientado por Pimenta e Leite (2018), quando tratamos do encarceramento em massa no Brasil estamos a trabalhar, em verdade, com delitos como comércio de drogas ilícitas (correspondente a 28% dos crimes pelos quais as pessoas foram condenadas ou respondem a processo; sendo que, entre as mulheres, o tráfico de drogas é responsável pelo encarceramento de cerca de 62% das prisões no país) e com aqueles perpetrados contra o patrimônio (roubo, com 25% dos crimes pelos quais as pessoas foram condenadas ou respondem a processo; ficando o furto com 12% e receptação com 3%).

Considerando, assim, que um dos elementos estruturantes do delito de roubo é a violência ou a grave ameaça, além do fato da pena mínima em sua forma elementar já partir de quatro anos e, quanto aos crimes previstos na vigente lei de drogas, as penas mínimas se mostrarem por demais elevadas em sua forma básica, tem-se que, no que se refere a tais espécies delitivas (com percentual de ocorrência elevadíssimo), várias situações já estariam excluídas da possibilidade do ANPP (e, com isso, o curso do processo e a possibilidade de encarceramento crescem exponencialmente).

Antes mesmo de tais requisitos, não se pode olvidar que o investigado terá de confessar, formal e circunstanciadamente, a prática da infração penal, o que se mostra por demais desproporcional para com aquele (investigado) que se apresenta como parte vulnerável no acordo, além de, é claro, atentatório à dignidade humana.

Diz-se isso, pois, mesmo em se sustentando que, no caso de rescisão, a confissão seria desconsiderada em relação àquele que a proferiu, os estigmas já estariam lançados, com grande probabilidade de futura condenação e conseqüente encarceramento.

Quanto a esta questão, Lopes Júnior (2021, p. 222) sustenta que parece evidente que não poderá ser a confissão utilizada contra o réu no caso de rescisão do acordo, devendo ser desentranhada e vedada sua posterior valoração. Contudo, no dizer do referido jurista, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida que impossível seria um “delete” mental pelo magistrado, absolvendo o imputado, mesmo que diante de contexto probatório fraco.

Semelhante raciocínio foi desenvolvido por Aline Correa Lovatto e Daniel Correa Lovatto (2020, p. 74) em artigo intitulado 'Confissão como (des)Acordo de Não Persecução Penal', os quais visualizam o acordo como ilegítimo ao exigir confissão da forma como preconizado na lei, pois a ponderação da negociação entre a confissão, verdadeira ou irreal, para atingir a possibilidade de não se ver processualmente acusada, parece à pessoa mais uma pressão psicológica do que propriamente um benefício, ainda mais claro quando a ótica é a do sujeito inocente.

Mas isso não é só, pois mesmo quando estivermos diante de delitos não violentos, assim entendidos aqueles levados a efeito sem a prática de violência ou grave ameaça, e com pena mínima inferior a quatro anos, poderão acabar sendo alguns deles, ou suas variações (qualificado, majorado, agravado), diante das circunstâncias do caso, excluídos do alcance do ANPP, tal como ocorreria no furto qualificado.

Isso porque, o art. 28-A do CPP traz disposição no sentido de que o Ministério Público 'poderá' propor o ANPP, desde que 'necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime' (BRASIL, 1941).

Extrai-se de tal previsão, indubitavelmente, uma elevada carga de discricionariedade por parte do Ministério Público em propor, ou não, o acordo, o que se mantém mesmo diante da previsão constante do § 14 do artigo 28-A do CPP (BRASIL, 1941), no sentido de ser dado ao investigado a possibilidade de requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28, considerando que esta revisão se dará dentro da própria estrutura do órgão que anteriormente negou o acesso ao ajuste.

O Ministério Público, não raras vezes, acaba prendendo-se a previsões legais, ou até mesmo a ranços extraídos de situações anteriores, para estancar a celebração de acordos, mesmo em casos dos quais não se extraia gravidade elevada e que, assim, o melhor caminho seja a celebração do acordo, com interrupção da marcha persecutória.

Sustenta-se isso, pois o que seria, com segurança jurídica mínima, algo necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime? Já respondendo, seria, em suma, o que o Ministério Público depreender do caso, contando, no aspecto, com participação ínfima do investigado, para não se dizer nenhuma.

E isso se agrava quando se depreende da leitura do artigo 28-A do CPP que o magistrado, como garantidor de direitos, não tem participação ativa no acordo, inferindo-se, dos termos dos §§ 4º a 8º, que a atuação do juiz se dá no ANPP tão somente para verificação de voluntariedade e legalidade do acordo (proteção mais procedimental do que substancial) (BRASIL, 1941).

E não se queira argumentar, da forma como aqui já aventado, que a atuação do magistrado no contexto do ANPP apontaria no sentido da proteção total ou suficiente do investigado, pois nem mesmo teria o magistrado a possibilidade de remeter o acordo ao órgão revisor do Ministério Público quando vislumbrada maior adequação ao caso, deixando o legislador tal tarefa apenas ao encargo do próprio investigado, que, na maioria das vezes, não tem sequer um auxílio, quanto mais esclarecimento técnico sobre a possibilidade de insurgência em face da negativa de celebração do acordo.

Seguindo, indaga-se o porquê, em sede de condições para celebração do acordo, de ter o investigado de renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime. Ainda, no mesmo sentido, terá o investigado de cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

Veja-se, então, sem exclusão de outras impropriedades em sede de condições previstas para celebração do ANPP, que o investigado fica, totalmente, à mercê do Ministério Público, dizendo o órgão quais são os bens e direitos a serem perdidos ou, nas palavras do legislador, renunciados, pois caracterizados, unilateralmente (pelo órgão acusador), como instrumento, produto ou proveito do crime (isso, por lógico, caso pretenda o investigado celebrar o acordo).

E, mais adiante, em sede de condições para celebração do acordo, outra vez o legislador lança mão de cláusulas genéricas, falando de 'outra condição' indicada pelo Ministério Público, desde que 'proporcional e compatível' com a infração penal imputada.

Ora, mas o que seria, afinal, 'proporcional', 'compatível' e 'outra condição'? Respondendo, uma vez mais, seria o que o Ministério Público assim entender.

Prosseguindo, infere-se do disposto no § 2º do artigo 28-A do CPP que não se aplica o acordo quando o agente tenha sido beneficiado, nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo, assim como nos casos em que o investigado seja reincidente ou houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional (BRASIL, 1941).

Quanto à parte final do parágrafo anterior, da mesma maneira como se vem aqui sustentando, a vedação mostra-se por demais ampla, haja vista que as ideias de conduta criminal habitual, reiterada ou profissional podem ser manejadas para o impedimento do acordo a certos casos, possibilitando-o a outros.

No que se refere à vedação do acordo àqueles que já tenham porventura sido contemplados com ANPP ou até mesmo por transação penal ou suspensão condicional do processo, mostra-se a previsão por demais discriminatória, haja vista que variadas são as razões que podem ter feito com que o beneficiado não tenha cumprido com as convenções anteriores, o que, não necessariamente, demonstraria descaso do investigado para com aqueles compromissos, nem mesmo a probabilidade de descumprimento de novos ajustes.

Como se isso não bastasse, o que de certa forma já foi abordado, extrai-se do § 5º do dispositivo legal em análise que se o juiz considerar inadequadas ou insuficientes as condições dispostas no ANPP devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta, com concordância do investigado e seu defensor, recusando homologação a propostas que não atendam aos requisitos legais do ANPP ou em relação àquelas em que não for realizada a adequação a que se refere o § 5º.

Isso significa que, além do próprio Ministério Público, órgão este que pelo visto guia o ANPP, o próprio magistrado poderia vir a obstaculizar o ajuste, com base em entendimento no sentido de inadequação e insuficiência do acordo, visão esta que, sem dúvida, vai, mais do que qualquer coisa, no sentido da proteção social em face da prática do delito, além de atender a pretensões populistas e à seletividade penal.

A verdade é que várias são as armadilhas (limitações) apresentadas pelo ANPP, fazendo com que não se apresente dito instituto, na linha do que muitos

entendem, como verdadeira via para o afastamento da centralidade da prisão em nosso sistema penal e, de forma mais ampla, como elemento de política criminal.

Ao contrário, em muitos casos, seja durante seu cumprimento, ou não, o ANPP pode acabar caindo por terra, redundando em situações como aquelas tratadas nos parágrafos 8º, 10 e 11 do artigo 28-A do CPP, a saber: em que o magistrado devolve os autos ao Ministério Público para análise da necessidade de complementação das investigações ou oferecimento da denúncia (continuidade da persecução); em que descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo, o Ministério Público comunica ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia; e, ainda, em que o descumprimento do acordo pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para eventual não oferecimento futuro de suspensão condicional do processo.

Portanto, na realidade, mesmo que o instituto tenha sido previsto em sede de produção normativa, há, ainda, grande possibilidade de ludíbrio do investigado (e do próprio intérprete da norma), com posterior retirada do benefício, retomada da persecução penal e, ao final, o encarceramento.

6 PROPOSTAS PARA APROXIMAÇÃO DO ANPP A UMA IDEIA DESENCARCERADORA

Como sugestões para que o ANPP possa se aproximar de uma medida desencarceradora, tal como apontado por Beiras, Ferrajoli, Baratta e outros juristas, propõe-se, primeiro, que os requisitos da infração cometida sem violência ou grave ameaça e da pena mínima prevista no tipo penal sejam, peremptoriamente, afastados ou, ao menos, relativizados, o que não se tem visto na jurisprudência de tribunais superiores e cortes de justiça em geral.

Com o afastamento de tais requisitos, certamente muitas situações que hoje não se enquadram na possibilidade de acordo restariam contempladas no instituto, com estancamento da persecução penal e afastamento de novos encarceramentos.

Ademais, ao lado de ser o ANPP de possível celebração também durante o tramitar de ações penais, as condições constantes do acordo teriam de ser repensadas, principalmente no que toca aos apontamentos unilaterais por parte do Ministério Público acerca do que seriam bens e direitos caracterizados como

instrumentos, produtos e proveito do crime (o que afeta, sobremaneira, a participação efetiva do investigado, notadamente em uma perspectiva de ampla defesa e contraditório), bem como quanto a outras condições ditas como proporcionais e compatíveis com a infração penal.

O magistrado, importante registrar, teria de atuar de forma mais verticalizada no ajuste, com vistas à defesa de direitos e garantias do investigado, não sendo possível a ele evitar a celebração do ajuste exclusivamente com base em insuficiência de suas condições, pois, de um lado, já atua nesse sentido o Ministério Público e, de outro, o investigado, naturalmente, já ocupa posição de maior fragilidade no acordo, não sendo dado ao juiz desequilibrar ainda mais a balança persecutória.

Ainda, teria de ser assegurado ao juiz, da forma como opera até então com as situações de arquivamento de inquérito policial (baseado em decisão suspensiva exarada pelo Supremo Tribunal Federal), o encaminhamento dos autos do processo ao órgão revisional do Ministério Público nas situações em que este entenda não ser caso de celebração do ANPP.

Mas, acima de tudo, sem prejuízo de outras providências que caminhem no mesmo sentido, deveria o legislador, uma vez firmado o acordo, impedir a retomada do curso da persecução (situação que, em caso de condenação ao final do processo penal, ainda possibilita o encarceramento).

O eventual descumprimento do acordo (que pode nem mesmo partir de um cenário de negligência ou desinteresse do investigado), considerando que o delito já teria sido enquadrado, em um primeiro instante, como uma infração apta à adoção de caminhos diversos do encarceramento, teria de dar ensejo não à retomada da persecução penal ou de oferecimento de denúncia, mas à adoção de medidas outras 'fora da prisão', tais como o acentuar de providências de caráter restritivo inicialmente impostas e a imposição de medidas de caráter pedagógico (nunca atitudes que, de qualquer forma, pudessem redundar no encarceramento).

7 CONCLUSÃO

O artigo objetivou demonstrar que o ANPP, apesar de algumas potencialidades, considerado o contexto da política criminal brasileira, ainda não se amolda à ideia de medida desencarceradora.

Partindo da análise da estrutura legal de dito instituto, bem como de outras tantas considerações feitas no decorrer do artigo, cotejadas com as bases do programa idealizado por Iñaki Rivera Beiras, voltado à superação da reclusão (e, imediatamente, contenção de novas entradas no sistema prisional e redução drástica de penas), tem-se que o ANPP longe está de ser enquadrado como uma medida que afaste a centralidade da prisão como elemento de política criminal.

Elucidou-se que o ANPP, de forma não muito diversa de outras medidas chamadas de 'alternativas', não se adequa às principais ideias do programa de desencarceramento desenvolvido por Beiras, apoiado em trabalhos de outros renomados juristas, tais como Luigi Ferrajoli e Alessandro Baratta.

Pontuou-se, ainda, algumas sugestões para que o ANPP venha a se aproximar dos ideais da política desencarceradora sustentada por correntes modernas, embasadas em uma lógica de garantismo radical.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. Resocialización o Control Social: por un concepto crítico de "reintegración social" del condenado. In: CRIMINOLOGÍA CRÍTICA Y SISTEMA PENAL, 1990, Lima. Anais [...]. Lima: Comisión Andina Juristas, 1990.

BARROSO, Luís R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

BEIRAS, Iñaki R. **Desencarceramento: por uma política de redução da prisão a partir de um garantismo radical**. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral**, Vol. I. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 abr. 2021.

BRASIL. Enunciado nº 98 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal. Ministério Público Federal, [2020]. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/enunciados>. Acesso em: 06 jul. 2021

BRASIL. Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a Legislação Penal e Processual Penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, ed. 80, 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm. Acesso em: 23 abr. 2021.

CUNHA, Rogério S. **Pacote Anticrime – Lei nº 13.964/2019**: comentários às alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020.

FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal la cárcel: una contradicción institucional. **Revista Crítica Penal y Poder**, Barcelona, n. 11, p. 1-10, 2016.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes, 1975.

FRISCHEISEN, Luiza C. F. Acordos de não persecução penal: investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas.

In: WEBINÁRIO: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL CONTEMPORÂNEOS. 2021, [S.I.]. **Anais [...]**. [S.I.]: Ministério Público Federal, 2021. Slides. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/publicacoes/apresentacoes/apresentacao_anpp_webinario-zoom_lcff.pdf. Acesso em: ?? abr. 2021.

LARRAURI, Elena. **La herencia de la criminología crítica**. 2. ed. Madrid: Sigilo XXI. 2000.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. Confissão como (des)Acordo de Não Persecução Penal. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 11, n. 26, p. 65-84, jan./jun. 2020.

SOUZA NETO, Cláudio P.; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: Teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS — OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. San José: OEA, 1969. Disponível em: https://www.cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm. Acesso em 23/04/2021

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS — OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala. [S.I.]: OEA, 2016.

Disponível em: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf
Acesso em 23/04/2021

PAIVA, Caio Cezar; HEEMANN, Thimotie Aragon. **Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos**. 2. ed. Belo Horizonte: CEI, 2017.

PIMENTA, Victor Martins; LEITE, Fabiana de Lima. **Para além da prisão**: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. Garantismo Penal: Ferrajoli por Ferrajoli, colocando os pingos nos is. **Consultor Jurídico - Conjur**, São Paulo, 29 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-29/ana-claudia-pinho-garantismo-penal-ferrajoli-ferrajoli>. Acesso em: 12 ago. 2021.