

ANÁLISE SOBRE A APLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO

ANALYSIS OF THE APPLICABILITY OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT TO THE PRIVILEGED DRUG TRAFFICKING OFFENSE

Reila Cabral Sasso¹

<https://doi.org/10.55839/2358-7008RCDv13n1pa90-115>

RESUMO

A presente pesquisa busca verificar se o acordo de não persecução penal é aplicável ou não ao delito de tráfico de drogas privilegiado, assim como se ele é um instrumento suficiente e conveniente, no plano teórico, para a reprovação e prevenção deste crime. Para tanto inicia com a contextualização da Justiça Penal negociada, destacando-se as principais características e institutos do microsistema de colaboração no sistema pátrio de justiça criminal. Na sequência analisa os métodos colaborativos alternativos ao método clássico de persecução penal. Realiza um exame do acordo de não persecução penal, objeto central deste estudo, destacando a sua natureza jurídica e principais características, esclarecendo as suas possíveis aplicações no sistema processual penal atual, bem como a forma de efetivação. Ainda, explora o crime de tráfico de drogas, expondo a origem histórica e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na forma privilegiada, além da verificação do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto à natureza do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Após, direciona-se para os posicionamentos acadêmicos, institucionais e jurisprudenciais sobre a possível aplicação ou não do acordo de não persecução penal ao delito de tráfico de drogas privilegiado, com o intuito de identificá-los, expondo as respectivas razões. Por fim, conclui que, apesar de, no plano teórico, ser possível a aplicação do acordo de não persecução penal ao delito de tráfico de drogas privilegiado, este instituto não é suficiente e conveniente para a reprovação e prevenção deste crime.

Palavras-chave: Direito penal; Política criminal, Justiça penal negociada; Acordo de não persecução penal; Crime de tráfico de drogas.

ABSTRACT

This research seeks to verify whether the non-prosecution agreement is applicable to the privileged drug trafficking offense, as well as whether it is a sufficient and convenient instrument, in theoretical terms, for the disapproval and prevention of this crime. To this end, it

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) (2014). Mestra em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP-USP) (2016). Pós-Graduada Em Ciências Criminais Pela Faculdade De São Vicente (FSV) (2022). Analista Jurídico do Ministério Público do Estado de São Paulo. E-mail: reila.sasso@gmail.com

begins with the contextualization of negotiated Criminal Justice, highlighting the main characteristics and institutes of the collaboration microsystem in the national criminal justice system. It then analyzes collaborative methods as alternatives to the classical method of criminal prosecution. An examination of the non-prosecution agreement, the central object of this study, follows, emphasizing its legal nature and key characteristics, clarifying its possible applications in the current criminal procedural system, as well as the way it is implemented. Furthermore, it explores the crime of drug trafficking, presenting its historical origin and evolution in Brazilian law, with a focus on the privileged form, as well as reviewing the position taken by the Supreme Federal Court regarding the nature of the offense under article 33, § 4 of Law No. 11,343/06. The study then turns to academic, institutional, and jurisprudential positions on the possible application or not of the non-prosecution agreement to the privileged drug trafficking offense, aiming to identify them and present the respective reasons. Finally, it concludes that, although in theoretical terms, the application of the non-prosecution agreement to the privileged drug trafficking offense is possible, this institute is neither sufficient nor convenient for the disapproval and prevention of this crime.

Keywords: Criminal law; Criminal policy, Negotiated criminal justice; Agreement of non-prosecution; Drug trafficking crime.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho busca responder a duas perguntas centrais: se o acordo de não persecução penal - ANPP, previsto no artigo 28-A do Código de Processo Penal – CPP, é aplicável ou não ao delito de tráfico de drogas privilegiado? Sendo aplicável, ele é um instrumento suficiente e conveniente, no plano teórico, para a reprovação e prevenção deste crime?

Este estudo encontra como justificativa a recenticidade do instituto do acordo de não persecução penal e as divergências acadêmicas e entre os aplicadores do Direito sobre a possibilidade de utilização ou não do ANPP ao crime de tráfico de drogas privilegiado.

Dessa forma, a hipótese do trabalho é a possibilidade, no plano teórico, de aplicação do acordo de não persecução penal à infração penal prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, porém com discordâncias no âmbito doutrinário e jurisprudencial sobre a conveniência e a suficiência deste instituto para a reprovação e prevenção deste delito.

A parte introdutória se inicia com a contextualização da Justiça Penal negociada, destacando-se as principais características e institutos do microssistema de colaboração no sistema pátrio de justiça criminal. Na sequência serão analisados os métodos colaborativos alternativos à propositura de ação penal.

No Item 2 será realizado um exame do ANPP, objeto central deste estudo, destacando a sua natureza jurídica e principais características, esclarecendo as suas possíveis aplicações no sistema processual penal atual, bem como a forma de efetivação.

O Item 3 realizará a análise do crime de tráfico de drogas, expondo a sua origem e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na sua forma privilegiada, além da verificação do posicionamento firmado pelo Supremo Tribunal Federal quanto a sua natureza do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Após, no Item 4, o estudo se direcionará para os posicionamentos acadêmicos, institucionais e jurisprudenciais sobre a possível aplicação ou não do ANPP ao delito de tráfico de drogas privilegiado, com o intuito de identificá-los, expondo as suas respectivas razões, para que se verifique ou não a conveniência e a suficiência de sua utilização a esta infração penal.

Por fim, o Item 5 tem como objetivo reunir todas as informações anteriormente levantadas e responder as duas perguntas do trabalho, no sentido de descobrir se o acordo de não persecução penal é um instituto aplicável ou não ao delito de tráfico de drogas privilegiado, e, em caso a resposta for afirmativa, se ele é um instrumento suficiente e conveniente, no plano teórico, para a reprovação e prevenção deste crime.

1.1 A Justiça Penal Negociada

1.1.1 Contextualização

A globalização, entendida como “a intensificação das relações sociais em escala mundial” (GIDDENS, 1991, p. 76), aliada aos avanços tecnológicos e comunicacionais, estabeleceu um novo contexto marcado pela integração política, cultural e econômica, para além da conexão supranacional via rede mundial de computadores.

Assim, este fenômeno impactou diretamente no Direito Penal, desde a criação de novas formas de criminalidade e de conformação de modalidades novas de delitos clássicos, passando também pela diminuição da chamada “cifra negra” (lições do sociólogo Edwin H. Sutherland), que se refere à porcentagem de ocorrências criminais não noticiadas às autoridades, considerando a facilitação dos meios de comunicação de notícia crime (por exemplo, e-mail e site oficiais, registro online de boletins de ocorrências, etc.), assim como pela sua própria reestruturação, passando a ser um Direito que caminha na unificação das tendências globais, com a incorporação no direito pátrio de institutos estrangeiros. Ainda, a globalização “dirige ao Direito Penal demandas fundamentalmente *práticas*, no sentido de uma abordagem mais eficaz da criminalidade” (SÁNCHEZ, 2013, p. 98).

Conforme Jesús-Maria Silva Sánchez (2013, p. 99), a globalização traz um novo tipo de delinquência, denominada “delinquência econômica”, rompendo com o paradigma clássico (delinquência patrimonial tradicional ou homicídio) e trazendo os delitos qualificados como “crimes of the powerful”, impondo à ciência do Direito Penal uma nova abordagem e integrada do ponto de vista global. Dessa forma, o Direito Penal da globalização busca uma resposta uniforme à delinquência transnacional, de fundo prático, evitando a formação de “paraísos jurídico-penais” (SÁNCHEZ, 2013, p. 105), o que provavelmente será efetivado por meio da adesão aos tratados internacionais de harmonização da legislação penal, assim como pela incorporação voluntária do legislativo de institutos estrangeiros.

Diante deste contexto, o sistema punitivo tradicional encontra dificuldades para combater a criminalidade moderna (MACHADO, 2005). Os mecanismos de resposta do Direito Penal tradicional não conseguem alcançar as demandas sociais cada vez mais imediatistas e acompanhar a agilidade das relações sociais no mundo globalizado e integrado pelos diversos meios de comunicação, o que gera uma crise de credibilidade no sistema de justiça penal.

Para tanto, observa-se o surgimento de alternativas para tentar adequar o sistema jurídico-penal à realidade, com a adoção de institutos integrantes da justiça penal negociada, nos casos de delitos menos complexos e menos graves, visando dar celeridade a resolução de tais conflitos, enquanto o processo penal rígido fica reservado aos casos mais graves e complexos, permitindo, assim, que todas as infrações penais tenham a devida resposta estatal em um prazo adequado, resgatando a legitimidade e credibilidade do Sistema jurídico-penal. Tal cenário também se relaciona com o denominado Estado Pós-Social.

O Estado Liberal (período entre a segunda metade do século XVIII até início do século XX) tinha a sua existência voltada apenas para assegurar as condições necessárias ao bom funcionamento do mercado, um modelo estatal predominantemente abstencionista (JUSTEN FILHO, 2003), o qual mostrou-se insuficiente para o real desenvolvimento dos homens. Dessa forma, no final do século XIX, surgiram correntes de oposição ao Estado Mínimo e à sua característica marcada pelo individualismo, baseadas na ideia de socialização e na preocupação com o interesse público (DI PIETRO, 2015).

O Estado do Bem-Estar Social se consolida após a 2ª Guerra Mundial, apresentando como atributo a intensa intervenção estatal nas atividades econômicas com o intuito de buscar o real desenvolvimento e a diminuição das desigualdades. O Poder Público assumiu a responsabilidade de diversas questões, em especial, aquelas envolvendo a proteção dos riscos

sociais. O implemento desta nova concepção de Estado gerou uma ampliação do aparelhamento estatal, centralizador de diversas funções, o que teve como uma de suas consequências ineficiência na prestação de suas atividades (DI PIETRO, 2015). Ainda, o judiciário não acompanhou o crescimento do executivo, tornando-se deficiente. As repercussões negativas do Estado do Bem-Estar Social, levaram-no ao declínio em diversos países. Neste contexto, originou-se a necessidade de implementação de reformas centradas na melhoria da eficiência, inclusive no Poder Judiciário e na Justiça Penal.

O Estado de Direito Social e Democrático trouxe consigo o problema de reequacionar o seu papel, redimensionar a extensão do seu aparelho, criar meios hábeis para a proteção integral e eficaz do indivíduo (MEDAUAR, 2003).

O Estado Pós-Social teve as reformas iniciadas na segunda metade dos anos 70 em alguns países, como Inglaterra, Austrália, Nova Zelândia e EUA, as quais se fundamentaram na teoria da Moderna Gestão Pública (MGP) – *New Public Management*, alterando o paradigma global da gestão pública dominante para um modelo de gestão orientado pela eficiência, economia e eficácia, o que foi sendo incorporação na administração do Poder Judiciário.

No Brasil, o Estado Subsidiário teve início da década de 80, com relevância para a década de 90, na qual foi estabelecido o Programa Nacional de Desburocratização, com a criação do Conselho Interministerial de Privatização (MONTEIRO, 2010), e a edição das leis n.º 8.666/93 e n.º 8.987/95.

No âmbito da justiça penal negociada no direito pátrio, visando combater a morosidade apresentada pelo Judiciário, o qual apresentava, e ainda apresenta, um alto número de processos em andamento, pode-se citar um grande marco estabelecido pela Lei nº 9.099/95, criando os institutos despenalizadores da composição dos danos civis, transação penal e da suspensão condicional do processo no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, visando conferir maior celeridade, economia processual e conciliação na resolução dos crimes de menor potencial ofensivo e nas contravenções penais. A supramencionada lei tem no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, o fundamento e mandamento constitucional da sua elaboração.

Portanto, verifica-se já na nossa Carta Magna e na vontade do poder constituinte originário em estabelecer uma Justiça Penal consensual, mais simplificada e mais célere, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Nesta linha, o estado brasileiro vem utilizando cada vez mais instrumentos de acordo no âmbito criminal, nos quais ambas as partes (Estado – detentor do *ius puniendi* - e imputado) realizam concessões recíprocas na busca de um resultado

mais célere e eficiente. O processo penal consensual se baseia em uma discricionariedade legal, isto é, previamente estabelecida por lei e com parâmetros determinados.

O “plea bargain” é o instituto mais tradicional dentre os mecanismos de consenso para a resolução dos casos penais em âmbito mundial. Ele é originário do sistema anglo-saxão, sendo realizado amplamente nos Estados Unidos. É um acordo no qual acusação e autor do delito convencionam benefícios em troca deste último não ser submetido ao julgamento convencional, normalmente, com aprovação pelo juiz. É um mecanismo bem amplo, sendo possível, inclusive, por meio dele, impor pena de prisão ao acusado, o que já foi chancelado pela Suprema Corte Americana. Além disso, o “plea bargain” geralmente importa em uma condenação definitiva, podendo ser aplicado a qualquer delito (CABRAL, 2021).

Estes três pontos são os principais diferenciais dos institutos de consenso no processo penal brasileiro, já que nenhum deles, incluindo-se o ANPP, implica condenação definitiva, assim como há uma delimitação a quais delitos são aplicados, com exceção da colaboração premiada, são restritos às infrações penais de menor e médio potencial ofensivo. Ademais, não preveem a possibilidade de aplicação de sanção privativa de liberdade, nem mesmo diante do seu descumprimento.

1.1.2 Institutos do microsistema de colaboração no sistema pátrio de justiça criminal

Este tópico visa analisar de maneira breve os institutos que compõe a Justiça Penal negociada no Brasil. Estes mecanismos atestam a expansão do consenso na justiça criminal brasileira, levando-se em conta a atual necessidade de colaboração em tal âmbito, diante da insatisfatória atuação do modelo de persecução penal tradicional (VASCONCELLOS, 2015).

O principal marco para a justiça consensual no âmbito jurídico-penal se deu com a lei que regulou os Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), consoante a previsão expressa no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988. Ela estruturou inicialmente o microsistema de consensualidade no âmbito penal, visando a eficiência e celeridade no processamento dos casos penais de pouca gravidade (infrações de menor potencial ofensivo).

Em seu artigo 2º, a Lei dos Juizados Especiais determina que o processo será orientado “pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação” (BRASIL, 1995).

Durante a fase de investigação, denominada “Fase Preliminar”, já é dispensado o inquérito policial, sendo que a autoridade policial que tomar conhecimento de uma infração de

menor potencial ofensivo lavrará um termo circunstanciado. Na sequência, será designada a imediata realização de audiência preliminar, na qual será esclarecido sobre a possibilidade de composição dos danos e da aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (transação penal). Se tais mecanismos forem frustrados, inicia-se a fase processual com oferecimento denúncia, sendo que ainda será possível a proposta, se presentes os requisitos, do benefício da suspensão condicional do processo.

Todos os institutos da justiça negocial compartilham de uma característica central, qual seja, a concordância do autor em aceitar a acusação e assumir as obrigações acordadas, com renúncia a sua posição de resistência no processo, assim como de outros direitos a ele inerentes, em troca dos benefícios de cada mecanismo (VASCONCELLOS, 2015).

1.1.2.1. Composição dos danos civis (artigos 72 a 74 da Lei nº 9.099/95)

A composição dos danos civis está prevista nos dispositivos 72 a 74 da Lei dos Juizados Especiais, este último prevê que a composição será reduzida a termo escrito e homologada pelo Juiz, mediante sentença irrecorrível, sendo que terá eficácia de título executivo. Ademais, se for o caso de ação penal de iniciativa privada ou de ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado implica a renúncia do direito de queixa ou de representação, resultando na extinção da punibilidade do acusado.

A composição civil pode ocorrer, em uma primeira oportunidade, na audiência preliminar ou, como segunda tentativa, no início da audiência de instrução e julgamento. É uma solução negociada entre ofendido e o suposto agressor, por meio de um diálogo intermediado pelos demais atores (juiz, conciliador, advogados). É uma forma de autocomposição para a solução de um conflito no âmbito penal (VASCONCELLOS, 2015).

Após a homologação da composição dos danos civis, o processo não poderá ser retomado, ainda que haja o descumprimento do acordo pelo suposto autor do fato, já que a sentença homologatória (título executivo) pode ser executada na esfera cível.

1.1.2.2. Transação penal (artigo 76 da Lei nº 9.099/95)

O instituto da transação penal está delimitado no artigo 76 da Lei nº 9.099/95, que estabelece que não sendo hipótese de arquivamento, tendo a condição de procedibilidade (nos casos de ação pública condicionada à representação) e inexistente a composição dos danos civis, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas.

A propositura da transação penal pela acusação é sempre precedida de uma análise da justa causa para deflagração de uma ação penal, ou seja, tal acordo apenas é proposto se houver justa causa para o oferecimento de exordial. Caso seja uma ação penal condicionada à representação, a proposta dependerá da condição de procedibilidade, qual seja, representação do ofendido (VASCONCELLOS, 2015).

Não é possível a aplicação da transação penal nos casos de o autor já ter sido condenado, pela prática de outro crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; já ter sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pelo mesmo instituto; não ser a medida necessária e suficiente, considerando os antecedentes, a conduta social, e a personalidade do autor, bem como os motivos e as circunstâncias da infração penal.

Se o Juiz homologar a proposta do Ministério Público, aceita pelo agente, aplicará de imediato a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência ou maus antecedentes. A sentença que homologa o acordo tem natureza jurídica controversa na doutrina, sendo que é passível de apelação apenas em relação a modificações abusivas pelo juiz das condições pactuadas ou se houver eventuais vícios de consentimento do autor da infração.

A transação penal era o instituto consensual que mais se assemelhava à “plea bargaining” estadunidense (VASCONCELLOS, 2015), antes da introdução do acordo de não persecução penal, pois é nítida a sua natureza negocial entre acusação e defesa. Insta salientar que é uma negociação realizada entre o autor (necessariamente acompanhado de defensor, público ou privado) e a acusação (titular da ação penal), sem qualquer interferência da vítima na concessão deste benefício, diferentemente da composição dos danos civis.

Neste acordo, o acusado da prática de uma infração de menor potencial ofensivo aceita a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas (sanção penal), sem que haja o início do processo penal (oferecimento de denúncia), mas antecipando e satisfazendo o direito de punir. Observa-se que o interesse acusatório é a imposição de uma sanção de modo mais célere, tendo em vista que todas as etapas do transcurso regular de um processo penal, ainda que no procedimento sumaríssimo, são reduzidas a esta negociação.

Importante destacar que uma das principais diferenças com o acordo de não persecução penal está no fato de que, conforme a doutrina majoritária, na transação penal o autor não reconhece a sua culpabilidade penal, nem responsabilidade civil, afastando qualquer violação à presunção de inocência (VASCONCELLOS, 2015). Na verdade, o acusado apenas aceita a proposta de punição ofertada pela acusação para evitar a se submeter ao processo penal.

Já no acordo de persecução penal, como será visto adiante, um dos seus requisitos é a confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal.

No caso de descumprimento da sanção imposta na transação penal, já houve intenso debate doutrinário. Alguns, inicialmente, elencaram a possibilidade de conversão em privativa de liberdade, o que, todavia, viola os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência (que permanece intacta com a aceitação da proposta), já que determina a prisão do autor sem que haja o transcurso do processo, com ampla defesa e contraditório, e, ainda mais, sem condenação.

Basicamente, atualmente, há duas posições doutrinárias a serem seguidas no caso de descumprimento. A primeira, majoritária, seria a retomada da persecução penal, com o oferecimento de denúncia, a qual encontra respaldo no enunciado da Súmula Vinculante 35 do Supremo Tribunal Federal². Outra corrente doutrinária, entende que, em razão da decisão homologatória do acordo, a alternativa adequada seria a sua execução no próprio âmbito dos Juizados Especiais.

1.1.2.3. Suspensão condicional do processo (artigo 89 da Lei nº 9.099/95)

O benefício da suspensão condicional do processo, em que pese insculpido no dispositivo 89 da supracitada norma, ele tem uma abrangência mais ampla do que o microssistema do Juizado Especial Criminal. Isto é, ele pode ser aplicado para os crimes cuja pena mínima for igual ou inferior a um ano, sejam eles de menor potencial ofensivo ou não. Tem como condições que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, não seja reincidente em crime doloso, assim como a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a sua concessão.

Diferentemente da transação penal, é um instituto da justiça negocial realizado após o recebimento da denúncia, ou seja, após o início do processo penal. Portanto, também é subsidiário em relação à transação penal, a qual deve ser oferecida preferencialmente.

A proposta de suspensão deverá ser apresentada pela acusação juntamente com o oferecimento da exordial. Caso seja aceita pelo acusado, ele implica a paralisação (suspensão) do procedimento, por tempo determinado (dois a quatro anos), durante o qual o réu terá que

² A homologação da transação penal prevista no artigo 76 da Lei 9.099/1995 não faz coisa julgada material e, descumpridas suas cláusulas, retoma-se a situação anterior, possibilitando-se ao Ministério Público a continuidade da persecução penal mediante oferecimento de denúncia ou requisição de inquérito policial. (grifos meus)

cumprir as condições convencionadas. Após o lapso temporal e cumpridas as condições previamente estabelecidas, será declarada a extinção da sua punibilidade.

Quanto à obrigatoriedade da oferta de tal benefício pela acusação e a forma de questionar eventual não oferecimento, há posições doutrinárias diversas, sendo que o enunciado da Súmula 696 do Supremo Tribunal Federal estabelece que:

Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas se recusando o Promotor de Justiça a propô-la, o Juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.

Conforme entendimento majoritário, amparado em Súmula do STF, caso o Promotor de Justiça não ofereça a suspensão condicional do processo ao réu e o Juiz não concorde com tal posicionamento, remeterá a questão ao Procurador-Geral, nos termos do artigo 28 do CPP, para a chamada revisão ministerial.

Após firmado o acordo, por meio de decisão interlocutória do Juiz, suspende-se o processo e o prazo prescricional, iniciando-se o período de prova, que pode ser de dois a quatro anos, durante o qual o acusado deve cumprir as condições pactuadas.

Na lei há previsão de quatro condições, quais seja, reparação do dano (salvo na impossibilidade de fazê-lo; proibição de frequentar determinados lugares; proibição de se ausentar da comarca onde reside, sem autorização judicial; comparecimento pessoal e obrigatório mensal a juízo, visando informar e justificar suas atividades. Entretanto, o Juiz pode especificar outras condições.

Durante o período de prova, o réu deve cumprir as condições acordadas, bem como não deve ser processado por outro crime (hipótese de revogação obrigatória do benefício), sob pena de retomada da persecução penal. Se vier a ser processado por contravenção penal, cabe ao Juízo deliberar sobre a revogação ou não (hipótese facultativa).

Assim como na transação penal, a doutrina majoritária entende que a concretização da suspensão condicional do processo não pressupõe reconhecimento de culpabilidade do réu (VASCONCELLOS, 2015), sendo que na hipótese de cumprimento das condições e expirado o prazo de prova, sem sua revogação, será declarada extinta a sua punibilidade, sem que implique maus antecedentes ou reincidência.

1.1.2.4. Colaboração premiada (artigo 3º-A e seguintes da Lei nº 12.850/2013)

Outro exemplo da justiça penal negociada pode ser observado na Lei nº 12.850/2013, a qual implementou e regulou o instituto da “Colaboração Premiada”. A colaboração premiada é um negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, no qual o colaborador deve narrar todos os fatos ilícitos para os quais concorreu e que tenham relação direta com os fatos investigados. Em troca, o juiz poderá conceder o perdão judicial, a redução da pena privativa de liberdade em até 2/3 (dois terços) ou substituí-la por restritiva de direitos, desde que dessa colaboração advenha resultados como a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e revelação de sua estrutura hierárquica, a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada, dentre outros.

Ressalta-se que a colaboração premiada não se relaciona com crimes de menor potencial ofensivo. Neste caso, não há a seleção do instituto em razão da menor gravidade do delito apurado, mas sim em decorrência da pessoa do colaborador e dos resultados que o acordo pode trazer à persecução penal das organizações criminosas. Ou seja, visa auxiliar na investigação da estrutura criminosa organizada, que é de difícil acesso, em especial, nas hierarquias mais altas.

A delação premiada (cooperação processual ou processo cooperativo) é modalidade do denominado direito premial relacionada com a expansão do consenso no âmbito jurídico-penal, mediante a qual o investigado, acusado ou condenado, por meio da confissão, auxilia na persecução penal, de maneira voluntária (VASCONCELLOS, 2015).

Outro instituto do direito premial é o acordo de leniência, o qual seria uma espécie de “delação premiada”, no âmbito da regulação na legislação antitruste, sendo que sua principal diferença é a autoridade legitimada para sua propositura, o Ministério da Justiça.

1.1.2.5. Acordo de não persecução penal (artigo 28-A do Código de Processo Penal)

Por derradeiro, pode-se citar a Lei nº 13.964/2019, a qual acrescentou ao CPP o artigo 28-A, introduzindo no direito pátrio o acordo de não persecução penal, o qual é um acordo entre o investigado e o Ministério Público, desde que o autor confesse a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, seja primário, além de outros requisitos legalmente previstos. Tal instituto tem inspiração nos direitos americano e britânico, nos denominados *plea guilty* e *plea bargaining*.

Convém apenas salientar que apesar da inspiração, há três importantes diferenças entre tais mecanismos de consenso no processo penal, quais sejam, o ANPP não implica a

condenação definitiva, está restrito às infrações penais de menor e médio potencial ofensivo e não há a possibilidade de aplicação de sanção privativa de liberdade, nem mesmo na hipótese de descumprimento das condições pactuadas.

2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP

2.1 Histórico

A principal barreira encontrada para a aplicação de acordos penais seria, em tese, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual presentes todos os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, o Ministério Público tem obrigação de fazê-lo, sendo proibido qualquer juízo de oportunidade e conveniência (CABRAL, 2021).

Dessa forma, os mecanismos de consenso no âmbito da persecução penal seriam, “a priori”, inconciliáveis com o princípio da obrigatoriedade. Ocorre que há uma nova compreensão da obrigatoriedade, na qual se mantém a faceta da proibição de favoritismo e protecionismo indevidos, no sentido de que o Ministério Público não pode conceder benefícios para determinadas pessoas, assim como não pode perseguir arbitrariamente outras.

Por outro lado, este princípio não significa que o Ministério Público deva ser um acusador com comportamento rígido e engessado, já que soluções consensuais podem representar respostas mais rápidas e efetivas à prática de crimes, podendo, na verdade, contribuir para a adequada persecução penal, afastando-se, por exemplo, a ocorrência de prescrição. Enquanto manter todos os casos penais no modelo tradicional de processo criminal impediria uma resposta adequada e eficiente a cada um deles. Nesse contexto, a situação do Sistema Penal brasileiro vinha sendo alvo de críticas, em razão da impunidade gerada pelo modelo tradicional, o que acarretava uma falta de credibilidade na justiça, desembocando, inclusive, nos infames grupos de milícia paraestatais e extermínio (CABRAL, 2021).

Este quadro permite que, para além dos grupos de milícia e da ocorrência da autotutela, sem o devido processo legal, surjam também propostas autoritárias, com excessiva restrição dos direitos individuais e o crescimento do direito penal, a chamada hipertrofia deste ramo. Obviamente, são consequências indesejadas e que não resolvem a questão, somente servem para agravar cada vez mais o panorama caótico da Justiça Criminal.

A demora na resposta estatal aos crimes praticados e o excesso de volume de processos penais também são problemas para os réus, tanto para aquele acusado inocente que participa de toda uma persecução penal lenta para ser absolvido ao final, assim como pela perda

de qualidade na prestação jurisdicional e a ocorrência do sancionamento tardio, ou seja, passando-se muito tempo entre a prática da infração e a aplicação da pena, podendo impor ao autor a privação da liberdade em um momento diverso daquele em que praticou o delito.

A utilização de acordos permite que seja evitado o processo penal tradicional aqueles autores em que a prática criminosa é um fato isolado na sua vida, mas impondo respostas e sanções estatais, reforçando a ideia de segurança e a credibilidade das Instituições.

Diante deste cenário preocupante, o Conselho Nacional do Ministério Público previu, por meio de resolução, a possibilidade da celebração do acordo de não persecução penal, apoiando-se nas chamadas Regras de Tóquio (Resolução nº 45/110) da ONU e em algumas experiências estrangeiras.

Assim, em que pese não seja vinculante a Resolução da ONU, enquadrando-se na categoria de “soft law”, impõe uma pressão para que o Brasil a siga, adotando as suas recomendações. Além disso, as experiências estrangeiras na França e na Alemanha também foram fonte de inspiração, pois em ambos os casos as soluções consensuais para os casos penais não surgiram da lei, mas sim da iniciativa pessoal dos atores da Justiça Penal (juízes e promotores de justiça), como forma de resolução da incapacidade do processo penal tradicional de lidar com a crescente carga de trabalho decorrente da prática de crimes (CABRAL, 2021).

O grande benefício da regulamentação realizada pelo CNMP em comparação com tais experiências internacionais iniciais é que ela já estabeleceu regras e detalhamentos expressos, garantindo homogeneidade e igualdade no tratamento de casos similares, impedindo qualquer desordem na aplicação de acordos no âmbito jurídico penal.

2.2 Previsão legal e natureza jurídica

Inicialmente, o instituto do acordo de não persecução penal foi introduzido pelo artigo 18 da Resolução nº 181/17, do CNMP. Nota-se que o principal objetivo do CNMP foi o de aprimorar a persecução penal, buscando meios mais céleres, eficientes, assim como respeitados o princípio acusatório e os direitos fundamentais do investigado, da vítima e as prerrogativas dos defensores, superando o paradigma de investigação e de processamento cartorial e burocratizado. Todos estes parâmetros analisados no contexto de cargas enormes de procedimentos que se acumulam nas varas criminais em todo o País, para além do desperdício de recursos, somado ao prejuízo que o atraso no oferecimento da Justiça a sociedade causa, em especial, as partes envolvidas no fato delituoso.

Além disso, tal resolução busca atender a exigência de medidas alternativas ao Processo Penal tradicional, que tragam maior celeridade na resolução de casos menos graves, permitindo a priorização dos recursos financeiros e humanos, seja do Ministério Público, seja do Poder Judiciário, nos casos mais graves, assim como visa minorar os malefícios ao acusado de responder ao processo criminal e ter contra si uma condenação judicial.

Na sequência, houve a edição da Lei Federal nº 13.964/2019, fomentada pela Resolução nº 181/17, do CNMP, a qual incluiu o artigo 28-A no CPP, prevendo a possibilidade do ANPP. Assim diante deste marco, o ANPP passou a ser disciplinado via lei em sentido estrito, com condições muito similares às já estabelecidas pela Resolução do CNMP. O conceito legal do ANPP está previsto no “caput” do artigo 28-A.

A definição normativa traz os requisitos para sua aplicação: (1) confissão formal e circunstanciada; (2) infrações penais sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos; (3) seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na sequência, observa-se que o § 2º estabeleceu algumas vedações à aplicação do ANPP: (a) se for cabível a transação penal (subsidiariedade do instituto); (b) se o investigado for reincidente ou for criminoso habitual; (c) ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração com algum dos mecanismo de consenso (ANPP, transação penal ou suspensão condicional do processo); (d) nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.

Portanto, pode-se definir o acordo de não persecução penal como um dos mecanismos de consenso no processo penal brasileiro, sendo celebrado um pacto entre o Ministério Público e o investigado, de forma voluntária, devidamente assistido por um defensor público ou constituído, homologado pelo juiz competente, no qual o averiguado confessa formal e circunstanciada o delito, aceitando a cumprir determinadas condições.

3 O CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS

O mandamento constitucional previsto no artigo 5º, inciso XLIII assevera que o legislador infraconstitucional deverá tratar com maior rigor os crimes de tortura, de **tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins**, de terrorismo e os definidos como crimes hediondos. Nesse contexto, foi promulgada a Lei nº 11.343/2006. Em comparação com as leis antecessoras e revogadas, a Lei nº 11.343/2006 trouxe algumas inovações, dentre elas: (I) a não imposição de pena privativa de liberdade para aquele que incorre no crime de porte de drogas para

consumo pessoal; (II) a criação de delito específico para o autor que cede pequena quantidade de droga para consumo conjunto; (III) a criação da figura do tráfico privilegiado; (IV) a exasperação da pena imposta ao crime de tráfico de drogas; (V) a tipificação do financiamento ou custeio ao tráfico; (VI) o estabelecimento de um rito novo e específico.

Ademais, houve uma ruptura com o paradigma anterior em relação à política criminal ao combate às drogas e ao seu comércio espúrio. A nova norma passou a conjugar o caráter preventivo no tocante ao uso indevido, assim como aumentou o caráter repressivo quanto ao tráfico, sendo, portanto, bifronte (MARÇAL; MASSON, 2021).

3.1. Conceito de drogas

A Lei nº 11.343/2006 consagrou a terminologia “drogas”. O seu artigo 1º, p. único, estabelece que “consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União” (BRASIL, 2006). Dessa forma, os crimes previstos na Lei de Drogas são veiculados por normas penais em branco (abertas ou cegas), já que seus preceitos primários (definidores da conduta delituosa) dependem de complementação por ato administrativo ou lei (MARÇAL; MASSON, 2021).

No atual sistema brasileiro, a relação de drogas é fixada pela Portaria SVS/MS 344/1998, editada pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária, portanto um ato administrativo.

3.2 Tráfico de drogas propriamente dito (artigo 33, “caput”) e o tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º)

Tanto na Constituição Federal, como na Lei nº 8.072/1990, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas é equiparado aos delitos hediondos. Na doutrina prevalece que no conceito de traficância estão englobados os delitos citados no art. 44 da Lei de Drogas, o qual cria uma série de vedações para os crimes inscritos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 a 37 (MARÇAL; MASSON, 2021).

Dessa forma, são crimes hediondos por equiparação ou por assimilação (a) o artigo 33, “caput”; (b) o artigo 33, § 1º; (c) o artigo 34; (d) o artigo 36; (e) o artigo 37. Quanto ao delito de associação para o tráfico (artigo 35) há divergências doutrinárias e jurisprudenciais, porém, prevalece a de que não seria delito equiparado a hediondo.

Insta salientar que durante um longo período preponderou nos Tribunais Superiores que o tráfico privilegiado não afastava a hediondez, por equiparação, do crime de tráfico de drogas, inclusive, era entendimento sumulado no enunciado 512 do STJ, atualmente cancelado. Entretanto, este entendimento foi afastado pelo Plenário do STF, que entendeu que o tráfico de drogas privilegiado não se trata de crime equiparado a hediondo (“*overruling*”). Tal posição foi reafirmada pela Lei nº 13.964/2019 ao alterar a Lei de Execução Penal para estabelecer que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006” (art. 112, § 5º, da Lei 7.210/1984). O bem jurídico tutelado pelo artigo 33 da Lei de Drogas é a saúde pública.

Ademais, o art. 33, “*caput*”, da Lei de Drogas é incompatível com a celebração do acordo de não persecução penal (ANPP), porque a pena mínima prevista em seu preceito secundário é de 5 anos. Além disso, a sua natureza hedionda por equiparação afasta também este instituto em razão do princípio da suficiência da pena, já que se classifica como crime de máximo potencial ofensivo.

A discussão quanto a possibilidade de aplicação deste mecanismo de consenso no âmbito da Lei de Drogas se volta para o tráfico privilegiado, pois aplicando-se a fração máxima de redução da pena mínima cominada ao delito, a sanção ficará abaixo de quatro anos e, considerando este único critério objetivo, seria compatível com a realização do acordo de não persecução. Esta causa de diminuição da pena somente é aplicável com uma série de requisitos cumulativos e subjetivos, pois dizem respeito ao agente, quais sejam, primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas, e não figurar o agente como membro de organização criminosa, todos previstos no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas:

A definição de primário é obtida de forma residual ou por exclusão, isto é, primário é todo aquele não se enquadra no conceito de reincidente. Quanto aos bons antecedentes, considera-se aquele que não tem condenação criminal com trânsito em julgado.

Já em relação ao requisito de não se dedicar a atividades criminosas há divergências doutrinárias. Há um posicionamento que considera que o agente não responde a outros inquéritos ou ações penais. Sendo algo mais pacífico de que o autor condenado por associação para o tráfico (artigo 35 da Lei de Drogas), que pressupõe o dolo de se associar com estabilidade e permanência, certamente não fará jus à minorante por indicar que se dedica às atividades criminosas. Outro ponto também levantado é a quantidade de drogas apreendidas, que se for

grande, também denotará que o acusado está envolvido com o mundo do narcotráfico, afastando a referida causa de diminuição.

4 POSICIONAMENTOS SOBRE A APLICAÇÃO OU NÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS

Quanto à possibilidade de aplicação ou não do ANPP ao delito de tráfico de drogas, a primeira questão é sua inviabilidade quanto ao crime de tráfico de drogas propriamente dito (artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas), pois a pena mínima prevista para o tipo penal é de 5 anos, não atendendo a exigência de inferior a quatro anos. Soma-se a isso, a sua natureza hedionda por equiparação afasta também este instituto em razão do princípio da suficiência da pena, já que se classificada como crime de máximo potencial ofensivo. Não havendo qualquer discussão quanto a essa questão. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS (Tráfico de drogas (Art.33, "caput", da Lei nº 11.343/2006) – (...) **Descabida a alegação de que, em caso de condenação, poderá ser fixado regime menos gravoso que o fechado para o cumprimento de pena – Raciocínio que se revela indesejável exercício de futurologia (...) – Possibilidade de oferecimento de Acordo de Não Persecução Penal – ANPP (art. 28-A do CPP) – Inadmissibilidade – Instituto incompatível com crimes hediondos ou equiparados.** (...) (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2232799-49.2021.8.26.0000; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 08/11/2021; Data de Registro: 08/11/2021) (grifos meus)

O questionamento no tocante a viabilidade de realização deste mecanismo de consenso no âmbito da Lei de Drogas se volta para o tráfico privilegiado, pois aplicando-se a fração máxima de redução da pena mínima cominada ao delito, a sanção ficará aquém de quatro anos e, considerando este único critério objetivo, seria compatível com a pactuação do ANPP.

4.1 Favorável à realização do acordo de não persecução penal ao crime de tráfico de drogas privilegiado

Podemos citar uma primeira corrente que defende a viabilidade da pactuação do ANPP ao crime de tráfico de drogas privilegiado. O argumento primordial deste posicionamento se assenta no mencionado “overruling” promovido pelo Plenário do STF, segundo o qual estabeleceu que o tráfico de drogas privilegiado não se trata de crime equiparado a hediondo e determinou o cancelamento do enunciado da Súmula 512 do STJ. O que foi reafirmado pela Lei nº 13.964/2019 ao alterar a Lei de Execução Penal para estabelecer que “não se considera hediondo ou equiparado, para os fins deste artigo, o crime de tráfico de drogas

previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006” (art. 112, § 5º, da Lei 7.210/1984).

Assim sendo, não haveria qualquer incompatibilidade entre o ANPP e o tráfico privilegiado quanto a questão da suficiência deste instituto negocial como resposta ao delito, já que não se trata de crime de máximo potencial ofensivo, e sim de médio potencial ofensivo.

O segundo ponto defendido é o atendimento do requisito objetivo previsto no artigo 28-A, “caput”, do CPP, qual seja, pena mínima inferior a quatro anos, já que o § 1º do mesmo dispositivo determina que “para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, **serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto**” (BRASIL, 1941) (grifos meus).

Dessa forma, considerando a pena mínima cominada ao delito de tráfico de drogas como sendo de 5 anos, aplicando-se a causa de diminuição prevista no mesmo dispositivo § 4º em fração superior a 1/6, como, por exemplo um terço, já se alcançaria o requisito objetivo (40 meses – 3 anos e 4 meses).

Por fim, ainda é afirmado que tal posicionamento vai de encontro com a política criminal atual que vem sendo desenvolvida pelos tribunais superiores, em especial, o afastamento do caráter hediondo (por equiparação) e a possibilidade, por exemplo, da conversão da pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos (Resolução nº 5 do Senado Federal, de 2012) e da fixação de regime inicial aberto.

Nesse sentido, o seguinte julgado da 12ª Câmara de Direito Criminal do Tribunal de Justiça de São Paulo, no qual foi mantida a decisão de rejeição da denúncia por ausência de justa causa, já que os elementos indiciários apontavam a prática de tráfico privilegiado e não foi oferecido o ANPP pelo Ministério Público:

Recurso em sentido estrito – Tráfico de entorpecentes – **Negativa de propositura de acordo de não persecução penal – Posição institucional - Rejeição da denúncia por ausência de justa causa - Elementos indiciários apontando para a prática de tráfico privilegiado - Não hediondez do tráfico privilegiado – Ausência de impedimento legal - Decisão mantida** – Recurso da acusação NÃO PROVIDO. (TJSP; Recurso em Sentido Estrito 1504864-70.2021.8.26.0228; Relator (a): Heitor Donizete de Oliveira; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 17/02/2022; Data de Registro: 17/02/2022) (grifos meus)

Em que pese o entendimento acima exposto, aparentemente, a rejeição da denúncia por ausência de justa causa em razão do não oferecimento do acordo de não persecução penal é conflitante com a própria previsão legal do artigo 28, § 14, do Código de Processo Penal, que

estabelece tão somente a chamada revisão ministerial nestas hipóteses, havendo uma nítida ingerência do Poder Judiciário na atuação do *Parquet*.

4.2. Desfavorável à realização do acordo de não persecução penal ao crime de tráfico de drogas privilegiado

Por outro lado, podemos verificar a existência de uma corrente que é contrária a aplicação do ANPP ao delito de tráfico de drogas privilegiado, sendo um posicionamento amplamente adotado institucionalmente no Ministério Público.

A primeira questão levantada seria sobre a violação do princípio da suficiência ou da ocorrência da proteção deficiente dos bens jurídicos tutelados, o qual está expressamente previsto como requisito para a elaboração do ANPP no artigo 28-A, “caput”, do CPP: “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” (BRASIL, 1941).

Historicamente, o delito de tráfico de drogas, pelos efeitos demasiadamente deletérios do uso de substâncias entorpecentes na sociedade, que para além do prejuízo social, também impulsionam a mais diversa gama de criminalidade (delitos patrimoniais para sustentar o vício; crimes violentos pelo desequilíbrio emocional e psíquico dos usuários etc.), sempre foi considerado algo que deve ser combatido com veemência, tanto que há mandamento constitucional nesse sentido.

A gravidade do tráfico de drogas é reconhecida, assim como é combatido internacionalmente, inclusive por meio de mecanismos de cooperação entre os países. O uso de entorpecentes representa um seríssimo problema de saúde pública, com difíceis contornos de tratamento. Dessa forma, o oferecimento do acordo de não persecução penal, ainda que nos casos do tráfico privilegiado, nunca atenderia ao critério da suficiente reprovação e prevenção do crime. Dessa maneira, vale apresentar o entendimento da Chefia do Ministério Público do Estado de São Paulo, de que:

por se cuidar, em tese, de tráfico de drogas, delito equiparado a hediondo, para o qual a Constituição Federal impôs tratamento jurídico-penal severo (art. 5.º, inc. XLIII), a formulação do negócio jurídico processual jamais poderá se reputar necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime (Subprocuradoria-Geral de Justiça de Políticas Criminais de Institucionais, Protocolado nº 7.846/2020, Autos nº 1500752-92.2020.8.26.0228, DO de 15/02/2020).

Segundo ponto relevante seria a questão da difícil configuração, ao fim da investigação criminal, antes de toda a instrução, do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei

de Drogas, sendo, pois, inadequada uma prognose com relação à futura incidência da minorante (MARÇAL; MASSON, 2021). Seria quase que uma atividade de “futurologia”. Nesse sentido³:

Habeas Corpus. Tráfico de drogas e associação ao tráfico (...) Incabível a aplicação, desde logo, das diretrizes firmadas pelo C. STJ, no HC coletivo 596.603, **porque o reconhecimento do tráfico privilegiado depende de aprofundado cotejo de provas, compatível apenas com o juízo exauriente da sentença penal. Oferecimento de acordo de não persecução penal (ANPP) que constitui faculdade do Parquet e é previsto na lei processual adjetiva para delitos com pena mínima inferior a 4 anos.** (...) (TJSP; Habeas Corpus Criminal 2288923-52.2021.8.26.0000; Relator (a): Sérgio Coelho; Órgão Julgador: 9ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 23ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/01/2022; Data de Registro: 28/01/2022) (grifos meus)

A respeito do tema, necessário destacar decisão da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

Para serem consideradas as causas de aumento e diminuição, para aplicação do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), essas devem estar descritas na denúncia, que, no presente caso, incorreu, não sendo possível considerar, no cálculo da pena mínima cominada ao crime imputado ao acusado, a causa de diminuição reconhecida apenas quando do julgamento do recurso especial. **No caso do delito de tráfico, far-se-á necessário o curso da ação penal, em regra, para aferir os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que obsta a aplicação do benefício, que decorre, inclusive do tratamento constitucional e da lei que são rigorosos na repressão contra o tráfico de drogas, crime grave, que assola o país, merecendo um maior rigor estatal.** (STJ: EDcl no AgRg no AgRg no AREsp 1.635.787/SP, rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª Turma, j. 04.08.2020.)

Conclui-se, assim que, ao formular a *opinio delicti*, não terá o Ministério Público elementos suficientes para aferir a existência conglobada de todos os requisitos para a configuração do privilégio, o que ensejará a oferta da exordial pelo tipo fundamental (artigo 33, “caput”, da Lei de Drogas), que é hediondo por equiparação e incompatível com o ANPP.

A referida causa de diminuição de pena dependerá do reconhecimento na sentença (CP, art. 68), necessitando da instrução probatória a ser realizada em juízo, circunstância que, ordinariamente, obstará a formulação da avença, já que se trata de negócio jurídico pré-

³ TJSP; Habeas Corpus Criminal 2257089-31.2021.8.26.0000; Relator (a): Ruy Alberto Leme Cavalheiro; Órgão Julgador: 3ª Câmara de Direito Criminal; Foro Plantão - 00ª CJ - Capital - Vara Plantão - Capital Criminal; Data do Julgamento: 14/02/2022; Data de Registro: 14/02/2022; TJSP; Habeas Corpus Criminal 2217195-48.2021.8.26.0000; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 22ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 15/10/2021; Data de Registro: 15/10/2021; TJSP; Habeas Corpus Criminal 2201401-84.2021.8.26.0000; Relator (a): André Carvalho e Silva de Almeida; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Criminal; Foro Central Criminal Barra Funda - 20ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 23/09/2021; Data de Registro: 23/09/2021

processual entre o Ministério Público e o autor do ato desviante, de tal sorte que, deflagrada a *persecutio criminis in iudicio*, não há sentido em ofertar o benefício.

Ainda, é apropriado destacar que o ANPP traduz poder-dever do *Parquet*, desdobramento da sua atribuição de titular da ação penal, editando-se o Enunciado 22 pela PGJ-CGMP do Ministério Público do Estado de São Paulo para orientar a atuação dos membros:

“A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime. **Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado**”. (grifos meus)

Conforme já decidido pela Suprema Corte:

“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.**” (STF, HC 195327 AgR, Primeira Turma, Ministro Alexandre de Moraes, julgado em 08/04/2021, grifos meus).

Portanto, recusando-se o Ministério Público pelo promotor natural e, se for o caso, pela instância de revisão ministerial, a realização do ANPP, bilateral por natureza, não poderá o Poder Judiciário impor a pactuação, que deve ser resultado da convergência de vontades entre o *Parquet* e o autor do delito (MARÇAL; MASSON, 2021).

Assim sendo, não há que se falar em direito subjetivo do acusado, pois se o juízo competente pudesse determinar a sua realização de ofício, retiraria a essência do instituto que é um mecanismo de consenso na justiça penal (MARÇAL; MASSON, 2021). *In verbis*:

APELAÇÃO CRIMINAL. Tráfico de drogas privilegiado. **Defesa pretende, em preliminar, o reconhecimento da nulidade da instrução, por inobservância do artigo 28-A, § 14º, do Código de Processo Penal, e pela inidoneidade dos fundamentos da recusa para oferta de Acordo de Não Persecução Penal. (...) Acordo de não persecução penal resulta da convergência entre as vontades do Ministério Público e do acusado, não configurando direito subjetivo do réu. Trata-se de negócio jurídico pré-processual o qual pode ser proposto quando o titular da ação penal pública entender que estão presentes os requisitos necessários para tanto. Na hipótese dos autos, o Ministério Público considerou não ser o caso de oferecimento da proposta, inexistindo ilegalidade no ato, ato referendado pela D. Procuradoria Geral de Justiça (...)** (TJSP; Apelação Criminal 1502828-75.2019.8.26.0535; Relator (a): Andrade Sampaio; Órgão Julgador: 1ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Guarulhos - 1ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 12/09/2021; Data de Registro: 12/09/2021) (grifos meus)

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS E RESULTADOS

As perguntas que motivaram a elaboração deste trabalho foram: se o ANPP, previsto no artigo 28-A do CPP é aplicável ou não ao delito de tráfico de drogas privilegiado? Sendo aplicável, ele é um instrumento suficiente e conveniente, no plano teórico, para a reprovação e prevenção deste crime?

Assim, a hipótese do trabalho era a inaplicabilidade do acordo de não persecução penal ao delito de tráfico de drogas privilegiado, em especial por não ser um instrumento suficiente e conveniente para a reprovação e prevenção deste crime, que envolve questões extremamente graves, no tocante à saúde pública e os efeitos deletérios do uso de substâncias psicoativas no cenário social e na própria criminalidade crescente decorrente deste problema.

Para verificar sua validade foi necessário realizar uma pesquisa ampla quanto à Justiça Penal negociada e os diversos institutos do microssistema de colaboração no sistema pátrio de justiça criminal.

A pesquisa foi iniciada com a Introdução, na qual se buscou delinear a contextualização da Justiça Penal negociada, destacando-se as principais características e institutos do microssistema de colaboração no sistema pátrio de justiça criminal. Na sequência se analisou os métodos colaborativos alternativos ao método clássico de persecução penal.

Em seguida, no Item 2, realizou-se um mapeamento do ANPP, destacando a sua natureza jurídica e principais características, esclarecendo as suas possíveis aplicações no sistema processual penal atual, bem como a forma de efetivação.

No Item 3, buscou-se explorar o crime de tráfico de drogas, expondo a sua origem histórica e evolução no ordenamento jurídico brasileiro, com enfoque na sua forma privilegiada, além da verificação do posicionamento firmado pelo STF quanto à natureza do delito previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

No Item 4, a pesquisa se direcionou para os posicionamentos acadêmicos, institucionais e jurisprudenciais sobre a possível aplicação ou não do acordo de não persecução penal ao delito de tráfico de drogas privilegiado, com o intuito de identificá-los, expondo as suas respectivas razões, para que se verifique ou não a conveniência e a suficiência de sua utilização a esta infração penal.

Por fim, conclui que, apesar de, no plano teórico, ser possível a aplicação do acordo de não persecução penal ao delito de tráfico de drogas privilegiado, este instituto não é suficiente e conveniente para a reprovação e prevenção deste crime.

5.1 Conclusão

A principal barreira encontrada para a aplicação de acordos penais seria, em tese, o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo o qual presentes todos os elementos necessários para o oferecimento da denúncia, o Ministério Público tem obrigação de fazê-lo, sendo proibido qualquer juízo de oportunidade e conveniência, inclusive, para analisar eventuais alternativas à propositura da acusação.

Dessa forma, os mecanismos de consenso no âmbito da persecução penal seriam, “a priori”, inconciliáveis com o princípio da obrigatoriedade. Ocorre que há uma nova compreensão da obrigatoriedade, na qual se mantém a faceta da proibição de favoritismo e protecionismo indevidos, no sentido de que o Ministério Público não pode conceder benefícios para determinadas pessoas, assim como não pode perseguir arbitrariamente outras.

Por outro lado, este princípio não significa que o Ministério Público deva ser um acusador com comportamento rígido e engessado, já que soluções consensuais podem representar respostas mais rápidas e efetivas à prática de crimes, podendo, na verdade, contribuir para a adequada persecução penal, afastando-se, por exemplo, a ocorrência de prescrição. Enquanto manter todos os casos penais no modelo tradicional de processo criminal impediria uma resposta adequada e eficiente a cada um deles.

Nesse contexto, a situação do Sistema Penal brasileiro vinha sendo alvo de críticas, em razão da impunidade gerada pelo modelo tradicional de persecução penal, o que acarretava uma falta de credibilidade na justiça, desembocando, inclusive, nos infames grupos de milícia paraestatais e extermínio. A morosidade da prestação jurisdicional como um todo é demasiadamente gravosa para a sociedade, em especial no âmbito penal, de um lado enfraquece e gera dúvidas quanto à credibilidade das Instituições, tornando-se em um país sem lei, prevalecendo a lei do mais forte e não o Estado de Direito.

Este quadro permite que, para além dos grupos de milícia e da ocorrência da autotutela, sem o devido processo legal, surjam também propostas autoritárias, com excessiva restrição dos direitos individuais e o crescimento do direito penal, a chamada hipertrofia deste ramo. Obviamente, são consequências indesejadas e que não resolvem a questão, somente servem para agravar cada vez mais o panorama caótico da Justiça Criminal.

A demora na resposta estatal aos crimes praticados e o excesso de volume de processos penais também são problemas para os réus, tanto para aquele acusado inocente que participa de toda uma persecução penal lenta para ser absolvido ao final, assim como pela perda

de qualidade na prestação jurisdicional e a ocorrência do sancionamento tardio, ou seja, passando-se muito tempo entre a prática da infração e a aplicação da pena, podendo impor ao autor a privação da liberdade em um momento diverso daquele em que praticou o delito.

A utilização de acordos permite que seja evitado o processo penal tradicional aqueles autores em que a prática criminosa é um fato isolado na sua vida, ao mesmo tempo, impondo sanções estatais, reforçando a ideia de segurança e a credibilidade das Instituições

Os mecanismos que compõe a Justiça Penal negociada no Brasil atestam a gradativa expansão do consenso na justiça criminal brasileira, levando-se em conta a atual necessidade de colaboração em tal âmbito, diante da insatisfatória atuação do modelo tradicional.

O principal marco para a justiça consensual no âmbito jurídico-penal se deu com a lei que regulou os Juizados Especiais Criminais (Lei nº 9.099/1995), consoante a previsão expressa no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

Todos os institutos da justiça negocial compartilham de uma característica central, qual seja, a concordância do autor em aceitar a acusação e assumir as obrigações acordadas, com renúncia a sua posição de resistência no processo, assim como de outros direitos a ele inerentes, em troca dos benefícios de cada mecanismo.

Diante deste cenário preocupante e que requer medidas sérias para solução dos problemas, o CNMP optou de prever, por meio de resolução, a possibilidade da celebração do ANPP. Na sequência, houve a edição da Lei Federal nº 13.964/2019, fomentada pela Resolução nº 181/17 do CNMP, a qual incluiu o artigo 28-A no CPP, prevendo a possibilidade do ANPP.

Ocorre que o cabimento do ANPP deve ser analisado a cada caso concreto, bem como a sua compatibilidade com cada crime, apesar de ser um promissor mecanismo da justiça consensual penal no Brasil.

Analisando a compatibilidade entre o ANPP e o delito de tráfico de drogas privilegiado, historicamente, o delito de tráfico de drogas, pelos efeitos demasiadamente deletérios do uso de substâncias entorpecentes na sociedade, que para além do prejuízo social, também impulsionam a mais diversa gama de criminalidade, sempre foi considerado algo que deve ser combatido com veemência, tanto que há mandamento constitucional prevendo que ele será equiparado aos delitos hediondos.

A gravidade do tráfico de drogas é reconhecida, assim como é combatido internacionalmente, inclusive por meio de mecanismos de cooperação entre os países. O uso de entorpecentes representa um seríssimo problema de saúde pública, com difíceis contornos de

tratamento. Dessa forma, o oferecimento do ANPP, ainda que nos casos do tráfico privilegiado, nunca atenderia ao critério da suficiente reprovação e prevenção do crime em análise.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da República dos Estados Unidos do Brasil]**, Rio de Janeiro, RJ, 13 out. 1941.

BRASIL. Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 27 set. 1995.

BRASIL. Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Manual do acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GIDDENS, Anthony. **As consequências da modernidade**. São Paulo: Editora Unesp, 1991.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MARCÃO, Renato. **Lei de drogas: comentários e interpretação jurisprudencial da Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (crimes, investigação e procedimento em juízo)**. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

MARÇAL, Vinicius; MASSON, Cleber. **Lei de drogas: aspectos penais e processuais**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, Método, 2021.

MEDAUAR, Odete. **O direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. **Concessão**. São Paulo: Malheiros, 2010.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no Processo Penal: uma alternativa para a crise do sistema criminal**. São Paulo: Almedina, 2015. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788584930753/>. Acesso em: 28 nov. 2021.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **A Expansão do Direito Penal:** aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

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.

Submetido em 29.03.2025

Aceito em 02.06.2025