

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E A SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL.
NON-PERSECUTION AGREEMENT AND CRIMINAL SELECTIVITY IN BRAZIL.

Jairo de Sousa Lima¹

RESUMO: O presente trabalho, escrito em forma de dissertação pretende fazer uma crítica ao instituto do acordo de não persecução penal. Inserido no ordenamento jurídico através da Lei nº 13.964/19, sob a bandeira de princípios humanitários, sendo apresentado como um avanço do sistema processual penal no tocante a humanização da processo, o instituto tem muito o que se aperfeiçoar e acaba demonstrando ser mais um instrumento posto a favor do já seletivo sistema penal pátrio. Nessa senda, pretende-se investigar a aplicabilidade do acordo de não persecução penal e seu impacto no processo penal brasileiro bem como no sistema prisional.

PALAVRAS-CHAVE: Direito processual penal. Acordo de Não Persecução Penal. Seletividade Penal.

ABSTRACT: The present work, written in the form of a dissertation, aims to criticize the institute of the non-criminal prosecution agreement. Inserted in the legal system through Law No. 13.964 / 19, under the banner of humanitarian principles, being presented as an advance of the criminal procedural system regarding the humanization of the process, the institute has much to improve and ends up proving to be one more instrument put in favor of the already selective national penal system. Along this path, we intend to investigate the applicability of the non-criminal prosecution agreement and its impact on the Brazilian criminal process as well as on the prison system.

KEYWORDS: Criminal procedural law. Non-Persecution Agreement. Criminal Selectivity.

INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito se caracteriza pela necessidade de intervenção do Estado na vida social dos indivíduos, objetivando assegurar uma sociedade justa e solidária. Nessa toada, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil é a dignidade da pessoa humana. Conquista histórica, a dignidade da pessoa humana representa os valores mínimos que devem ser conservados a todos os seres humanos.

O garantismo penal é um ideal que deverá servir como norte aos institutos do direito penal. Separa o direito e moral, propondo um sistema racional onde a intervenção do direito penal e das sanções impostas pelo Estado se resumiria ao estritamente necessário. Tem em Luigi

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Ensino Superior de Florianópolis (2010). Pós-graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Uninovafapi. Mestrando em Direito pela UFPI.

Ferrajoli seu principal expoente. O garantismo propõe, ainda, um sistema de penas alternativas, enquanto que os abolicionistas ignoram todas elas.

A teoria abolicionista também considera o sistema penal extremamente seletivo, elegendo copiosamente seus destinatários. Desde a escolha dos bens jurídicos a serem tutelados até a sanção penal, a seletividade resta evidente, quando se percebe que os taxados de criminosos correspondem, na verdade, a uma pequena parcela daqueles indivíduos que cometem delitos. A bem da verdade, o direito penal é seletivo quando escolhe os tipos penais que pretende perseguir com maior rigor, a exemplo do latrocínio ou tráfico, em detrimento de outros tido de “colarinho branco”, como a corrupção passiva, cuja pena máxima destoa em muito da pena mínima, e, portanto, comporta a aplicação de institutos processuais que beneficiam o réu, além de uma possibilidade de se reconhecer a prescrição da pretensão executória com mais facilidade, seja pela pena fixada no limite mínimo, seja pela morosidade com que tramitam tais casos, em especial.

A legislação pátria prevê hipóteses em que é possível a realização de acordo em material penal. Como exemplo podemos citar a Lei 9.099/95 e Lei 12.850/13 (colaboração premiada). Com a edição da Lei 13.964/19, fora acrescentado ao CPP o artigo 28-A que trata do acordo de não persecução penal. O instituto fora inicialmente previsto por meio da Resolução nº 181, de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Pelo levantamento do DEPEN, entre julho a dezembro de 2019, os crimes que levaram os indivíduos aos presídios são os mesmos de muito tempo, permanecendo inalterado a política de combate às atividades ilícitas. Para se ter uma ideia, crimes contra o patrimônio, especialmente roubo e furto, correspondem a 50,96% do total de encarcerados no Brasil, seguido por crimes de tráfico e uso de drogas ilícitas (20,28%), ao passo que crimes contra a administração pública (ditos de colarinho branco) correspondem a apenas 0,18% dos casos (BRASIL, 2019).

A mentalidade do encarceramento é enraizada no seio da sociedade brasileira e vista como a solução para insegurança pública que assola o país (MESQUITA E PEREIRA, 2015). Nessa toada, o acordo de não persecução penal surge como instrumento de efeitos pragmáticos, servindo de importante ferramenta no combate ao cárcere indiscriminado, levantando-se a questão no que tange aos seus requisitos, o que, utopicamente sustentam, contribuiria para o combate à seletividade do sistema penal brasileiro.

A ampliação da justiça negocial é uma tendência inafastável, entretanto precisamos refletir sobre os limites impostos por nosso sistema e que não permitem a importação de um instituto que cuja negociação é tão ampla e ilimitada (LOPES JR, 2019).

Por estarmos interessados em confirmar ou refutar a hipótese lançada, de que o acordo de não persecução penal representa avanço na sistemática processual penal, bem como se o mecanismo contribui para a expansão da seletividade penal, realizamos uma revisão sistemática da literatura. Isso nos permitiu categorizar o que já está conhecido sobre o instituto, quais conceitos e abordagens teóricas são relevantes ao diálogo constitucional e que controvérsias significativas, inconsistências e perguntas não respondidas estão presentes.

1 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A LEGISLAÇÃO PÁTRIA.

Com a edição da Lei 13.964/19, fora acrescentado ao CPP o artigo 28-A que trata do acordo de não persecução penal.

O instituto fora inicialmente previsto por meio da Resolução nº 181, de agosto de 2017, editada pelo Conselho Nacional do Ministério Público.

Atualmente incorporada à legislação processual penal, através da lei nº 13.964/19, o instituto tem a seguinte previsão:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

- I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;
- II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime;
- III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do artigo 46 do CP;
- IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do CP 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.

Como se vê, o acordo de não persecução penal somente se aplica a crimes cometidos sem violência ou grave ameaça e, ainda, aos crimes cuja pena mínima seja inferior a 4 anos. Além do mais, não se aplicam-se o acordo de não persecução penal: se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei; 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; 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 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 (artigo 28-A, parágrafo 2º do CPP).

A primeira preocupação diz respeito a exigência de confissão formal por parte do investigado. No nosso entender tal exigência viola severamente o princípio da presunção de inocência. Ademais, se o acordo não for homologado, o processo estaria maculado pois Ministério Público e também o juiz de direito teriam acesso a tal informação que, mesmo não fazendo parte dos autos, certamente comprometeria a imparcialidade do julgador.

2 A SELETIVIDADE PENAL NO BRASIL E AS IMPLICAÇÕES DO NOVEL INSTITUTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL.

Se ao direito penal se atribui a condição de ser o mecanismo de coerção, obrigando a todos ao cumprimento da lei, é justo e ideal que a punição aos violadores da determinação estatal seja aplicada de maneira isonômica. Contudo, tal discurso utópico destoa em muito da realidade vivenciada. Isso porque os grupos sociais se destacam de acordo com sua posição mais ou menos próxima ao poder, sendo certo que o sistema penal seleciona, de maneira arbitrária, pessoas dos setores sociais mais humildes e os criminaliza (ZAFFARONI, 2001).

A Seletividade do Direito Penal é resultado de uma construção sociocultural bastante diversificada, com influência da cultura, da mídia (populismo penal) e da imposição de valores sociais nos discursos de poder, que estão, a todo tempo, legitimando um processo de eleição – ainda que inconsciente – de condutas criminosas e do perfil do criminoso (FERNANDES, 2017).

A seletividade ocorre em dois momentos: ao definir as condutas que deverão ser consideradas ilícitas e ao escolher sobre quem incidirá a sanção penal. É verdade que se o Estado

objetivasse a punição de todos que violem a lei penal, sobraria poucos ou talvez nenhum sem mácula no histórico criminal, mas o que parece evidente fonte de desigualdade é a criminalização secundária objetivada, sobretudo, pelas instituições policiais e poder judiciário.

O acordo de não persecução penal, embora seja um instrumento legítimo, parece-nos somar forças com o discurso do seletivismo.

A redação do artigo 28-A do CPP (BRASIL, 2019), parece repetir a anterior Resolução do CNMP, não fosse um detalhe curioso: retira a proibição da realização do acordo quando o dano for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão.

Vejamos:

Resolução 181/17 do CNMP:

Artigo 18 - Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não persecução penal quando, cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça a pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática, mediante as seguintes condições, ajustadas cumulativa ou alternativamente

(...)

§ 1º Não se admitirá a proposta nos casos em que:

(...)

II – o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local;

Como se vê, o legislador não repetiu tal proibição no CPP, de modo que independentemente do valor do dano causado, se preenchido os demais requisitos, poderá ser objeto de acordo de não persecução penal.

Mas, quem, de fato, poderá se beneficiar disto?

Certamente aqueles não eleitos pelo sistema penal brasileiro como sua “clientela preferencial”. Os grandes empresários, doleiros, políticos, certamente terão todas as “benesses” da lei, conquanto para os menos abastados serão praticamente impossível sentir as benesses do acordo de não persecução.

Como bem dito por Nilo Batista (2007):

“[...] Assim, o sistema penal é apresentado como *igualitário*, atingindo igualmente as pessoas em função de suas condutas [...] O Sistema penal é também apresentado como *justo*, na medida em que buscaria prevenir o delito, restringindo sua intervenção aos limites da necessidade [...] quando de fato seu desempenho é *repressivo*, seja pela frustração de suas linhas preventivas, seja pela incapacidade de regular a intensidade das respostas penais, legais ou ilegais. Por fim, o sistema penal se apresenta comprometido com a proteção da dignidade humana [...] quando na verdade é estigmatizante, promovendo uma degradação na figura social de sua clientela. [...]”

Explica-se:

Os crimes que mais encarceram no Brasil são roubo e tráfico de drogas, este último responsável por mais de um quarto da população carcerária do Brasil, entre presos provisórios e definitivos. Tais crimes não poderão ser objetos de acordo de não persecução penal. Curiosamente, são crimes cometidos, em sua maioria, pelo indivíduo comum, com baixíssimo grau de instrução e geralmente situado abaixo da linha de pobreza.

Lado outro, os crimes ditos do “colarinho branco”, praticados por grandes empresários, políticos, entre outros, não são considerados, pela lei penal brasileira, crimes violentos ou, tampouco, hediondos. Edwin Sutherland definiu tal termo como "crime cometido por uma pessoa de respeitável e de alta posição (*status*) social, no curso de sua ocupação

O crime de lavagem de capitais (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012), por exemplo, cuja conduta consiste em “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, possui pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, podendo ser objeto do referido acordo.

Vejamos mais alguns crimes e suas respectivas penas: Crimes contra a ordem tributária (artigo 1º da Lei 8.137/90): Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa; Crime de sonegação fiscal (artigo 1º da Lei 4.729/65): Pena: Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo; Concussão (artigo 316 do CP): Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Corrupção passiva (artigo 317 do CP): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Corrupção ativa (artigo 333 do CP): Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa; Estelionato (artigo 171 do CP): Pena – reclusão, de 01 a 05 anos; Falsificação de documento público (artigo 297 do CP): Pena – reclusão, de 02 a 06 anos;

O rol é extenso e poderíamos citar a mancheia, contudo, cremos que os exemplos acima são suficientes e enriquecem os argumentos que pretendemos sustentar neste texto.

Os dispositivos supramencionados, embora tutelem bens jurídicos e condutas distintas, guardam em si aspectos em comum, quando observados em cotejo com o instituto do acordo de não persecução penal:

São crimes considerados não violentos e, **TODOS POSSUEM PENA MINIMA INFERIOR A 4 ANOS.**

Ademais, a redação da Lei 13.964, ao não repetir, propositalmente, a restrição imposta na Resolução nº 181/17 do CNMP, em seu artigo 18, parágrafo 1º (quando o dano causado for

superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local) acaba por beneficiar aquele que, por exemplo, sonega milhões em impostos, ou, ainda, aquele que oculta bilhões através de movimentações conhecidas como caixa 2.

Analisando os dados obtidos através das pesquisas realizadas, foi possível perceber que o alcance do acordo de não persecução penal é grande e sua utilização vasta (DOS SANTOS, 2019), pois envolve novo tratamento extrajudicial aos crimes de média gravidade que preenchem os requisitos negativos previstos no artigo 18, §1º, da Resolução nº 181/2017, do CNMP (BRASIL, 2017). De outra sorte, dentre os quatro crimes que mais ocorrem no país, apenas um deles (furto) permite a aplicação do instituto. Nessa senda, percebemos que o mecanismo acaba por revelar evidente seletividade penal, já que, ao passo que pode ser utilizado em casos de corrupção e de lesões a bens jurídicos exorbitantes, não agraciará boa parte do seletivo público penal brasileiro, posto que inaplicável a crimes como roubo (mesmo na modalidade simples) ou tráfico de drogas.

Os resultados, pois, confirmam a hipótese de que o acordo de não persecução penal, embora mecanismo necessário e adequado ao modelo de justiça negocial, precisa de mudanças visando maior efetividade, servindo como redutor das desigualdades e a da seletividade penal.

Não se questiona se o direito penal é ou não seletivo, pois a resposta nos parece óbvia. O que importa são as consequências de tal seletividade, e, no caso em apreço, os efeitos da seletividade do acordo de não persecução penal que, no campo da criminologia, parece engodar ainda mais as concepções do processo penal ideal.

CONCLUSÕES

Após a análise e discussões dos resultados, restou demonstrado que os crimes que mais encarceram no Brasil são roubo e tráfico de drogas, este último responsável por mais de um quarto da população carcerária do Brasil (BRASIL, 2019), entre presos provisórios e definitivos. Tais crimes não poderão ser objetos de acordo de não persecução penal. Curiosamente, são crimes cometidos, em sua maioria, pelo indivíduo comum, com baixíssimo grau de instrução e geralmente situado abaixo da linha de pobreza.

Lado outro, os crimes ditos do “colarinho branco”, praticados por grandes empresários, políticos, entre outros, não são considerados, pela lei penal brasileira, crimes violentos ou, tampouco, hediondos.

O crime de lavagem de capitais (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012), por exemplo, cuja conduta consiste em “Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”, possui pena de reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa, podendo ser objeto do referido acordo (BRASIL, 2012).

Ademais, a redação da Lei 13.964, ao não repetir, propositalmente, a restrição imposta na Resolução nº 181/17 do CNMP, em seu artigo 18, parágrafo 1º (quando o dano causado for superior a vinte salários mínimos ou a parâmetro econômico diverso definido pelo respectivo órgão de revisão, nos termos da regulamentação local) acaba por beneficiar aquele que, por exemplo, sonega milhões em impostos, ou, ainda, aquele que oculta bilhões através de movimentações conhecidas como caixa 2. Não se quer dizer que ao eliminar a aplicação do instituto aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça andou mal o legislador, mas, a inclusão de exceções à regra, ainda que obedecendo critérios subjetivos poderia surtir efeito positivo e reduzir as desigualdades fomentadas pelo processo penal, que confere larga desvantagem ao indivíduo de poucos recursos.

O processo de criação de leis penais obedece a uma primeira lógica da desigualdade que seleciona previamente, os indivíduos criminalizáveis.

É preciso avançar em matéria de acordos, transações e medidas despenalizadoras, não se tem dúvida. Mas o debate deve ser aprofundado, primando pelo aspecto técnico e social, com participação efetiva dos órgãos estatais e da sociedade civil organizada, sem qualquer nódoa causada pela demagogia legislativa.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo. **Processo penal**. 4 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro. Revan. 2007.

BRASIL. 2019. **Lei número 13.964/19**. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm#art3>. Acesso em: 17 ago. 2020.

BRASIL. 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.

BRASIL. 2017. **Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181/17**. Disponível em: :< <https://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-busca/norma/5277>>. Acesso em 10 ago. 2020.

CABRAL, Rodrigo Leite. **Um panorama sobre o acordo de não persecução penal** (art. 18 da Resolução n. 181/17-CNMP, com as alterações da Resolução n. 183/18-CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Acordo de não persecução penal**. 2 ed. Salvador: Editora Juspodvm, 2018. CUNHA, Rogério Sanches. Pacote Anticrime – Lei 13.964/2019: Comentários às Alterações no CP, CPP e LEP. Salvador: JusPodivm, 2020

DEPEN. **Levantamento nacional de informações penitenciárias**. Período de julho a dezembro 2019. Brasília, DF. Disponível em: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/bases-de-dados/bases-de-dados>. Acesso em: 13 ago 2020.

DA SILVA MESQUITA, Ivonaldo; ILA VERAS PEREIRA, Natália. A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À LUZ DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS E INTERNACIONAIS”. **Revista de Direitos Humanos e Efetividade** | e-ISSN: 2526-0022 | Minas Gerais | v. 1 | n. 2 | p. 19 - 42 | Jul/Dez. 2015. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/revistadhe/article/view/113>. Acesso em: 17 jul. 2020.

DOS SANTOS, Mauro Guilherme Messias. **Acordo de não persecução penal: confusão com o plea bargaining e críticas ao Projeto Anticrime**. Disponível em: https://www.academia.edu/download/61816054/Acordo_de_ao_persecucao_penal_confusao_com_o_plea_bargaining_e_criticas_ao_projeto_anticrime20200117-21195-188aif1.pdf. Acesso em: 20 ago. 2020.

FERNANDES, Sérgio Ricardo Aquino; PELLEENZ, Mayara; BASTIANI, Ana Cristina Bacega de. Fraternidade como Alternativa à Seletividade do Direito Penal. **Sequência** (Florianópolis), Florianópolis , n. 76, p. 155-182, May 2017 .Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552017000200155&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 07 Out. 2020.

GANEM, Pedro Magalhães. **Como explicar a seletividade penal**. Disponível em: <https://pedromaganem.jusbrasil.com.br/artigos/235194321/como-explicar-a-seletividade-penal>. Acesso em: 07 ago. 2020.

LOPES JR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

LOPES JR., Aury. **Adoção do plea bargaining no projeto “anticrime”: remédio ou veneno?** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penaladocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>. Acesso em: 25 fev. 2019

MAGLIONI, Bruna Peluffo. **A seletividade do sistema penal brasileiro.** Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-seletividade-do-sistema-penal-brasileiro/>. Acesso em: 26 ago. 2020.

MATUSIAK, Moisés de Oliveira. **Algumas linhas sobre a seletividade do sistema penal.** Disponível em: <http://estadodedireito.com.br/algumas-linhas-sobre-seletividade-do-sistema-penal/>. Acesso em: 27 ago. 2020.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal.** Trad. Vânia Romano Pedrosa. Rio de Janeiro: Revan, 1991.