

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PAMPA

LUANA FERNANDES DA SILVA

**A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA NEGOCIAL: A INAPLICABILIDADE PRÁTICA
DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO
PRIVILEGIADO**

Sant'Ana do Livramento

2024

LUANA FERNANDES DA SILVA

**A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA NEGOCIAL: A INAPLICABILIDADE PRÁTICA
DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO
PRIVILEGIADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Curso de Direito da Universidade Federal do Pampa, como requisito parcial para obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Dra. Vanessa Dorneles Schinke

Sant'Ana do Livramento

2024

Ficha catalográfica elaborada automaticamente com os dados fornecidos
pelo(a) autor(a) através do Módulo de Biblioteca do
Sistema GURI (Gestão Unificada de Recursos Institucionais) .

d926s da Silva, Luana Fernandes

A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA NEGOCIAL: A INAPLICABILIDADE
PRÁTICA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO
PRIVILEGIADO / Luana Fernandes da Silva.

66 p.

Trabalho de Conclusão de Curso(Graduação)-- Universidade
Federal do Pampa, DIREITO, 2024.

"Orientação: Vanessa Dorneles Schinke ".

1. Direito Processual Penal. 2. Retroatividade processual
penal. 3. Acordo de Não Persecução Penal. 4. Tráfico
Privilegiado. I. Título.

LUANA FERNANDES DA SILVA

**A SELETIVIDADE DA JUSTIÇA NEGOCIAL: A INAPLICABILIDADE PRÁTICA
DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL NO DELITO DE TRÁFICO
PRIVILEGIADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
ao Curso de Direito da Universidade Federal
do Pampa, como requisito parcial para
obtenção do Título de Bacharel em Direito.

Trabalho de Conclusão de Curso defendido e aprovado em: 25 de junho de 2024.

Banca examinadora:

Prof. Dra. Vanessa Dorneles Schinke
(UNIPAMPA)

Prof. Dra. Francine Nunes Ávila
(UNIPAMPA)

Prof. Dr. Gabriel Antinolfi Divan
(UFP)

Este trabalho é dedicado à minha avó materna, Rosemara Fragoso Martins, que foi meu pai e minha mãe, minha grande inspiração de força e independência.

AGRADECIMENTOS

Agradeço primeiramente à minha avó materna Rosemara Fragoso Martins, a quem também dediquei esse trabalho. Hoje estou mais perto de realizar um sonho que também era seu, a senhora não pôde estudar Direito, contudo, me incentivou a fazê-lo. À minha querida bisavó Lidia Fragoso (em memória), que, junto com minha avó, me criou desde os meus 8 meses de vida. Aos meus irmãos, Pietro, Manuela e Analuh, por me motivarem nas lutas diárias, se hoje batalho é para que vocês não tenham que fazê-lo tanto. Agradeço também à minha irmã caçula, Rebeca. À minha tia/irmã, Carol, que esteve comigo em todos os momentos e à minha prima Michele, que nunca mediu esforços para ajudar a todos.

Ao namorado Gabriel, meu companheiro de vida, parceiro dos bons e maus momentos, sem você esse momento não teria sido possível, todo o meu agradecimento e amor a ti. Estendo os meus agradecimentos à tua família, que se tornou parte da minha.

Às minhas amigas de infância (Suelen, Silvane e Denise), serei sempre grata por me apoiarem mesmo com a distância geográfica. Agradeço igualmente à minha amiga Tainara, por todo o companheirismo e amizade, desde a pandemia até agora.

Às minhas amigas, Beatriz, Larissa e Maria Antônia, sem vocês nem imagino o que teria sido essa trajetória na Unipampa, com certeza teria sido muito menos divertida. Em cada surto, em cada conquista...sempre estivemos juntas, a cada dia que passa o nosso “até logo” se aproxima, saibam que as levarei sempre no meu coração.

À Defensoria Pública de Sant’Ana do Livramento, a todos os servidores, estagiários e terceirizados que lá trabalham. Meu agradecimento especial à 1ª DPE, na figura do Defensor Público Carlos Marcondes Jr, neste local aprendi imensamente e reforcei minhas convicções por uma justiça equânime. Obrigada, Dr. Carlos por todos os valiosos ensinamentos, os quais levarei para os combates da vida. Aos meus incríveis colegas da 1ª DPE, obrigada pelos ensinamentos trocados e a alegria das tardes, espero que vocês conquistem todos os seus sonhos, capacidade não lhes falta e agradeço por todo o apoio.

Ao meu orientador, professor Marcelo Mayora Alves, por me incentivar a estudar criminologia crítica e que mesmo estando no pós-doutorado, topou me orientar informalmente. À professora Vanessa Schinke por participar da minha apresentação do TCC como orientadora formal. Agradeço também aos professores que compõem a banca avaliadora do meu TCC.

Por fim, agradeço à UNIPAMPA e a todos que fazem parte dela, obrigada pelo ensino gratuito e de qualidade.

Quando um *cidadão de bem* vai à Miami e se impressiona com lojas baratas, algumas de 1 dólar, e enche o carrinho de compras, não se importa, sequer perquire, se está participando do tráfico internacional de drogas, ajudando na lavagem de dinheiro de algum empresário milionário. O feio do tráfico de drogas é andar de chinelos (Valois, 2021, p. 541)

RESUMO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), foi inserido no CPP pela Lei nº 13.964/19, trata-se de instituto despenalizador que visa resolver por meio negocial processos que cumpram determinados requisitos. A incidência desse acordo penal é mais ampla, por ter como parâmetro quantitativo a pena mínima menor que 4 anos, o que implica a sua incidência em diversos delitos, inclusive o tráfico privilegiado. Ocorre que a sua efetividade é restrita no delito de tráfico minorado, considerando que o reconhecimento da causa de diminuição dá-se usualmente na sentença ou acórdão, momento que em tese não poderia ser proposto o ANPP, ainda que houvesse elementos desde a denúncia para essa tipificação. Nesse toar, o objetivo do presente trabalho é identificar se na prática há óbice à concretização da justiça negocial para o delito de tráfico privilegiado, utilizando como parâmetro as divergências do STF quanto o marco processual limitador da propositura do ANPP - debates estes feitos em decisões com o tema principal de retroatividade, mas a divergência é sobre o momento de propositura. Para alcançar esse fim, adota-se como procedimentos metodológicos, a abordagem quanti-qualitativa e o método indutivo, por meio de pesquisa jurisprudencial para demonstrar a insegurança jurídica da diversidade de decisões. Com base no exposto, percebe-se que a propositura do ANPP apenas até o oferecimento da denúncia inviabiliza que inúmeras pessoas sejam beneficiadas pelo referido acordo, o que não é benéfico nem para a pessoa que sofrerá as consequências da persecução penal, como também não o é para o Estado, que está sobrecarregado com a imensa demanda processual. Assim sendo, averiguou-se que no caso do tráfico de drogas privilegiado, impedir a propositura do acordo após o recebimento da denúncia é apenas baseado na seletividade do sistema de justiça, construída através de um processo de criminalização da população mais vulnerável na chamada “guerra às drogas”. Pelo exposto, a justiça negocial não pode ignorar os impactos sociais e fáticos que a sua aplicação (ou não) possui, não devendo o punitivismo ser empecilho para a propositura dos institutos despenalizadores.

Palavras-chave: Acordo de Não Persecução Penal. Retroatividade processual penal. Tráfico Privilegiado.

ABSTRACT

The Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), was inserted into the CPP by Law No. 13,964/19, it is a decriminalizing institute that aims to resolve processes that meet certain requirements through negotiation. The incidence of this criminal agreement is broader, as its quantitative parameter is a minimum sentence of less than 4 years, which implies its impact on several crimes, including privileged trafficking. It turns out that its effectiveness is restricted in the crime of reduced trafficking, considering that the recognition of the cause of reduction usually occurs in the sentence or ruling, a moment in which, in theory, the ANPP could not be proposed, even if there were elements from the complaint for this typification. In this sense, the objective of this work is to identify whether in practice there is an obstacle to the implementation of negotiating justice for the crime of privileged trafficking, using as a parameter the STF divergences regarding the procedural framework limiting the proposition of the ANPP - debates made in decisions with the main theme of retroactivity, but the divergence is about the moment of proposing. To achieve this end, the quantitative-qualitative approach and the inductive method are adopted as methodological procedures, through jurisprudential research to demonstrate the legal uncertainty of the diversity of decisions. Based on the above, it can be seen that proposing the ANPP only until the filing of the complaint makes it impossible for countless people to benefit from the aforementioned agreement, which is not beneficial neither for the person who will suffer the consequences of criminal prosecution, nor for the it is for the State, which is overwhelmed with the immense procedural demand. Therefore, it was found that in the case of privileged drug trafficking, preventing the proposal of the agreement after receiving the complaint is only based on the selectivity of the justice system, built through a process of criminalization of the most vulnerable population in the so-called "war the drugs". Based on the above, negotiating justice cannot ignore the social and factual impacts that its application (or not) has, and punitiveness should not be an obstacle to the proposition of decriminalizing institutes.

Keywords: Acordo de Não Persecução Penal. Criminal procedural retroactivity. Privileged Traffic.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ARE – Recurso Extraordinário com Agravo
AgRg – Agravo Regimental
ANPP – Acordo de Não Persecução Penal
Art. – Artigo
CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil
CP – Código Penal
CPP – Código de Processo Penal
DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional
EUA – Estados Unidos da América
Fund. – Fundação
HC – Habeas Corpus
IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MIN. – Ministro/Ministra
n. – Número
p. – Página
STF – Supremo Tribunal Federal
STJ – Superior Tribunal de Justiça
TJRS – Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul
TJSC – Tribunal de Justiça de Santa Catarina

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	JUSTIÇA MAIS CÉLERE OU MITIGAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL? A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL NA BUSCA PELA MINORAÇÃO DA CRISE DO PROCESSO PENAL.....	14
2.1	O PANORAMA INTERNACIONAL NA BUSCA POR SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO	14
2.2	A JUSTIÇA NEGOCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO	17
2.3	O CONTEXTO DE CRIAÇÃO E OS REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	22
3	O PROCESSO DE DEMONIZAÇÃO DAS DROGAS, UMA POLÍTICA AMPARADA NA DISSEMINAÇÃO DO MEDO.....	27
3.1	A CONSOLIDAÇÃO DA GUERRA ÀS DROGAS: UM PLANO DE EXTERMÍNIO DA POPULAÇÃO POBRE.....	27
3.2	A TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS NA LEI Nº 11.343/2006 E OS NOVOS PARADIGMAS PUNITIVISTAS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA.....	35
3.3	TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E O CABIMENTO DO ANPP	39
4	O MOMENTO DE PROPOSITURA DO ANPP: A INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA PELAS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS QUANTO À LIMITAÇÃO DA RETROATIVIDADE	43
4.1	A RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL.....	43
4.2	AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NAS TURMAS DO STF: ONDE O MOMENTO DE PROPOSITURA E A RETROATIVIDADE SE ENCONTRAM	46
4.3	A JUSTIÇA CONSENSUAL NÃO É PARA TODOS: O ÓBICE PRÁTICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA OS DELITOS DE “TRÁFICO PRIVILEGIADO”	50
4.4	O OBJETIVO DO ANPP <i>VERSUS</i> SUA FINALIDADE: A NECESSIDADE DE REPENSAR A JUSTIÇA NEGOCIAL CONSIDERANDO PARÂMETROS SOCIAIS	54
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	58
	REFERÊNCIAS	60

1 INTRODUÇÃO

Debater acerca da justiça negocial é uma tendência mundial, oriunda da necessidade de repensar o método tradicional do encarceramento, que se mostrou falho na tentativa de diminuição da criminalidade ou na ressocialização da pessoa presa. Além disso, cada vez mais processos tramitam no judiciário brasileiro, causando um extrapolemamento na razoável duração do processo, o que não apenas diminui ainda mais a chance da obtenção da justiça. A justiça consensual é expressa no ordenamento jurídico por meio dos institutos despenalizadores, acordos baseados no diálogo e que propõe meios alternativos para dirimir o conflito, com o acusado aceitando certas condições para não ser processado ou condenado.

O Acordo de Não Persecução Penal é um destes institutos despenalizadores, fundado na pactuação entre o acusado e o acusador (Ministério Público), o qual foi inserido pela Lei nº 13.964/2019 no Código Processual Penal, no art. 28-A. Entre outros requisitos, a incidência do ANPP está adstrita a crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, desde que estes tenham pena mínima em abstrato menor que 4 anos, assim, sua aplicação é mais ampla que outros acordos penais, como a transação penal e a suspensão condicional do processo (Queiroz, 2023).

Todavia, o sistema penal funciona como filtro, escolhendo as pessoas a serem criminalizadas e qual tipo de justiça será a elas oportunizada, para legitimar isso criam-se empecilhos que são destinados a certos recortes populacionais. Esse mecanismo é chamado de seletividade, é esta que seleciona o crime e o criminoso, assim como a devida punição (Mellim Filho, 2010). Na justiça negocial o ANPP, está, como todo o resto do sistema, à mercê dessa relação seletiva, usando-se como argumento questões a limitação do momento de propositura, para que na prática haja a seleção de quem poderá utilizar o acordo.

A figura do “tráfico privilegiado” está prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, trata-se de uma causa de diminuição da pena destinada ao pequeno traficante, que não comete habitualmente este delito. Considerando a minorante e presentes os demais requisitos, é cabível a propositura do ANPP no caso deste crime, inclusive, é o único instituto despenalizador que pode ser ofertado. Entretanto, o Ministério Público não costuma oferecer a denúncia considerando essa diminuição, o que impossibilita a aplicação do acordo penal, usualmente escorando-se em argumentos genéricos para manter a capitulação no *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006 (Reis, 2022).

Assim, a pesquisa busca identificar se na prática há óbice à concretização da justiça negocial para o delito de “tráfico privilegiado”, considerando as divergências do próprio STF quanto ao momento de propositura do Acordo de Não Persecução Penal. Ademais, insta explorar o porquê da minorante do tráfico ser aplicada apenas na sentença ou nos acórdãos, bem como demonstrar a importância da justiça negocial, mormente o Acordo de Não Persecução Penal, para atenuar a crise no processo criminal.

Diante disso, essa pesquisa justifica-se em razão da importância da aplicação de soluções alternativas como o ANPP para o delito de tráfico de drogas minorado, considerando que até o reconhecimento na sentença o indivíduo processado pode ficar encarcerado provisoriamente. É preciso ponderar os motivos para a causa de diminuição da pena não constar desde o início na capitulação e como a falta de posicionamento jurisprudencial acerca do assunto gera insegurança jurídica.

Nesse sentido, a hipótese trabalhada permeia o debate do momento de propositura do ANPP, sugerindo que a depender do entendimento aplicado, haverá seletividade na concretização da justiça negocial, sobretudo para os delitos de tráfico privilegiado. As opções a serem analisadas quanto ao momento de propositura são: até o oferecimento da denúncia ou até o trânsito em julgado, partindo-se sempre da problemática da aplicação da minorante do tráfico de drogas apenas nas sentenças ou acórdãos.

A metodologia escolhida foi a quanti-qualitativa, mesclando dados sobre o encarceramento relativo ao tráfico de drogas e conceitos teóricos de caráter subjetivo. Além disso, foi efetuada pesquisa bibliográfica e documental quanto a criação e natureza do Acordo de Não Persecução Penal, visando elucidar os aspectos sociais e jurídicos envolvidos na justiça negocial, mormente quanto a seus requisitos, objetivos e consequências. O método utilizado foi o indutivo, no qual se parte de dados particulares para chegar em uma ideia geral (Marconi; Lakatos, 2021).

Nesse cenário, se partiu de situações específicas para alcançar um ponto de vista geral, baseando-se nas relações jurídicas e sociais por trás desses fenômenos, notadamente a “guerra às drogas”, a lógica punitiva, o encarceramento em massa e a importância do ANPP para minorar a crise no processo penal, visando encontrar o momento mais oportuno para a propositura do referido instituto despenalizador. Logo após, foi feita pesquisa jurisprudencial, analisando-se o posicionamento do Supremo Tribunal Federal (STF) quanto ao momento de propositura do ANPP, utilizando-se decisões que debatem sobre a retroatividade do acordo.

A presente pesquisa foi dividida em três capítulos, no primeiro deles foi discutido acerca da busca mundial por soluções alternativas ao encarceramento. Em seguida, analisou-se a justiça negocial no Brasil, suas razões de existir e críticas à sua aplicação, bem como assinalou-se acerca da criação e dos requisitos do ANPP.

No capítulo seguinte explorou-se o processo de demonização das drogas para demonstrar os motivos para a severa repressão em face dos delitos relacionados à Lei nº 11.343/2006. Desse modo, foi ponderado acerca das consequências da guerra às drogas e os principais alvos marcados como inimigos. Posteriormente, foram trazidos aspectos teóricos acerca do delito de tráfico de drogas, sua tipificação legal e elementos concernentes a esta. Além disso, foi questionado acerca dos atuais paradigmas punitivistas dos legisladores brasileiros, no que tange às drogas e sua criminalização. No final do capítulo, foram explorados os requisitos para o reconhecimento do “tráfico privilegiado” e o cabimento do ANPP para estes delitos.

Por fim, no terceiro capítulo foi debatida a retroatividade do ANPP, ou seja, sua aplicação para delitos cometidos antes da vigência da lei que o instituiu, isso para embasar a análise das jurisprudências feita a seguir, que permeiam o assunto. Após a análise de julgados do STF, foi feita comparação entre o objetivo do ANPP e sua real finalidade, determinando-se a necessidade de repensar a justiça negocial com base em parâmetros sociais.

2 JUSTIÇA MAIS CÉLERE OU MITIGAÇÃO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL? A JUSTIÇA NEGOCIAL NO BRASIL NA BUSCA PELA MINORAÇÃO DA CRISE DO PROCESSO PENAL

Antes de entender acerca da seletividade da justiça negocial, é preciso retroceder, dissertando sobre o porquê das soluções alternativas ao encarceramento serem necessárias e quais os seus antecedentes no Brasil. É necessário traçar um panorama a respeito da finalidade dos acordos penais, iniciando-se com a Lei 9.099/95, a Lei dos Juizados Especiais, que trouxe ao ordenamento jurídico a suspensão condicional do processo e a transação penal, institutos destinados aos chamados crimes de menor potencial ofensivo.

Necessário ponderar relativamente a evolução da justiça negocial, dos primeiros institutos despenalizadores positivados, já mencionados, até a criação do Acordo de Não Persecução Penal, positivado pela Lei 13.964/2019, conhecida popularmente como “Pacote Anticrime”, o qual aumentou a abrangência da aplicação de soluções alternativas.

Nesse debate, insta ponderar criticamente sobre o contexto de criação do ANPP, seus requisitos e vedações, bem como sobre o objetivo da inserção do art. 28-A do Código de Processo Penal. Sucintamente, é isso que será tratado a seguir.

2.1 O PANORAMA INTERNACIONAL NA BUSCA POR SOLUÇÕES ALTERNATIVAS AO ENCARCERAMENTO

O processo penal é, desde o princípio, uma forma de retribuir a transgressão de uma norma social que foi positivada, ou seja, o desajuste social é respondido com a pena. Esse sistema nasce como forma de substituir a vingança privada, a titularidade do direito de punir passa para as “mãos” do Estado, é este que tem o uso da violência institucionalizado e legitimado. Como teorizou Max Weber, é o Estado que tem o monopólio do uso legítimo da força, todavia, teria o poder punitivo chegado até o ente estatal justamente por meio de uma convenção social, que silenciosamente transferiu o poder de punir (2001).

O autor supramencionado continua, referindo que o uso da violência usualmente é utilizado por diversas instituições como demonstrativo de poder, sendo inclusive usado primordialmente na estrutura familiar (2001, p. 56). Assim, o ente estatal tem uma espécie de legitimidade para fazer o uso da força contra seus próprios cidadãos, utilizando-a essa concessão para impor suas leis por meio da coação e punição.

Nesse toar, o processo penal surge como forma do Estado punir aqueles que violam a convivência social, evoluindo o seu conceito junto com a própria concepção de pena. Nesse sentido, explica o professor Aury Lopes Jr, ao escrever que “não existe delito sem pena, nem pena sem delito e processo, nem processo senão para determinar o delito e impor uma pena [...] O Direito Penal é o caminho necessário para a pena” (2021, p. 36).

Tendo em vista esse ponto de partida, o Direito Penal permeia três centros: o crime, o criminoso e a pena. Nessa equação há uma variável muito importante que é invisibilizada, qual seja a pessoa que foi lesada pela conduta, a vítima (Neto; Cabral, 2020). Como o ente estatal concentra o controle do processo penal, é ele que determina como e para quem serve a criminalização, perdendo de vista a reparação real do dano, o que apenas demonstra que, ao fim, a pena é essencialmente retributiva, para o expressar o punitivismo presente no meio social.

Assim, os acordos penais se mostram como alternativa ao encarceramento, sendo debate que não está adstrito apenas ao Brasil, a exemplo dos Estados Unidos, onde existe o *plea bargaining*, que é um acordo entre acusação e acusado, para que este último confesse o fato e renuncie o direito de ser julgado, tendo como benefício uma pena mais branda (Abrão, 2021). Trata-se na verdade do aceite da antecipação da pena, mediante a renúncia ao devido processo, que nos EUA é assegurado pela sexta emenda constitucional.

A prática dessa forma de negociação não é nova, havendo decisões da década de 60 que já faziam menção a isso, sendo tão comum atualmente que, segundo Abrão, cerca de 90% dos casos federais são solucionados por meio deste acordo (2021, p. 182). O referido autor ainda pontua que a aplicação do *plea bargaining* massivamente pode implicar na diminuição de garantias, haja vista que a parte mais vulnerável desta barganha, qual seja o acusado, poderá aceitar o acordo sem ao menos ponderar as provas existentes contra si, pelo medo da possibilidade de condenação.

Zimmermann expressou preocupação que os institutos despenalizadores brasileiros, sobretudo o relativamente novo Acordo de Não Persecução Penal, se baseassem no *plea bargaining* em excesso, desconsiderando as peculiaridades de um sistema de *civil law*, o qual é adotado pelo Brasil (2022). De fato, considerando que o ordenamento brasileiro é essencialmente garantidor (ou assim deveria ser), com a constituição sendo fruto de um processo de redemocratização, os acordos criminais devem ser adaptados para a realidade de cada país, considerando os aspectos criminológicos destes locais.

É o que defende o professor Aury Lopes Jr (2021), ao referir que o sistema jurídico *civil law*, adotado pelo Brasil, limita a negociação a ponto de não ser possível “importar” dos Estados Unidos, que adota o sistema *common law*, o *plea bargaining*, que era o objetivo original do Pacote Anticrime. O doutrinador prossegue referindo que o modelo norte americano não poderia ser aplicado no Brasil, pois “uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal brasileiro” (Lopes Jr, 2019, p. 4). Além disso, os acordos penais não têm o intuito de antecipar uma condenação, com a pena mais branda, como ocorre nos EUA.

Aliás, no sistema norte-americano, o direito não é tão codificado, oportunizando que os julgadores possam fazer o seu juízo de valor com base em sua convicção pessoal (Zimmerman. 2022). Essa concepção não é compatível com a lógica do sistema acusatório, adotado pelo processo penal brasileiro, em que o juiz não deve agir imotivadamente ou de forma parcial, devendo seguir os regramentos independente de suas opiniões ou vivências pessoais.

É inegável que a justiça negocial é discutida mundialmente como meio alternativo ao encarceramento, considerando que o aprisionamento é um problema mundial, pois a privação da liberdade como o meio padrão de resolver conflitos criminais acaba potencializando o crime organizado, o qual aumenta a criminalidade dentro e fora dos presídios, fomentada pela violação dos direitos das pessoas presas e pelos demais efeitos da prisionização. Assim, o debate está presente em países com diferentes formas de governo e sistemas jurídicos-penais, não havendo um modelo mais certo que outro.

Com o intuito de conscientizar os países acerca do compromisso pela justiça alternativa, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou a Resolução nº 45/110 de 1990, com as chamadas “Regras de Tóquio”¹, que trouxe medidas para a implementação de soluções alternativas à pena-prisão nos países em que o sistema permite, isso visando a diminuição do encarceramento em massa, problema existente em diversos países, principalmente na América Latina. O item 5.1. da referida resolução prevê o seguinte:

5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a

¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Regras de Tóquio: Regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade.** Brasília, 2016. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/09/6ab7922434499259ffca0729122b2d38-2.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2024.

um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado (Conselho Nacional de Justiça, 2016)

A referida resolução demonstra uma preocupação mundial com os meios alternativos de resolução de conflitos criminais, trata-se de sugestão aos países para que criassem mecanismos de não persecução penal, acordos firmados com o investigado para evitar o trâmite do processo judicial. Como supramencionado, o modelo norte-americano não é compatível com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, todavia, mesmo as soluções aplicadas em países com sistema *civil law* não devem ser “transplantados”, desconsiderando as peculiaridades do processo de criminalização atinente ao Brasil.

É o que pontua Langer (2010), ao mencionar a Alemanha, a Itália e, já na América Latina, a Argentina, países com o sistema *civil law*, que não reproduzem os acordos penais estadunidenses, com diferenças primordiais quanto aos poderes probatórios do juiz quanto ao acordo (Alemanha), a delimitação firme do *patteggiamento*² para que seja proposto só em determinados casos (Itália) e a possibilidade de absolvição em caso de perfectibilização do instituto despenalizador (Argentina). Verificar os acertos e corrigir o que não deu certo, respeitando as peculiaridades da criminalidade do Brasil, esse é o caminho para aplicar uma justiça negocial no processo penal sem suprimir as garantias e direitos constitucionais.

2.2 A JUSTIÇA NEGOCIAL NO JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Conforme Reale Júnior e Wunderlich (2019), antes da Lei 13.964/2019, alcunhada de Pacote Anticrime, o Brasil havia passado por duas dimensões de justiça negocial em matéria de Direito Penal: I) primeira dimensão, relativa aos crimes de menor potencial ofensivo, com o advento da Lei nº 9.099/95, com a transação penal e a suspensão condicional do processo; II) segunda dimensão, com o advento da Lei 12.850/13, veio à tona a negociação em delitos mais complexos, relacionados ao crime organizado, como a colaboração premiada.

² Conforme explicam Vasconcellos e Capparelli (2015), o *patteggiamento* no modelo atual foi trazido pelo Código de Processo Penal italiano em 1988, trata-se da “aplicação da pena por requisição das partes” (p. 444). Assim como ocorre no Brasil, o Ministério Público italiano deve motivar o cabimento ou não do acordo penal, podendo o juiz não o homologar ou ainda absolver o réu, se entender ser o caso.

Os autores demonstraram preocupação quanto à justiça negocial no Brasil, pois consideraram as duas dimensões então existentes ineficazes, justamente por não haver fortalecimento do sistema de garantias relativamente a esses acordos, em suas palavras:

No que limita à justiça negocial penal no Brasil, nada evolui, pois não cria nenhum instrumento para dar maior segurança jurídica ou para aumentar o nível de garantias constitucionais nos diversos tipos de acordos (Reale Júnior; Wunderlich, 2019, p. 8).

Essa visão não é pessimista, trata-se de análise crítica e realista do sistema penal brasileiro, visto que a política criminal tem negligenciado por anos os meios alternativos ao encarceramento, não sendo plausível que “magicamente” seja a justiça negocial a solução para todos os problemas sistêmicos. Consoante aos pesquisadores Martins-Costa, Lima, Ramos e Wunderlich (2020), é necessário que os acordos penais sejam pensados e aplicados respeitando as garantias constitucionais, com a imposição de limites à sua propositura e sempre à luz da dignidade da pessoa humana, com respeito à vontade do investigado.

À máquina estatal, pouco importa se o encarceramento ou o próprio trâmite processual trará mais prejuízos à sociedade que ganhos, são despojados os indivíduos e a punição uniformizada, ainda que haja previsão constitucional da individualização da pena³. Não é acaso que o Brasil apresente dados tão altos de encarceramento. Conforme extraído do SISDEPEN, até 30 de junho de 2023 a população carcerária era de 644.305 mil pessoas, sendo que a capacidade de vagas nesse mesmo período era de 418.835 mil. Visivelmente, essa conta não fecha, o que apenas demonstra as condições degradantes em que se encontram os presídios brasileiros, que fomentam a criminalidade ao invés de promover a reintegração social. A prisão, que deveria ser a *ultima ratio*⁴, mostra-se como a resposta padrão do Estado para aqueles que transgridem a lei.

Além disso, existe notável extrapolação na duração razoável dos processos no judiciário brasileiro, fazendo vigorar no senso comum o descrédito das soluções trazidas pelo processo penal clássico e a sensação de impunidade (Kershaw; Bezerra, 2022). Não seria

³ O princípio da individualização da pena está consagrado no art. 5º, XLVI, da CRFB. Esse princípio versa a adequação da pena ao caso concreto, considerando as condições pessoais do acusado, sendo que outro processado criminalmente pelo mesmo delito não necessariamente terá a mesma pena (De Lima, 2022).

⁴ Trata-se de referência ao Direito Penal como *ultima ratio*. Conforme dispõe Bittencourt (2011, p. 43) “o princípio da intervenção mínima, também conhecido como *ultima ratio*, orienta e limita o poder incriminador do Estado, preconizando que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a prevenção de ataques contra bens jurídicos importantes. Ademais, se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável”.

apenas uma resposta aos crimes cometidos, da perspectiva de penalizar o indivíduo, mas também uma forma de não levar esses processos de médio potencial ofensivo à tramitação no Judiciário Brasileiro. A resolução destes poderia levar anos, sendo que quando houvesse uma pena (e se houvesse), a pessoa penalizada estaria há muito reintegrada na sociedade.

Na teoria, trazida pelo Código de Processo Penal, o indivíduo seria alvo de uma investigação, a qual tem limitação temporal de acordo com a sua natureza, posteriormente, se fosse o caso, seria oferecida pelo Ministério Público e o acusado teria a oportunidade de se defender, à luz do contraditório e da ampla defesa. Haveria ainda a audiência de instrução e a possibilidade de os debates entre as partes serem feitos de forma oral, tudo isso em um tempo razoável. Todavia, na prática há diversas intempéries que atrasam esse procedimento, como a falta de juízes, a sobrecarga de processos, entre outros motivos, os quais originam situações de prisões preventivas por tempo superior a própria pena que vem a ser aplicada posteriormente na sentença ou ainda condenações muitos anos após a prática do delito.

Por estas razões, insta buscar possibilidades de uma nova política criminal, baseando-se na substituição dos embates conflitivos para o debate em prol do consenso, visão que deve ser essencialmente garantidora de direitos. Essa seria uma via diversa para beneficiar não apenas o sistema, mas também o investigado, que não seria submetido ao estigma de responder um processo criminal, nem mesmo enfrentaria o encarceramento e todas as consequências sociais que vêm com este (Aguiar; Cordeiro; De Aguiar, 2023, p. 185-186).

Nesse sentido, a justiça negocial é uma frente que traz à tona a figura da vítima, o real retorno à sociedade e a restauração do dano (Neto; Cabral, 2020, p. 172-173), ainda que usualmente nestes a vítima não participe ativamente da “negociação”, há foco na reparação do dano por ela sofrido. Trata-se de tentativa de apaziguar a crise no processo criminal, que além de moroso representa um alto custo para os cofres do Estado, assim, os institutos despenalizadores visam resolver os casos criminais por meio consensual.

Além disso, a experiência trazida com a Lei 9.099/95, Lei dos Juizados Especiais, demonstrou a possibilidade de fazer uso de soluções alternativas para resolver questões criminais, formas de baixo custo e maior celeridade (Zimmermann, 2022). Basicamente, o referido diploma legal traz a transação penal e a suspensão condicional do processo, respectivamente nos seus artigos 76 e 89. Nos referidos institutos despenalizadores, se atendidos os requisitos, o indivíduo investigado tem a possibilidade de cumprir prestações pecuniárias ou de serviços à comunidade, oportunizando um real retorno à sociedade.

Todavia, a Lei 9.099/95 não foi tão efetiva quanto se propunha, apresentando inúmeros problemas na aplicação nos casos concretos, questões estruturais que parecem ter sido transmitidas ao modelo seguinte de justiça negocial. Reale Júnior e Wunderlich (2019), defendem que o juizado especial criminal por vezes suprime o direito à defesa, eis o que dissertam:

Ressalvadas as exceções, o tratamento dos espaços de consenso no âmbito das infrações de menor potencial não tem garantido o direito de defesa e, para além de não haver uma sensível desburocratização judicial, há seletividade e, até, um contínuo despreparo dos agentes públicos e privados na mediação dos conflitos, um verdadeiro apego ao processo contencioso e à cultura punitiva. Há notícias sobre realização de audiências sem a presença do representante do Ministério Público e de partes sem assistência jurídica, o que talvez explique as enormes dificuldades de arquivamentos dos termos circunstanciados e as imposições de transações penais, ainda quando existe ausência de critério razoável para o oferecimento das propostas (Reale Júnior; Wunderlich, 2019, p. 7)

Quando se pensa em justiça negocial, invariavelmente surge a questão da celeridade e economicidade processual, entretanto, essa lógica de eficiência não pode sobrepor o devido processo legal, da mesma forma que não deve ser utilizado para mitigar ou flexibilizar direitos e garantias constitucionais (Abrão, 2021). É notável que se trata de tema em ascensão, todavia, seu uso imoderado pode acarretar prejuízos, sobretudo ao réu, que assume onerosidade sem ao menos ter provas produzidas contra si acerca do ato criminoso, ou seja, para não ser processado ou por medo da condenação, por vezes pode aceitar cumprir determinadas condições ainda que seja inocente.

Em outras palavras, a aplicação dos institutos despenalizadores não pode servir de julgamento antecipado, inclusive por esse motivo exigir-se confissão para a sua propositura é irrazoável. Como bem pontuam Lopes Jr, Rosa e Oliveira (2019):

A garantia do processo, da produção de prova em contraditório, da proibição de prova ilícita, tudo cede em nome do apeço ao roteiro pré-estabelecido e da expectativa do final pretendido. Nesse contexto, as formas processuais deixam de ser garantias dos indivíduos contra a opressão do Estado, uma vez que não devem existir limites à ação dos mocinhos contra os bandidos (Lopes Jr; Rosa; Oliveira, 2019, p. 4).

Nessa lógica de antagonismos mencionada pelos autores, onde o réu seria a figura do vilão a ser combatido, é muito fácil ignorar o formalismo processual, objetivando o alcance de um ideal de justiça, como se os operadores do direito pudessem atuar à margem da lei. Assim, ainda que os meios consensuais representem sim uma alternativa menos gravosa, isso não

significa que sejam a solução para todos os problemas do processo penal brasileira - tampouco é a isso que se propõe, senão na forma distorcida de utilizá-lo.

Entretanto, a dualidade entre eficiência e garantia não deve ser vista de forma tão restritiva, a fim de colocá-las como dois polos opostos, quando na verdade o ideal é o equilíbrio entre ambas. Conforme dispõe Divan (2017):

Situar a oposição entre eficiência e garantia é opção ideológica que por vezes termina galvanizando a garantia como maior e exclusiva rival da eficiência e auxilia na construção de um discurso de que o processo deve pender para o lado de uma política criminal que corrobora a eficiência punitiva e se destaca de sua instrumentalidade. É possível defender uma eficiência tributária de garantias básicas de filtro, bem como garantias que não visam a tornar inoperante a exigência de eficiência e de segurança jurídica (Divan, 2017, p. 424)

O supramencionado autor delimita, ainda, que a presunção de inocência é um “critério democrático” para confrontar dúvidas jurídicas, não necessariamente contrário a eficiência quando empregado da forma correta (Divan, 2017, p. 425). Nesse sentido, é mais simples que a visão acerca da justiça negocial seja restritiva, definindo que a busca da eficiência inegavelmente fere as garantias constitucionais, entretanto, essa percepção desconsidera a importância prática das formas alternativas de resolução do conflito penal – ao acusado criminal, o qual tem o risco concreto de responder a um processo, é possível que seja mais benéfico a eficiência.

Ademais, é necessário ponderar que o surgimento de institutos como o Acordo de Não Persecução Penal, a Suspensão Condicional da Pena e a Transação Penal popularizaram uma lógica negocial que antes estava atrelada apenas à delitos da classe média, como os crimes tributários e contra a ordem financeira, o que é inegavelmente um avanço, vejamos:

A par da criminalização de alguns, o descarte de suspeitos e a busca de uma negociação entre as partes envolvidas em determinados conflitos constituem procedimentos que parecem a todos como expedientes considerados naturais, deixando entrever sinais de um modelo penal alternativo, no sentido de legitimar a impunidade penal de determinadas condutas humanas e a gente sociais em detrimento de outros, para as quais é preservada uma ficada atuação punitiva, de que são exemplos extremos as execuções de pessoas por parte dos policiais em sua tarefa diária de investigação e abordagem dos que consideram suspeitos (Aguiar; Cordeiro; De Aguiar, p. 30)

Nas palavras do professor Aury Lopes Jr (2021, p. 4), “negociar é possível e talvez até salutar, mas é preciso saber a dose certa do remédio para não se transformar em veneno”.

É notável que o encarceramento não é a melhor resposta para dirimir a criminalidade, se fosse, o país não estaria enfrentando tamanha crise no processo penal.

Da mesma forma, pouco adianta se determinados recortes populacionais forem empurrados ao encarceramento, enquanto outros são “premiados” pela justiça negocial. O ANPP e os demais institutos não podem ser utilizados massivamente para sentenciar sem um devido processo, é o acusado que deve em seu papel de protagonismo sopesar a situação, verificando se é benéfico aceitar o acordo.

2.3 O CONTEXTO DE CRIAÇÃO E OS REQUISITOS DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A Lei 13.964/2019, alcunhada de Pacote Anticrime, que entrou em vigor em 23/01/2020, reformou em diversos pontos o Código de Processo Penal, visando aprimorar o sistema processual penal, trazendo questões como o juiz de garantias e aperfeiçoando o sistema acusatório, a fim de minimizar os resquícios do sistema inquisitorial que ainda persistem no ordenamento jurídico brasileiro (Masi, 2020). Todavia, considerando as circunstâncias políticas, sobretudo os debates acerca da criminalidade e sua repressão, o que se buscava essencialmente era uma forma mais célere de punição, garantindo a eficiência ainda que em detrimento a garantias constitucionais.

Justamente por oportunizar soluções mais rápidas, gera-se na sociedade a sensação de eficiência das políticas-criminais, com o abreviamento do sistema processual penal. Esses debates quando trazidos à tona em momentos de tensão política dificilmente levam em consideração a política pública em si e suas consequências, servindo na verdade como forma de arrecadação de votos por meio da “guerra” à criminalidade (Masi, 2020). Em outras palavras, desconsidera-se as consequências dessa aceleração do procedimento, vendendo-se isso como a resposta para todos os problemas estruturais existentes no judiciário brasileiro.

Ainda que esse seja o contexto de implementação do Acordo de Não Persecução Penal, é inegável que ele foi originado em resposta à ascensão mundial da justiça negocial e para regulamentar a prática já existente. Assim, o referido acordo formalmente foi criado pela Lei nº 13.964/19, a qual inseriu no Código de Processo Penal o art. 28-A. Basicamente, houve a regulamentação do que já existia na prática com a Resolução 181/17, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que previa em seu art. 18 justamente a propositura do ANPP,

uma possibilidade de o órgão acusatório deixar de oferecer a denúncia, quando cumpridos determinados requisitos (Zimmermann, 2022).

O ANPP se materializa mediante consenso entre a acusação e a defesa, com a negociação do cumprimento, pelo investigado, de condições previamente pactuadas, distintas do encarceramento e mais brandas do que a sanção penal abstratamente aplicável (Aguilar; Cordeiro; De Aguiar, 2022, p. 183).

Assim, o ANPP se constitui como negócio jurídico bilateral, que em troca do cumprimento de determinadas condições acarreta a extinção da punibilidade do anteriormente investigado (Lima; Martins-Costa; Ramos; Wunderlich, 2020). Os autores prosseguem, referindo que o instituto tem a pretensão de impactar o processo penal concreto, pois ainda há grande diferença entre o que está positivado e aquilo que é feito na prática, ou seja, ainda que tenhamos uma Constituição Federal essencialmente garantidora, nem tudo o que é positivado é de fato aplicado.

O ANPP visa essencialmente minorar a crise do processo penal, permitindo que o Estado concentre seu aparato punitivo em casos mais graves e complexos, a perfectibilização do acordo possibilita também a diminuição da demanda de vagas em estabelecimentos prisionais de regime aberto e semiaberto, considerando que possivelmente caso houvesse o trâmite processual desses casos seria fixado um destes regimes prisionais quando da condenação (Masi, 2020).

Conforme o art. 28-A do Código de Processo Penal, o ANPP pode ser proposto, desde que preenchidos os seguintes requisitos: I) não ser caso de arquivamento; II) ter o indiciado confessado formalmente e circunstancialmente a prática do delito; III) ser crime sem violência ou grave ameaça à pessoa; IV) delito com pena mínima em abstrato menor de 4 anos.

Além do preenchimento destes requisitos, o pretense acordante não pode ser reincidente, ou seja, deve ser primário e de bons antecedentes, aplicando-se a súmula 444 do do STJ, que veda a utilização em desfavor do réu de inquéritos policiais e ações penais em curso, e não haver indícios de conduta criminosa habitual, reiterada ou profissional. O rol do art. 28-A, § 2º, do CPP continua, referindo que não será proposto o acordo se o indiciado tiver sido beneficiado por transação penal, acordo de não persecução penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos. Ademais, o ANPP é incompatível com os

delitos em que há violência doméstica e familiar, nos quais há a incidência da Lei 11.340/06 (Lei Maria da Penha).

Estando esses vetoriais preenchidos, o Ministério Público pode propor o referido instituto despenalizador, mediante algumas condições, como reparação do dano a vítima se possível, renúncia de proveitos do crime, prestação de serviço à comunidade ou prestação pecuniária, podendo ainda, serem esses requisitos cumpridos simultaneamente ou acompanhados de outra condição, desde que razoável (Código de Processo Penal, 1941). Assim, não é exagero ponderar que muito se assemelha o ANPP com as penas restritivas de direitos, entretanto, o diferencial é que com o referido instituto não há processo criminal a ser respondido e seu integral cumprimento extingue a possibilidade do oferecimento da denúncia, não podendo servir para fins de reincidência inclusive.

O ANPP não trouxe grande inovação ao ordenamento jurídico, pois já existiam outros institutos despenalizadores semelhantes, ou mesmo a própria delação premiada, todavia, insta mencionar que o art. 28-A do CPP tira a exclusividade da justiça negocial dos crimes de menor potencial ofensivo do Juizado Especial Criminal — que são aqueles com a pena máxima em abstrato de até 2 anos (Trennepohl, 2022).

Como pontua Queiroz (2023), a incidência do ANPP é mais ampla, em razão da variedade de crimes não violentos com pena mínima de 4 anos, sendo irrelevante a pena máxima cominada. O autor ainda cita exemplos de delitos comuns os quais caberia a propositura do acordo, como “furto simples e qualificado, corrupção passiva e ativa, peculato, etc” (QUEIROZ, 2023, p. 242). Por causa dessa amplitude, acaba abarcando casos em que também é cabível a suspensão condicional do processo, fazendo com que esta caía cada vez mais em desuso, pois o ANPP, em regra, é anterior ao recebimento da denúncia.

Trennepohl (2022) refere que o ANPP é submetido ao juízo, a fim de evitar ilegalidades e excessos em suas condições, ainda que não possa o(a) magistrado(a) determinar se o *Parquet* deve ou não propor o acordo. Trata-se de voluntariedade do órgão ministerial, o que inclusive é reforçado pela própria redação do art. 28-A do CPP, que refere que a sua propositura depende do entendimento do Ministério Público quanto à suficiência da medida para a reprovação e prevenção do delito.

Além disso, o legislador não vedou o instituto despenalizador em comento em casos de concurso de crimes, desde que observado o requisito objetivo de pena mínima em abstrato inferior a 4 anos (Lima; Martins-Costa; Ramos; Wunderlich, 2020). Em síntese, deve-se

considerar as regras de concurso de crimes, sendo passível de ANPP se o cúmulo das penas não ultrapassar a pena mínima de 4 anos.

Quanto à propositura, há intensa discussão entre os doutrinadores sobre o instituto despenalizador ser ou não direito subjetivo do investigado, pois, a interpretação literal da redação do art. 28-A do CPP implica em considerar a propositura do ANPP como faculdade do órgão acusatório. Para Lima, Martins-Costa, Ramos e Wunderlich (2020), ainda que a redação do art. 28-A do CPP mencione que o Ministério Público “poderá” ofertar o acordo, não há necessariamente um poder discricionário do órgão ministerial, pois presentes os requisitos legais, o então investigado tem sim direito a propositura do ANPP.

Ademais, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público é atribuída ao órgão acusatório a obrigatoriedade de fundamentar todos os pronunciamentos, motivo pelo qual é de pressupor que a mesma premissa valha para o não oferecimento do ANPP (Zimmermann, 2022). Tal entendimento tem o intuito de afastar eventual seletividade penal, oriunda de pré-conceitos dos operadores do direito.

Outra problemática é a exigência da confissão para que o instituto despenalizador seja ofertado, isso porque é direito do acusado não produzir provas contra si, conforme disposto no art. 5º, LXIII, da CRFB, bem como ele é presumidamente inocente. Para além dessas questões, supondo que haja uma confissão, em caso de revogação do ANPP, não pode esta ser usada como prova autoria, considerando que foi produzida pelo próprio investigado com o fim específico de não ser processado criminalmente.

Quando firmado o pacto, há uma fixação clara da sanção a ser cumprida, se afastando a possibilidade de pena privativa de liberdade, caso cumpridas as condições acordadas. Ademais, a primariedade é mantida, o que diminui a estigmatização de responder a processo criminal, onde estimula-se a autocrítica e a autorresponsabilidade, vetoriais que podem contribuir para a ressocialização (Masi, 2020).

Enquanto o ANPP estiver sendo cumprido ou não for rescindido, o prazo prescricional fica suspenso, tratando-se de causa impeditiva da prescrição, prevista no art. 116, IV, do Código Penal. Essa determinação é feita para impedir que o referido instituto despenalizador seja utilizado indevidamente para evitar a responsabilização criminal.

Em tese, trata-se de instituto despenalizar para beneficiar aqueles que de fato cometeram o delito pelo qual seriam processados, os quais querem confessar para não responderem processo criminal (Lima; Martins-Costa; Ramos; Wunderlich, 2020). Entretanto, a veracidade desta confissão pode ser facilmente questionada, já que o receio de uma possível

condenação e a possibilidade de resolução rápida da questão podem influenciar a se admitir algo que não foi feito.

Da mesma forma, a natureza do ANPP se difere da colaboração premiada, não podendo ser o instituto despenalizador usado para criminalizar terceiros, nem utilizar o acordante como testemunha (Zimmermann, 2022). A busca pela eficiência não pode acarretar a mitigação do devido processo legal, caso assim fosse, o acordo em comento seria desvirtuado e perderia seu real propósito de benefício mútuo. Consoante ao autor supracitado, ainda que o ANPP seja positivo em vários pontos, existem questões que devem ser levadas com cautela, em suas palavras:

O que ocorre, em verdade, também no acordo de não persecução penal brasileiro, é um atropelo de funções, onde o acusador adentra em um espaço que deveria ser exclusivamente do tribunal, que simplesmente se presta em homologar o acordo firmado entre as partes, por tal razão é que se refere que o promotor é o juiz às portas do tribunal (Zimmermann, 2022, p. 7)

Em caso de descumprimento das condições do acordo, deve o Ministério Público comunicar ao juízo, sendo este último competente para revogá-lo. Depois de rescindido, cabe ao *Parquet* oferecer a denúncia, não podendo, contudo, utilizar a confissão prévia para a propositura do acordo em desfavor do acusado.

É notável que a solução da crise que assola o processo penal brasileiro não pode ser atribuída a apenas uma ação, ainda mais quando a situação é oriunda de construção sistêmica, decorrente de anos de políticas segregatórias e punitivistas. Aliás, é inclusive temerário que no caso do ANPP se ocultem ilegalidades da fase investigatória, buscando-se uma solução rápida para o conflito e diminuição da impunidade.

3 O PROCESSO DE DEMONIZAÇÃO DAS DROGAS, UMA POLÍTICA AMPARADA NA DISSEMINAÇÃO DO MEDO

A “guerra às drogas” não é uma guerra contra as drogas. Não existe guerra contra objetos. A guerra às drogas é, como qualquer outra na história da humanidade, contra pessoas (Rosa, 2015, p. 570).

A política de encarceramento atinente à Lei de Drogas está intimamente relacionada à construção da chamada “guerra às drogas”, com o fomento do medo na população, para que esta apoie a atuação repressiva estatal. Para entender o porquê de haver tanta resistência à aplicação de acordo penais para delitos relacionados aos entorpecentes, é preciso refletir sobre os criminalizados e àqueles que os criminalizam, analisando a raiz do problema, o medo.

Para além disso, insta analisar a Lei nº 11.342/2006, destrinchando o tipo penal do tráfico de drogas e as omissões do referido diploma legal, que parecem ser pensadas para causar o encarceramento massivamente. Considerando a atual tendência punitivista, faz-se necessário avaliar as novas perspectivas legislativas, notadamente a PEC 45/2023, a chamada “PEC das drogas”.

Tecidas as considerações acerca da seletividade e processo de criminalização na repreensão ao tráfico de drogas, passa-se a introduzir a questão do cabimento do ANPP quando há a aplicação da minorante do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, conhecida popularmente como “tráfico privilegiado”.

3.1 A CONSOLIDAÇÃO DA GUERRA ÀS DROGAS: UM PLANO DE EXTERMÍNIO DA POPULAÇÃO POBRE

Quando o assunto é a repressão à criminalidade, nada é por acaso, cada pessoa encarcerada é fruto essencialmente de uma construção da política-criminal brasileira. É um projeto punitivo baseado no medo, conforme Batista (2003), este temor é incentivado pelos meios de comunicação, alimentados pelo próprio Estado, que o utiliza no controle de sua população. Afinal, é rentável ao ente estatal ter um inimigo comum a quem culpar pelos problemas de política pública, como a violência.

Mellim Filho (2010), ao dissertar sobre a criminalização e a seletividade punitivista, refere que o sistema jurídico determina que algumas condutas são perigosas à sociedade,

definindo o crime e a figura do criminoso. Ele prossegue, referindo que “mais do que isso, tal sistema seleciona o refugio humano da sociedade como alvo do arranjo da própria ordem jurídica penal” (p. 24).

Aqueles que são enquadrados como criminosos tornam-se inimigos da sociedade, são pessoas indesejáveis no convívio social, perpetuamente segregadas, ainda que não encarceradas naquele momento. “Através da inquisição os perseguidos vão se adaptando (via tortura e terror) aos estereótipos dos inquisidores, cristalizando o imaginário social do medo e da exclusão” (Batista, 2003, p. 37). Esse recorte populacional é empurrado à margem social, com o sucateamento do ensino e da rede de saúde públicos, além da falta de saneamento básico, tornam-se sobreviventes do sistema que se alimenta de suas vidas.

Essa seletividade é originalmente feita pelos legisladores, no que Eugênio Zaffaroni e Nilo Batista (2013) definem como criminalização primária⁵. São os políticos que legislam, definindo à medida de repressão de cada conduta, quando o fazem, acabam afinando a camada social que será punida com mais severidade. Todavia, quem ao fim direciona o poderio estatal punitivo são os agentes policiais, essa atuação é o que os autores chamam de criminalização secundária. Nesse toar, o sistema é baseado em estereótipos, consolidados por outros setores da sociedade, como as agências de comunicação e agências políticas, e seleciona os indivíduos que serão vitimizados e aqueles que serão criminalizados.

Os indivíduos criminalizados possuem características em comum, como a classe social e a raça, como preconizou Batista (2003), o sistema punitivo demonstra:

Preferência por pobres, miseráveis, desempregados, negros e mulatos, além de jovens, contestadores e rebeldes, que forneceram um perfil pessoal, racial, político e profissional apropriado a receber as etiquetas do sistema penal (Batista, 2003, p. 28).

Interessante pontuar que essa seletividade é vista na atuação policial, na já referida criminalização secundária, pois inegavelmente são determinados grupos sociais que são submetidos a, por exemplo, revista pessoal por “atitude suspeita”.

O arcabouço jurídico é feito de forma a garantir a perpetuação da seletividade penal, não é por acaso que os legisladores despendem soluções penais mais gravosas aos delitos atribuídos usualmente a pessoas de classe social mais baixa, ainda mais em comparação a

⁵ A criminalização primária e a criminalização secundária são conceitos trazidos por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista, no livro “Direito Penal Brasileiro I”, em que a primeira se refere a seletividade exercida pelos legisladores ao delimitar os delitos, já a segunda está relacionada com a aplicação prática dessas legislações, normalmente feita pelos operadores das agências policiais (Zaffaroni; Batista, 2011).

repreensão dos crimes cometidos pela classe média brasileira, como os contra a ordem tributária (Mellim Filho, 2010).

Nessa perspectiva, Eugenio Zaffaroni e Nilo Batista (2013) entendem que determinados tipos de delitos são propagados na mídia, sempre do ponto de vista punitivo, sem que os criminalizados tenham chance de resposta. Em suas palavras, “os atos mais grosseiros cometidos por pessoas sem acesso positivo à comunicação social acabam sendo divulgados por esta como os únicos delitos e tais pessoas como os únicos delinquentes” (p. 46).

Os autores ainda pontuam que a consequência mais notória da criminalização secundária é o aprisionamento, havendo a suposição coletiva que nestes locais a maioria dos presos teria cometido delitos mais graves, como homicídio e estupro, todavia, na prática a massa carcerária seria composta por pessoas que cometeram crimes patrimoniais ou pequenos tráfico (Zaffaroni; Batista, 2013).

A criminalização da população pobre é vista especialmente nos delitos relativos à Lei das Drogas (Lei nº 11.343/2006), havendo uma atuação violenta do Estado na repressão desses crimes. Assim, combate-se fervorosamente os delitos relacionados à Lei 11.343/06 - até mais que aqueles que possuem como bem jurídico tutelado a vida. Essa distorção é vista pelo aumento da pena em abstrato para esses delitos, bem como na dosimetria da pena feita pelos juízes, utilizando-se de penas altíssimas, sanções por vezes mais altas que no crime de estupro ou de roubo à mão armada (Valois, 2021).

Karam (2013) delimita que a chamada “guerra às drogas” se dirige às pessoas que cometem os ilícitos, mas não a todas:

Os “inimigos” nessa guerra são os pobres, os marginalizados, os negros, os desprovidos de poder, como os vendedores de drogas do varejo das favelas do Rio de Janeiro, demonizados como “traficantes”, ou aqueles que a eles se assemelham, pela cor da pele, pelas mesmas condições de pobreza e marginalização, pelo local de moradia que, conforme o paradigma bélico, não deve ser policiado como os demais locais de moradia, mas sim militarmente conquistado e ocupado (Karam, 2013, pág. 2)

Esse processo está interligado com o fomento do medo na população, cuidadosamente semeado e incentivado pelo Estado, é o que sustenta Batista (2003), referindo ainda que a demonização das drogas permeia a insegurança quanto à atuação estatal, que se mostra corrupta e ineficaz. Diante disso, a população torna-se cada vez mais desinteressada

pela política, “transformando-a em multidões desesperançadas, turbas linchadoras a esperar e desejar demonstrações de força” (p. 35).

Conforme defende Karam (2013) o termo “guerra às drogas” não é atribuído levemente à situação, remete a um conflito armado contra os inimigos, “em uma guerra, quem deve combater o inimigo, deve eliminá-lo” (p. 1). Essa terminologia não poderia ser mais exata, o combate às drogas no país é tão letal quanto a própria criminalidade.

A política proibicionista quanto às drogas teve origem há cerca de cem anos, nos Estados Unidos, tendo nascido essencialmente do racismo. A maconha foi a primeira droga a ser restringida, antes mesmo que o ópio, o que demonstra que a saúde pública nunca foi o real bem jurídico a ser protegido (Zaffaroni, 2013). A questão está atrelada a preceitos morais, considerando a própria evolução dos pensamentos inseridos na sociedade.

Karam (1991, p. 41) preceitua que a partir da década de 80, os EUA passam a pressionar os demais países, sobretudo os latino-americanos, a se posicionarem ativamente no proibicionismo das drogas, invadindo a soberania destes. Em sua obra acerca de crimes, penas e “fantasias” do direito penal, a supramencionada autora destaca que o intento norte-americano era essencialmente político:

Esta internacionalização da política de drogas, acompanhada de um modelo geopolítico, que incorpora postulados das doutrinas de segurança nacional, aponta os EUA como país vítima, legitimando as intervenções diplomáticas, financeiras e militares em outros países, ao mesmo tempo que difundindo o estereótipo do “narcoterrorismo”, de modo a nele incluir países inimigos dos EUA ou eventuais grupos opositores (Karam, 1991, p. 43).

O Brasil seguiu os EUA até mesmo em seu proibicionismo contra as drogas, conforme esclarece Valois (2021), o país sul americano iniciou a própria “guerra às drogas”, mas sempre “seguidor das diretrizes norte-americanas, comerciais e morais, o Brasil não se incomoda e permanece submisso, até mais submisso na questão das drogas, ou seja, na questão moral” (p. 331).

Nesse sentido, o punitivismo foi e é constantemente alimentado pelo moralismo vinculado aos ideais liberais, herança norte-americana, em parte, que esteve intrinsecamente presente na ditadura militar. Ao analisar a política penal brasileira, Vera Malaguti Batista (2003) refere o seguinte:

O projeto autoritário das elites brasileiras se afrouxa em momentos de crise para rearticular-se imediatamente após a superação dessas crises de mudança. No Brasil, autoritarismo e liberalismo são duas faces da mesma moeda (Batista, 2003, p. 38).

Salo de Carvalho (2016), em sua obra “Política criminal de drogas no Brasil”, observou que especialmente após o processo de redemocratização, surgiu um novo modelo de direito penal, não pertencente especificamente às políticas de esquerda ou direita. Ironicamente, o punitivismo parece ser o ponto de intersecção entre as duas políticas opostas, conforme o supramencionado autor:

O pensamento repressivista atua, não esporadicamente, como polo catalisador de perspectivas políticas (em tese) opostas. O efeito desta pouco ortodoxa união é o alargamento do sistema penal e a minimização das garantias penais e processuais penais (De Carvalho, 2016, local 165).

No fim, a questão chave para controlar a população sempre foi o medo, seja da “ameaça comunista”, do terrorismo ou do crime organizado, este último na figura do traficante. Essas figuras são usadas para fomentar a imagem de um inimigo a ser combatido, legitimando a atuação violenta estatal, pois é o punitivismo a opção mais segura aos olhos do imaginário social.

Todo esse proibicionismo se disfarça de preocupação com a saúde pública, pois os delitos relacionados às drogas ilícitas foram considerados desde o princípio como contra a saúde pública. Ainda que atualmente os crimes relacionados aos entorpecentes estejam em legislação especial, na Lei 11. 343/2006, o bem jurídico tutelado segue sendo a saúde pública (Valois, 2021). O pesquisador prossegue, trazendo à tona as incoerências desse argumento de preocupação com a saúde:

As irracionalidades são tantas. A criminalização das drogas se fundamenta na proteção da saúde pública e, ao mesmo tempo, pessoas são mortas para que as drogas não sejam comercializadas, outras foram mortas para que outros tipos de drogas alcançassem o livre comércio (Valois, 2021, p. 358).

A sociedade ignora deliberadamente essas irracionalidades, não fazendo reflexão sobre a hipocrisia em se punir em nome da saúde pública, enquanto os criminalizados nunca tiveram acesso à esta, vivendo no completo abandono e negligência do Estado, que apenas está presente para executar as punições (Valois, 2021). Então os negligenciados passam a ser pessoas desajustadas, indesejadas no convívio social, são “os outros”, os inimigos. Assim se constrói a seletividade penal, baseada em recortes de classe e raça.

Ao escrever sobre as drogas e a juventude do Rio de Janeiro, Vera Malaguti Batista (2003) questionou as posições estabelecidas pela repreensão às drogas, com os criminalizados

sendo essencialmente jovens negros e de baixo poder econômico, constatações que levaram aos seguintes questionamentos:

Como alguém pode acreditar que esses meninos são os vilões da nossa história? Como não enxergar nessas comunidades as principais vítimas de uma modernidade exterminadora e segregadora, cuja dinâmica tenta destruir as redes de solidariedade tão cuidadosamente mantidas em séculos de colonização e barbárie? (Batista, 2003, p. 40)

Suas indagações não poderiam ser mais atuais, pois a clientela do sistema penitenciário, sobretudo em crimes relacionados a Lei das Drogas, segue a mesma, consoante dados do Relatório do perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas⁶, nos processos por tráfico de drogas, 86% dos réus são homens, 71,26% têm 30 anos ou menos, 65,7% são pessoas negras e 68,4% não chegaram a cursar o nível médio de ensino.

Além de seletiva, essa guerra às drogas é letal de várias formas, considerando a letalidade das atuações policiais de ambas as partes. Nesse ponto, importante ressaltar o que Zaffaroni e Batista (2011) acerca da seleção policizante⁷, que implica em refletir que o criminalizado e o policial ostensivo, aquele que faz a criminalização secundária, são oriundos normalmente da mesma camada social. Assim, “o estereótipo policial acha-se tão carregado de racismo, preconceitos de classe social e outros deploráveis quanto aqueles que compõem o estereótipo criminal” (p. 56).

Mellim Filho (2010) adverte que a seletividade surge ainda antes da judicialização, não apenas com a definição das condutas criminosas por parte da autoridade policial, mas na escolha dos “alvos” concretos deste sistema, pessoas sujeitas inclusive a execução da pena de morte:

A par da criminalização de alguns, o descarte de suspeitos e a busca de uma negociação entre as partes envolvidas em determinados conflitos constituem procedimentos que parecem a todos como expedientes considerados naturais, deixando entrever sinais de um modelo penal alternativo, no sentido de legitimar a impunidade penal de determinadas condutas humanas e a gente sociais em detrimento de outros, para as quais é preservada uma ficada atuação punitiva, de que são exemplos extremos as execuções de pessoas por parte dos policiais em sua tarefa diária de investigação e abordagem dos que consideram suspeitos (Mellim Filho, 2010, p. 29-30).

⁶ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas: relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum**. Brasília, DF: Ipea, 2023. 107 p. DOI: <<http://dx.doi.org/10.38116/ri221151>>.

⁷ Termo utilizado por Raúl Zaffaroni e Nilo Batista no livro “Direito Penal Brasileiro I”, para se referir a processo de “seleção, treinamento e condicionamento institucional” dos policiais (Zaffaroni; Batista, 2011).

A Constituição Federal de 1988 dispõe, no inciso XLVII, alínea “a” de seu art. 5º, que “não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX” (Brasil, 1988), ainda assim, os dados de letalidade policial seguem alarmantes. Conforme dados do IPEA⁸, no ano de 2017 o total de mortes violentas intencionais relacionadas ao proibicionismo das drogas, considerando a soma entre homicídios, lesões corporais seguida de morte, latrocínio e mortes por intervenção policial, nos estados do Rio de Janeiro e São Paulo eram de 46,0% e 27,7% respectivamente, enquanto no Brasil como um todo o índice foi de 34,3%.

Raúl Zaffaroni (2013), ao analisar a letalidade do sistema penal na “guerra às drogas”, traz à tona a alarmante situação criada sob a justificativa de saúde pública. Estão os indivíduos do mesmo recorte social se matando entre si, o policial e o criminalizado:

Não estamos no tempo dos czares, não estamos no tempo de Marx – não. Hoje, não temos os cossacos dos czares ao redor da favela. Esse não é o jeito de controlar nesse momento. O jeito de controlar a marginalização é fazê-los matar entre eles, criando contradições. O policial mata um bandido, o bandido mata um policial. Matam-se entre eles. Enquanto continuarmos sem redistribuir renda, vamos ter mão de obra para toda essa economia violenta que tem uma função genocida (Zaffaroni, 2013, p. 120).

Daniela Ferrugem (2020, p. 47) explica que antes mesmo das incursões “pacificadoras” nas favelas, verdadeiras intervenções militarizadas, disseminou-se o discurso para legitimar toda a violência adotada nesta abordagem. A autora continua, referindo que assim que um jovem é assassinado nas favelas, rapidamente é noticiado como traficante, mesmo quando os familiares mostram a carteira de trabalho da vítima. Karam (2013) resume bem a situação, ao escrever que “a missão original das polícias de promover a paz e a harmonia assim se perde e sua imagem se deteriora, contaminada pela militarização explicitada na política de guerra às drogas” (p. 4).

Neste cenário de “demonização” das drogas, parece existir apenas duas opções, a execução à pena de morte pela ação policizante ou o encarceramento, ambas soluções desumanas, dadas as condições das penitenciárias brasileiras. Não é por acaso que o crime de tráfico de entorpecentes é o segundo maior causador de encarceramento, representando cerca

⁸ CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Custo de Bem-Estar Social dos Homicídios Relacionados ao Proibicionismo das Drogas no Brasil**. Brasília, DF: Ipea, 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12132/1/Publicacao_preliminar_TD_Custo_bem_estar_social.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2024.

de 1/4 da massa carcerária, entre presos provisórios ou definitivos⁹. Entretanto, a prisão não se mostra efetiva no combate à criminalidade, tendo o efeito inverso, com o fomento da reincidência e servindo do que a autora Vera Malaguti Batista (2003) chama de “fábrica de delinquência”:

Sob a égide do confinamento e do extermínio, o sistema penitenciário brasileiro transforma a prisão de castigo em remédio. A ilusão ressocializadora e as metáforas biológicas mascaram a crueldade dos processos de "regeneração" através do trabalho obrigatório, da educação e da disciplina (Batista, 2003, p. 60).

É a “guerra às drogas” que desencadeia a violência, o seu viés repressivo é tamanho, que há dificuldade inclusive ao usuário recorrente a procurar tratamento para a drogadição, não sendo incomum que sustentem o vício cometendo delitos patrimoniais. Mayora Alves e Garcia (2013) reforçam a dificuldade enfrentada pelo que chamam de “consumidor problemático”, que não consegue buscar ajuda, considerando que “caso ele seja flagrado pela polícia usando drogas, surgirão duas opções: será preso em flagrante ou assinará um termo circunstanciado. A variável decisiva é a seletividade racista e classista” (Alves; Garcia, 2013, p. 122). Em qualquer das hipóteses, não será tratado como paciente, mas criminalizado.

Atuação bélica e repressiva estatal ao enfrentar um tema de saúde pública, sob o falso pretexto de proteger a incolumidade pública, apenas demonstra o seu descompromisso com os direitos fundamentais de sua população (Da Rosa, 2015). No fundo, a última preocupação é a saúde dos indivíduos, do contrário haveria investimento em políticas de redução de danos, para que as pessoas com dependência química fossem vistas como sujeitos de direito, com o resguardo de sua saúde e disponibilização de itens básicos de sobrevivência. Essa política segregadora de proibicionismo despoja os indivíduos de sua humanidade, os reduz à situação de indignidade.

Como Valois (2021, p. 440) escreveu, a classe média brasileira julga quando o pobre é preso por tráfico de drogas, ignorando o fato de ser a própria classe média quem cria a demanda desse tipo de relação comercial. Qual então é a diferença entre os usuários das classes mais pobres e aqueles da camada social mais abastada? De início, a droga utilizada, pois aos pobres resta o *crack*, a droga genocida¹⁰ e os ricos fazem uso de substâncias mais

⁹ DEPEN. **Sisdepen: Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Período de JANEIRO a JUNHO de 2022, 12º ciclo de coleta. Disponível em: SISDEPEN — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 14 set. 2023.

¹⁰ Raúl Zaffaroni (2013) define o crack como a droga genocida, em suas palavras “a droga genocida é a última porcaria, que não é entorpecente, é sim veneno. Nós chamamos de “paco” em nosso país; aqui é chamado de “crack” (p. 118).

“puras”, o que minimiza os danos. Mais que isso, o que difere esses dois tipos de usuários é o tratamento que recebem do Estado:

Sem prisão, sem tiros, sem sangue, sem veículos blindados chamados de caveirão. Assim como é o consumo de drogas na Avenida Vieira Souto, em Ipanema, Rio de Janeiro, famosa por ter um dos mais altos custos por metro quadrado da América Latina (Da Rosa, 2015, p. 571).

Assim, a atual política criminal de repressão às drogas mostra-se infrutífera, servindo apenas para criar um ciclo de violência que ceifa a vida da população jovem, negra e pobre. Enquanto as questões atinentes aos entorpecentes seguem apenas “vestindo a roupagem” de saúde pública, quando na verdade estão atreladas ao moralismo, a “guerra às drogas” persiste. E quem perde não é um lado ou outro, é todo o País, afundado na hipocrisia e violência.

3.2 A TIPIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS NA LEI Nº 11.343/2006 E OS NOVOS PARADIGMAS PUNITIVISTAS NA LEGISLAÇÃO PENAL BRASILEIRA

A Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, foi promulgada pelo então presidente Luiz Inácio Lula da Silva, vindo substituir sua antecessora, a Lei nº 6.368/1976. Além de instituir o sistema de políticas públicas sobre drogas, o referido diploma legal flexibilizou a punição para a posse de drogas, que antes podia implicar a prisão e na atual legislação há previsão de medidas socioeducativas ao usuário de entorpecentes. Todavia, no que tange ao tráfico de drogas, a repreensão apenas foi intensificada, com o aumento da pena mínima em abstrato de 3 para 5 anos.

O tipo penal do tráfico de drogas está no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tendo 18 verbos nucleares, ou seja, 18 ações que se cometidas se enquadram como este delito, os quais podem gerar uma pena de até 15 anos, isso sem considerar as majorantes presentes na lei (Valois, 2021). A redação legal do art. 33 do referido diploma legal, em que está previsto o delito de tráfico de entorpecentes, é a seguinte:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (Brasil, 2006)

Aliás, toda a sistemática da Lei das Drogas parece objetivar o encarceramento em massa, inclusive na própria ausência de determinação expressa neste diploma legal sobre a delimitação das substâncias consideradas drogas. Trata-se de norma penal em branco, que carece de complementação, que no caso em comento advém da Portaria nº 344 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (De Lima, 2020, p. 1020). Ante o exposto, é notável a problemática de que sejam os setores administrativos que elaboram a lista das substâncias consideradas ilícitas, pois esse mero ato pode fazer uma pessoa ficar anos encarcerada.

A presença de 18 verbos no núcleo do tipo penal de tráfico de drogas, a inexigibilidade do dolo específico de mercancia e o vácuo legal quanto à delimitação das drogas amplificam a incidência desse delito, bastando que a posse seja em desacordo com lei (Valois, 2021). Isso gera uma outra problemática comum na prática forense, que é a diferenciação entre o usuário e o traficante, que fica à cargo usualmente do agente policial, que faz essa delimitação sem utilizar parâmetros objetivos, até porque não existe especificação legal acerca disso, então essa definição pode ser subjetiva e estar carregada de discriminação.

Embora as doutrinas atribuam elementos como a quantidade de entorpecentes, o local da apreensão e os antecedentes do suspeito como balizadores da tipificação dos arts. 28 e 33 da Lei n 11.343/2006, trata-se de mera sugestão de critérios objetivos, não sendo eles vinculados (De Carvalho, 2016). Ocorre que na prática, existe grande subjetividade na tipificação desses dois delitos, a qual é feita primariamente pelos agentes policiais, com base em preceitos morais e sem maiores investigações. Ainda que possa o Ministério Público ter entendimento diverso quanto ao tipo penal que incide no caso, usualmente o órgão acusatório não o faz.

Toda essa construção legal gera a desproporcional seletividade do sistema penal, uniformizando as pessoas que são definidas como criminalizadas, na prática, funciona da seguinte forma:

No entanto, é absolutamente insuficiente, pois permanecerá aberto o caminho para a criminalização da pobreza, a partir da seletividade do sistema penal. Já está sobejamente demonstrado que na concreta atuação do poder punitivo um sujeito pobre flagrado com dez gramas de cocaína é considerado traficante, ao passo que um sujeito de classe média ou alta flagrado com a mesma quantidade é considerado usuário (Alves; Garcia, 2013, p. 109).

De Carvalho (2016, local 303) pontua que a diferenciação entre os delitos de tráfico de drogas e posse para consumo próprio é construída para ser dificultosa, isso é, essas tipificações não abarcam definição clara sobre quantia de entorpecentes para cada delito e, ainda, não há penas intermediárias, havendo grande discrepância entre as duas formas de punir.

Nesta questão de delitos intermediários, o único avanço trazido pela Lei nº 11.343/2006 foi a inclusão do delito que combate o oferecimento eventual de drogas sem fins lucrativos, previsto no art. 33, § 3º do referido diploma legal, cuja pena em abstrato é de 6 meses a 1 ano, e pagamento de 700 a 1.500 dias-multa, ou seja, ainda uma pena gravosa, sobretudo na questão patrimonial (Brasil, 2006). Aliás, por esse motivo os juízes em geral desclassificam essa conduta para consumo pessoal, em razão da onerosidade excessiva do tipo penal (De Carvalho, 2016).

Além disso, a tendência que se desprende da realidade do judiciário brasileiro é que a pessoa presa em flagrante por tráfico tenha sua segregação convertida em preventiva e, se condenada, tenha dificuldade em progredir de regime em razão desse delito ser considerado equiparado a hediondo (Castro, 2017). A Constituição Federal de 1988 estabeleceu, em seu art. 5º, inciso XLIII, que os crimes de tráfico de entorpecentes, tortura, terrorismo e os delitos definidos como hediondos não são suscetíveis de graça ou anistia e são inafiançáveis (Brasil, 1988). Desse artigo constitucional se extrai o caráter de equiparação do tráfico de drogas com os crimes hediondos, dado que recebem o mesmo tratamento.

Ademais, a própria Lei nº 8072/1990, conhecida como Lei dos Crimes Hediondos, especificamente no art. 2º, repete a redação do art. 5º, XLIII, da CRFB, apenas reforçando a ideia da equiparação aos crimes hediondos. Essa classificação torna mais dificultosa a progressão de regime, que apresenta porcentagem específica para os delitos hediondos ou equiparados, variando de 40%, se primário, ou 60% se reincidente específico, nos moldes do art. 112 da Lei 7210/1984, com base na redação dada pelo Pacote Anticrime (Brasil, 1984).

A concessão do livramento condicional também é submetida a regramento específico em razão da equiparação a hediondo, conforme dispõe o art. 83 do Código Penal, o direito executório apenas é concedido, ressalvados os demais requisitos, após cumpridos mais de dois terços da pena, no caso de não haver reincidência em delitos desse gênero (Brasil, 1940). Agora há ainda debates acerca do direito à saída temporária, considerando o advento da Lei nº 14.843/24, que alterou, entre outros pontos, o art. 122, §2º da Lei de Execução Penal, para estabelecer que esse direito executório não poderá ser concedido a condenados por praticar

crime hediondo ou com violência ou grave ameaça a pessoa (Brasil, 1984). Ainda que não haja menção expressa aos delitos equiparados a hediondos, o que em respeito ao princípio da legalidade¹¹, impossibilitaria a aplicação de restrições nesses casos, há clara tendência para o aumento cada vez maior das punições e o desinteresse na ressocialização.

Pior ainda é a PEC 45/2023¹², a qual foi aprovada no Senado no dia 16/04/2024 e, até o presente momento, ainda não foi levada à votação na Câmara de Deputados. A proposta é de emenda ao art. 5º da CRFB, para inserir que é crime a posse ou porte de drogas, independente da quantia, desde que essa esteja em desacordo com a lei. O art. 5º da CRFB é essencialmente garantista, ao definir que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (Brasil, 1988).

Qual o sentido de inserir essa proibição expressamente na constituição, ainda mais no mencionado artigo, que apresenta grande importância na defesa de direitos fundamentais? Na verdade, a política brasileira parece mais preocupada em demonstrar sua veia punitivista do que com a elaboração de políticas públicas, como as iniciativas visando a redução de danos.

Conforme defende Valois (2021, p. 430), vê-se o aumento da pena e o endurecimento das condições de cumprimento desta como única medida possível, unicamente porque o Estado é incapaz de aceitar outra forma de tratar a questão dos entorpecentes. O autor traz à tona, ainda, um dilema existente no sistema penal, pois ainda que se aumente a punição, a sensação de impotência segue, em suas exatas palavras:

Ao mesmo tempo, a cada aumento de pena, a cada propaganda desse aumento de pena que se segue à alteração legislativa, agrava-se a sensação de impunidade e de impotência de juízes, policiais, Ministério Público e da sociedade inteira (Valois,

¹¹ O princípio da legalidade está expresso no art. 5º, II, da CRFB, ao definir que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” (Brasil, 1988). Conforme explica Moraes (2023, local 133), “tal princípio visa combater o poder arbitrário do Estado. Só por meio das espécies normativas devidamente elaboradas conforme as regras de processo legislativo constitucional podem-se criar obrigações para o indivíduo, pois são expressão da vontade geral”.

¹² A PEC 45/2023 é uma proposta de emenda à Constituição, a qual foi elaborada pelo senador Rodrigo Pacheco (PSD-MG), presidente do Senado e que agora será submetida à votação na Câmara dos Deputados (Agência Senado, 2024). Na exposição da justificativa da referida emenda há menção ao Recurso Extraordinário (RE) 635.659/SP, que se encontra sob julgamento no Supremo Tribunal Federal (STF), no qual é debatida a inconstitucionalidade do art. 28 da Lei de drogas (posse de drogas para consumo próprio). Basicamente, com emenda à constituição, o art. 28 da Lei 11.343/06 estaria resguardada, impossibilitando a declaração de inconstitucionalidade neste julgamento e a consequente descriminalização do consumo de drogas. Quanto ao delito de tráfico de drogas, a tendência do STF é formular critérios mais objetivos para diferenciar o usuário e o traficante de drogas, estipulando quantidades mínimas como parâmetro balizador.

2021, p. 430).

A tendência política e social da atualidade é punir ainda os delitos relacionados à Lei das Drogas, são a eles atribuídos todo o problema da segurança pública, fala-se que o tráfico de drogas está relacionado com o crime organizado e que combatendo um, estará diminuindo o outro. Trata-se de análise simplista do problema criado e orquestrado pelo próprio Estado, com a negligência de condições mínimas de vida a determinadas pessoas e com soluções, notadamente o encarceramento, que apenas geram um ciclo de violência e revitimização.

É nítido que a atual legislação é ineficaz em muitos aspectos, além de não conseguir alcançar o ideal de segurança pública, contribui para a superlotação nos presídios, o que diminui as chances de ressocialização dos encarcerados. Nesse viés, indaga-se contra quem o Estado está empreendendo uma “guerra”, com certeza na prática o combate não é às drogas e sim à pessoa negra, pobre e periférica.

3.3 TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO E O CABIMENTO DO ANPP

A Lei 11.343/2006 trouxe uma causa de diminuição da pena destinada ao pequeno traficante, prevista no art. 33, §4º, conhecida popularmente como “tráfico privilegiado”, embora não seja um tipo penal autônomo. A referida minorante dispõe que:

§4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

Ainda que a expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos”, sua aplicação está suspensa pela Resolução nº 5 do Senado Federal, de 15 de fevereiro de 2012, anteriormente declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus nº 97.256/RS (Brasil, 2012).

Conforme lecionam Masson e Marçal (2019), a figura trazida pelo art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 não é delito autônomo, sendo causa especial de diminuição da pena, para beneficiar o pequeno traficante, aquele que isoladamente tenha se envolvido com a criminalidade. Renato Brasileiro de Lima (2020, p. 1070) esclarece que a quantidade de drogas isoladamente

não tem condão para afastar a incidência da minorante, podendo estar configurado claro *bis in idem*¹³ caso isso ocorra.

Os quatro requisitos trazidos no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006 são cumulativos e não alternativos, sobre a primariedade, de Lima (2020, p. 1070) explica que o réu primário é aquele que não tinha contra si, na época do delito, sentença condenatória irrecorrível quanto a outro delito, bem como aquele que foi condenado anteriormente, transcorrido o prazo de cinco anos do cumprimento da pena. Quanto aos bons antecedentes, deve-se levar em consideração a súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, a qual veda o uso de inquéritos policiais e processos em curso para agravar a pena.

Ainda acerca dos requisitos para a aplicação da minorante, o requisito da não dedicação às atividades criminosas é amplo, podendo inclusive os inquéritos policiais e ações em andamento contribuir para a convicção acerca da dedicação às atividades criminosas (De Lima, 2020, p. 1072). Aliás, a existência desse vetorial parece se confundir com os dois primeiros requisitos presentes no §4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, que têm caráter objetivo, visto que, como regra, sendo o réu primário e com bons antecedentes, pressupõe-se que este não integre tenha dedicação à atividade criminosa (Nucci, 2020).

Outra problemática surge pela exigência de não integração de organização criminosa, esta disposição afasta a causa de diminuição da pena para aqueles que também respondem, em concurso de crimes, pelo art. 35 da Lei nº 11.343/2006, qual seja associação para o tráfico (Borges, 2020). Esse entendimento claramente fere a presunção de inocência, posto que mesmo que o indivíduo não tenha sentença condenatória transitada em julgado pelo crime de associação para o tráfico.

Conforme Borges (2020), esses dois requisitos em comento carecem de critérios mais objetivos, do contrário tornam-se óbice à concretização dessa minorante em casos cabíveis. Além disso, “a redução de pena não constitui mera faculdade conferida ao magistrado, mas direito subjetivo do réu, desde que presentes os requisitos” (Marcão, 2021, p. 95). Destaca-se que o ônus de comprovar que o acusado tem dedicação às atividades criminosas ou que ele integra organização criminosa recai sobre o Ministério Público, devendo as alegações respeitarem o caso concreto (Dário, 2016).

A incidência desta causa de diminuição inclusive afasta a equiparação a hediondo do delito, entendimento que o STF já adotava e o qual foi chancelado pelo Pacote Anticrime (Lei

¹³ O princípio do *ne bis in idem* é uma regra que veda a dupla responsabilização pelo mesmo fato, ou seja, não se pode punir mais de uma vez o mesmo fato. Nas palavras de Guilherme Nucci (2023), “não haverá dupla punição ou duplo processo pelo mesmo fato” (local 258).

nº 13.964/2019), com a inclusão do §5º no art. 112 da Lei de Execução Penal, o qual determina 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” (Brasil, 2019). Como visto anteriormente, a hediondez ou sua equiparação dificulta a progressão de regime e concessão do livramento condicional, então ao afastar essa condição, o pequeno traficante recebe tratamento distinto daquele envolvido recorrentemente com a traficância.

Entre os benefícios (leia-se: direitos) que a minorante do “tráfico privilegiado” concede, está a propositura do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e, em caso de sentença condenatória, a supramencionada conversão em Pena Restritiva de Direito (Turella, 2020). Comparativamente, as penas restritivas de direitos são menos benéficas, pois, como o próprio nome diz, continuam sendo penas e, em caso de descumprimento, podem ser convertidas em pena privativa de liberdade.

Rogério Turella (2020, p. 104) menciona não existir vedação da aplicação do ANPP para o delito de tráfico de drogas minorado, pelo contrário, considerando que a pena com a minorante atinge um patamar inferior a 4 anos, é perfeitamente cabível a propositura do instituto despenalizador. Notadamente, precisam estar os demais requisitos do art. 28-A do Código de Processo Penal preenchidos para viabilizar a propositura, mas novamente a exigência da confissão mostra-se problemática.

Ao discorrer sobre as decisões do Tribunal de Justiça de Santa Catarina acerca do ANPP e o tráfico privilegiado, Diego Rodrigues Reis (2022) diagnosticou que a ausência de confissão, na fase policial ou na instrução probatória, foi utilizada como argumento para a não propositura do referido acordo penal, sendo esse entendimento chancelado pelas jurisprudências locais. Conforme o autor defende, a confissão na seara policial não pode ser utilizada contra o acusado, todavia, àquela realizada na audiência de instrução pode ter esse condão, motivo pelo qual a exigência se mostra “deveras prejudicial e constituiria uma verdadeira autoincriminação sem qualquer contraprestação ou resguardo de um possível acordo despenalizador” (p. 47).

Ainda que seja consenso jurisprudencial o cabimento do ANPP para o delito de tráfico de drogas com a redutora do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, quando presentes os demais requisitos, ainda existe certa resistência na propositura por parte do Ministério Público, considerando toda a repressão estatal contra os delitos da Lei das drogas (Trennepohl, 2022).

A própria denúncia considerando a causa de diminuição da pena mostra-se suprimida, sendo assim reconhecida apenas na sentença ou nos tribunais.

Todavia, essa ideia de que a aplicação dos institutos despenalizadores geraria sensação de impunidade é errônea, à medida que representa na verdade uma resposta mais célere à demanda. Conforme defende Trennepohl (2022, p. 293), a propositura do ANPP nos delitos de “tráfico privilegiado” incentiva justamente o oposto, pois após beneficiado pelo instituto despenalizador, não poderá voltar a ser proposto nos próximos 5 anos, o que pode gerar a busca pela não reincidência.

O ANPP é criado para ser uma forma alternativa na resolução de conflitos, visando, desde o princípio, a otimização do sistema de justiça e a resposta mais célere aos envolvidos no delito. Assim sendo, ainda que tenha sido idealizado para evitar a persecução penal, isto é, ser anterior à propositura da ação penal, não é razoável se olvidar de toda a realidade supramencionada, da decadência do processo penal até a superlotação dos presídios, é o que iremos debater a seguir.

4 O MOMENTO DE PROPOSITURA DO ANPP: A INSEGURANÇA JURÍDICA CAUSADA PELAS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS QUANTO À LIMITAÇÃO DA RETROATIVIDADE

“Para cada crime, sua lei; para cada criminoso, sua pena”. (Foucault, 2014, p. 111).

Traçado o panorama da seletividade da justiça negocial no Brasil e da violenta repreensão à comercialização de drogas, necessário aproximar os dois temas, notadamente debatendo sobre as inconsistências práticas no oferecimento do Acordo de Não Persecução Penal para o delito de tráfico de drogas na sua forma minorada (tráfico “privilegiado”). Inicialmente, se teoriza acerca da retroatividade da lei processual penal, bem como acerca das divergências jurisprudenciais sobre o tema, que permeiam essencialmente o momento de propositura do referido acordo penal - considerando a possibilidade de retroação, até que ponto processual poderia incidir o art. 28-A do CPP? Deveria incidir em casos com a denúncia já recebida, mas que ainda não transitaram em julgado?

São indagações que serão enfrentadas abaixo, entretanto, adianta-se: não é questão pacificada. Isso se relaciona ao tráfico de drogas na forma “privilegiada” porque essa é a única modalidade do delito que é cabível a propositura do acordo, todavia, comumente a minorante é aplicada apenas na sentença condenatória. Assim, a depender do entendimento consolidado, inúmeros “pequenos traficantes” não serão beneficiados na prática com o acordo penal.

A seletividade punitivista está presente em todos os procedimentos do sistema penal, não seria diferente neste ponto. A propositura (ou não) do ANPP implica em soluções alternativas para um delito tido como atroz para a população, significa não encarcerar aquele tido no imaginário social como criminoso. Entre debates aparentemente puramente normativos, esconde-se a política criminal do extermínio, o ideal de segurança nacional prometido pela “guerra às drogas”. É isso que essencialmente está no centro do debate acerca dos limites da retroatividade do instituto despenalizador, sendo estes, em síntese, os pontos que serão trazidos no presente capítulo.

4.1 A RETROATIVIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL

Com a implementação da Lei 13.964/2019 e a regularização do ANPP, entre os questionamentos originados, veio à tona a problemática da incidência (ou não) do instituto despenalizador em delitos cometidos antes da vigência da referida lei, nos casos que ainda estavam na fase investigativa ou mesmo naqueles com processo em andamento. Em geral, no Direito, a lei aplicada é a vigente na época dos fatos, servindo essa premissa como regra também em matéria penal, sendo que “aplica-se a lei penal vigente exatamente no mesmo dia, ainda que posteriormente venha a ser proferida a sentença” (Nucci, 2024, local 215).

Inclusive, é o que dispõe o art. 5º, “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu” (Brasil, 1988). O Código Penal, em seu art. 2º, parágrafo único, esclarece a amplitude da retroação, determinando que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado” (Brasil, 1940). Em síntese, quando se trata de lei penal, apenas haverá retroação nos casos em que a inovação legal beneficie o réu.

Por outro lado, nas normas processuais penais, tem-se, em regra, a aplicação imediata, com incidência apenas em atos processuais atuais e pendentes (Aguilar *et. al*, 2023). É nesse sentido que versa o art. 2º do CPP, referindo que “a lei processual penal aplicar-se-á desde logo, sem prejuízo da validade dos atos realizados sob a vigência da lei anterior” (Brasil, 1941), trata-se do Princípio da Imediatidade.

A justificativa para essa aplicação imediata da lei processual é que a inovação procedimental é presumidamente um aperfeiçoamento da anterior, em atenção aos interesses da Justiça. Conforme explica De Lima (2020), “a aplicação imediata da lei processual leva em consideração o momento da prática do ato processual” (p. 92). Em síntese, os atos processuais já praticados nos moldes da lei vigente na época continuam válidos, ainda que promulgada nova legislação, sendo que a mais recente terá aplicação imediata para o restante do processo.

Contudo, essa aplicação imediata deve respeitar o entendimento constitucional, constante no art. 5º, XXXVI, o qual define que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (Brasil, 1988). Os efeitos da nova lei ficam condicionados ao respeito dos três elementos supracitados, que continuaram a ser regidos pela lei anterior (Aguilar *et. al*, 2023, p. 187)

Ainda que haja essa diferenciação entre lei penal e processo penal, são questões interligadas, que não podem ser vistas isoladamente, sendo esse o entendimento da doutrina:

Assim, essa íntima relação e interação dão caráter de coesão do “sistema penal”, não permitindo que se pense o Direito Penal e o processo penal como compartimentos estanques. Logo, as regras da retroatividade da lei penal mais benéfica devem ser compreendidas dentro da lógica sistêmica, ou seja, retroatividade da lei penal ou processual penal mais benéfica e vedação de efeitos retroativos da lei (penal ou processual penal) mais gravosa ao réu (Lopes Jr, 2021, p. 125).

Desta noção é que surge o conceito de lei mista, que são aquelas com características de penais e processuais, para estas se aplica a regra da retroatividade apenas em benefício do réu (Lopes Jr, 2021, p. 124). Para exemplificar, o autor supramencionado indica o caso da Lei nº 9.099/95, que definiu a necessidade de representação da vítima nos delitos de lesões corporais leves e culposas, o que poderia implicar benefício ao réu, motivo pelo qual nos processos que ainda não tinham transitado em julgado necessariamente a vítima foi intimada à representar, se não o fizesse, se extinguiu a punibilidade (Lopes Jr, 2021).

Pois bem, o art. 28-A do CPP traz uma norma mista, que apresenta características de direito material e também processual, sendo uma inovação mais benéfica ao réu, devendo, por consequência, incidir em fatos cometidos anteriormente à sua vigência. Esse é o entendimento de Guilherme Nucci (2024), que defende ser o ANPP “uma política criminal, com reflexo direto no campo penal” (p. 142), pois o referido instituto despenalizador:

É um instrumento criado para evitar a persecução penal, mediante a imposição de determinadas condições, desde que preenchidos os requisitos legais; porém, cumprido o acordo, o juiz decreta a extinção da punibilidade (art. 28-A, § 13). Assim sendo, torna-se benéfico ao autor do delito evitar o processo criminal, para ter afastado o direito punitivo estatal, cumprindo as condições estabelecidas, desde que o referido acordo seja considerado suficiente para reprovação e prevenção do crime, o que reitera, mais uma vez, o seu conteúdo de direito material. Parece-nos deva ele ser aplicado aos processos em andamento, enquanto não tiver sido atingido o trânsito em julgado de decisão condenatória (Nucci, 2024, p. 142).

Assim, a questão da retroatividade causa ainda divergências. Não que haja contrariedade quanto ao oferecimento do ANPP para fatos cometidos antes da vigência do Pacote Anticrime, pois isso é amplamente reconhecido, o cerne dos debates é o limite dessa incidência. Trata-se de norma penal mista, portanto atinge fatos anteriores por ser mais benéfica, entretanto, poderia o acordo penal ser oferecido apenas até o recebimento da denúncia ou a visão deveria ser mais ampla, incidindo em processos em andamento que ainda não tenham transitado em julgado?

Transcorridos mais de quatro anos desde a vigência da Lei 13.964/2019, ainda não há resposta assentada para esse questionamento, visto que o próprio Supremo Tribunal Federal não tem entendimento consolidado sobre o assunto. Assim, insta adentrar em julgados acerca da retroatividade do ANPP e conseqüentemente sobre o seu momento de propositura.

4.2 AS DIVERGÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS NAS TURMAS DO STF: ONDE O MOMENTO DE PROPOSITURA E A RETROATIVIDADE SE ENCONTRAM

Como introduzido anteriormente, o ANPP, por ser norma mista ou híbrida, pode ser proposto para fatos cometidos anteriormente à vigência da Lei nº 13.964/2019, isso é consenso. As divergências residem na extensão dessa retroação, trata-se de embate teórico acerca da finalidade do acordo penal, de não persecução, *versus* o seu objetivo despenalizador. Ainda que as jurisprudências não versem especificamente sobre o delito de tráfico de drogas com a incidência da minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, essas decisões servem também para estes delitos, pois “esbarram” no obstáculo para a concretização do oferecimento do ANPP nesses casos.

O Supremo Tribunal Federal (STF) ainda não possui entendimento consolidado, sendo que cada uma das duas turmas tem posicionamento próprio sobre o assunto, o que gera grande insegurança jurídica – ainda que essa polarização esteja mitigada atualmente. Originalmente (e ainda é assim, entre a maioria dos ministros), o posicionamento da 1ª Turma do STF é de que o referido instituto despenalizador deve retroagir a processos em andamento, desde que a denúncia ainda não tenha sido recebida pelo juízo. *In verbis*:

Ementa: Direito processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de Não Persecução Penal – ANPP. Lei 13.964/2019. Retroatividade até o recebimento da denúncia. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. 1. Incide, no caso, o entendimento que vem sendo reiteradamente adotado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no sentido de que o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. Precedentes: HC 191464- AgR, de minha relatoria; HC 220.531, Rel. Min. Alexandre de Moraes; HC 225.884-AgR, Relª. Minª. Cármen Lúcia. 2. Não se pode ter por flagrantemente ilegal, passível de correção, a compreensão por uma das teses jurídicas possíveis quanto à matéria e, inclusive, acolhida nas duas Turmas desta Corte. Precedentes: RHC 207.483- AgR, de minha relatoria; RHC 152.956- AgR, Rel. Min. Luiz Fux; HC 132.120-AgR, Rel. Min. Edson Fachin. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (HC 229525 AgR, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 22-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 24-08-2023 PUBLIC 25-08-2023) (STF, HC 229525 AgR. Relator: Roberto Barroso. Data do julgamento 22/08/2023. Primeira Turma, publicado em 25/08/2023, Diário de Justiça Eletrônico).

Essa decisão não é isolada na 1ª turma do STF, o Ministro José Antonio Dias Toffoli acompanha o entendimento do Ministro Luís Roberto Barroso, o que pode ser evidenciado, a título de exemplo, pela decisão do ARE nº 1410898 AgR¹⁴, julgado no dia 20 de março de 2023. A então Ministra Rosa Weber, atualmente aposentada, vinha decidindo da mesma forma, conforme se evidencia pela decisão no ARE nº 1364905 AgR¹⁵, julgado em 11 de abril de 2022.

O posicionamento da 1ª turma do STF é baseado no fato do ANPP ter sido pensado para ser proposto na fase investigatória, para evitar a persecução penal, então, em regra, deve ser proposto na fase de formação do *opinio delict* (Aguiar et. al, 2023). Conforme o Ministro Alexandre de Moraes (2023), “a finalidade do ANPP é evitar que se inicie o processo, não havendo lógica em se discutir a composição depois da condenação, como pretende a defesa”¹⁶, o trecho foi extraído da decisão do ARE nº 1440938 AgR, julgado em 22 de agosto de 2023.

Em contrapartida, as decisões da 2ª Turma do STF evidenciam o entendimento que o ANPP deve ser oferecido em qualquer processo cabível, desde que não tenha transitado em julgado, mesmo que ausente a confissão do réu - que poderá fazê-la caso decida aceitar o acordo. Consoante ao Ministro Ricardo Lewandowski, atualmente aposentado, o “ANPP é aplicável também aos processos iniciados antes da vigência da Lei 13.964/2019, desde que ainda não transitados em julgados e mesmo que ausente a confissão”¹⁷, esse foi seu posicionamento na relatoria do HC 222719 AgR-segundo, julgado em 13 de março de 2023.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.410.898**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 23 mar. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476429/false>. Acesso em: 15 abr. 2024.

¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.364.905**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 18 abr. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur462418/false>. Acesso em: 15 abr. 2024

¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Are Agr nº 1440938**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 29 ago. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur485591/false>. Acesso em: 03 abr. 2024.

¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Habeas Corpus nº 222.719/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de março de 2023. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, . Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476741/false>. Acesso em: 19 set. 2023.

Essa tendência decisiva da 2ª turma se mantém inalterada até o presente momento, conforme pode ser vislumbrado com decisões mais recentes, como o ARE 1381730 AgR, de relatoria do Ministro André Mendonça:

EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ART. 28-A DO CPP. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. NORMA DE NATUREZA MISTA (MATERIAL E PROCESSUAL). APLICAÇÃO RETROATIVA A PROCESSOS EM CURSO QUANDO DA ENTRADA EM VIGOR DA NORMA. LIMITE TEMPORAL: TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. 1. O art. 28-A do CPP é norma de natureza híbrida, ou mista, porque, embora discipline instituto processual, repercute na pretensão punitiva (de natureza material), devendo retroagir, considerado o princípio da retroatividade da norma penal benéfica (CRFB, art. 5º, inc. XL). 2. O conteúdo processual da norma (e do instituto) obriga observar como marco temporal o momento processual do ANPP, e não o *tempus delicti*. 3. A retroatividade alcança processos em curso, tendo como limite o trânsito em julgado, pois, após esse momento, encerra-se a persecução penal e inicia-se a persecução executória. 4. O recebimento da denúncia e a existência de sentença condenatória não impedem a propositura do acordo. 5. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 1381730 AgR, Relator(a): ANDRÉ MENDONÇA, Segunda Turma, julgado em 11-03-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 26-04-2024 PUBLIC 29-04-2024) (STF, ARE 1381730 AgR. Relator: André Mendonça. Data do julgamento 11/03/2024. Segunda Turma, publicado em 29/04/2024, Diário de Justiça Eletrônico).

A polarização das decisões das turmas está sendo mitigada, como adiantado anteriormente. Em novembro de 2023 o Ministro Alexandre de Moraes, integrante da 1ª turma do STF, modificou seu posicionamento, fixando o entendimento que o ANPP pode ser ofertado nas ações penais iniciadas antes da Lei nº 13.964/2019, “desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP”¹⁸.

Já no ano corrente, o Ministro Cristiano Zanin, integrante da 1ª turma do STF, reconhece a viabilidade da propositura do ANPP para fatos anteriores ao advento do Pacote Anticrime, desde que não haja o trânsito em julgado do processo:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). TESE FIXADA PELA PRIMEIRA TURMA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: “NAS AÇÕES PENAIS INICIADAS ANTES DA ENTRADA EM VIGOR DA LEI 13.964/2019, É VIÁVEL O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL, DESDE QUE NÃO EXISTA SENTENÇA CONDENATÓRIA E O PEDIDO TENHA SIDO FORMULADO NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE DE MANIFESTAÇÃO NOS AUTOS APÓS A DATA DE VIGÊNCIA DO ART. 28-A DO CPP”. SUBSUNÇÃO DO CASO CONCRETO À

¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **AgRg. no Habeas Corpus nº 233.147**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur496081/false>. Acesso em: 03 abr. 2024.

ORIENTAÇÃO FIRMADA. AGRAVO PROVIDO. I - A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, ao julgar HC 233.147 AgR/SP, da Relatoria do Ministro Alexandre de Moraes, fixou entendimento no sentido de que, “[...] nas ações penais iniciadas antes da entrada em vigor da Lei 13.964/2019, é viável o acordo de não persecução penal, desde que não exista sentença condenatória e o pedido tenha sido formulado na primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP”. II - No caso, o pedido de submissão do caso ao Ministério Público competente para análise de viabilidade do acordo de não persecução penal ocorreu na “primeira oportunidade de manifestação nos autos após a data de vigência do art. 28-A do CPP” e “antes de sentença penal condenatória”, nos exatos termos fixados por esta Primeira Turma. III - Agravo regimental provido e ordem de habeas corpus concedida para que os autos sejam encaminhados ao Ministério Público do Estado de Santa Catarina a fim de que analise a viabilidade do oferecimento do acordo de não persecução penal.

(HC 236118 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Relator(a) p/ Acórdão: CRISTIANO ZANIN, Primeira Turma, julgado em 21-02-2024, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 06-03-2024 PUBLIC 07-03-2024). PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 29-01-2024 PUBLIC 30-01-2024) (STF, HC 236118 AgR. Relator: Luiz Fux. Redator do acórdão: Ministro Cristiano Zanin. Data do julgamento 21/02/2024. Primeira Turma, publicado em 07/03/2024, Diário de Justiça Eletrônico).

Visando sanar essa divergência das turmas do STF, a matéria será julgada em Plenário, no HC nº 185.913/DF, no qual fixar-se-á entendimento consolidado. Assim que houver a deliberação, cessará a insegurança jurídica nesse ponto, entretanto, até o momento não há data para o julgamento do feito. Enquanto isso, existem decisões que determinam o sobrestado de recursos que chegaram ao STF, até a conclusão do julgamento do HC nº 185.913/DF. É o caso do ARE 1440278 AgR-AgR, julgado no Tribunal Pleno, em 18 de novembro de 2023:

EMENTA: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. PLEITO DE REMESSA DOS AUTOS AO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O OFERECIMENTO DE PROPOSTA DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. RETROATIVIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP). TEMA AFETADO AO PLENO (HC nº 185.913/DF). DIVERGÊNCIA ENTRE AMBAS AS TURMAS. SUSPENSÃO DO FEITO ATÉ A CONCLUSÃO DO HC Nº 185.913/DF. 1. A matéria controvertida, referente à retroatividade do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), está afetada ao Plenário, tendo em vista a relevância da matéria, o expressivo interesse jurídico e social e a potencialidade de divergência entre julgados. 2. Verifica-se divergência entre as Turmas desta Corte, como se observa da recente jurisprudência da Segunda Turma, que decide reiteradamente pela possibilidade de aplicação retroativa do ANPP, mesmo havendo sentença condenatória em grau de recurso, enquanto a Primeira Turma decide pela retroatividade do ANPP a fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 3. A questão demanda amplo debate da Corte, a fim de estabelecer os limites do ANPP, com o objetivo de “resguardar a segurança jurídica e a previsibilidade das situações processuais, sempre em respeito aos direitos fundamentais e em conformidade com a Constituição Federal”, conforme destacado pelo Ministro Gilmar Mendes, ao afetar o HC nº 185.913/DF à deliberação do Plenário deste Tribunal. 4. Feito sobrestado até a conclusão do julgamento do HC nº 185.913/DF.

(ARE 1440278 AgR-AgR, Relator(a): LUÍS ROBERTO BARROSO (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 18-10-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 29-01-2024 PUBLIC 30-01-2024) (STF, ARE 1440278 AgR-AgR. Relator: Luís Roberto Barroso. Data do julgamento 18/10/2023. Tribunal Pleno, publicado em 30/01/2024, Diário de Justiça Eletrônico).

Nesse toar, não havendo consenso sequer entre as turmas do STF até o momento, a insegurança jurídica reina, pois o destino do acusado dependerá da sorte, já que não há precedente jurisprudencial e os juízes têm a plena faculdade de aplicar qualquer dos entendimentos. Como mencionado anteriormente, a retroatividade do ANPP não interfere apenas nos delitos cometidos anteriormente à Lei nº 13.964/19, ressoando diretamente na efetiva propositura para o delito de “tráfico privilegiado”, que é assim reconhecido comumente apenas na sentença condenatória.

Como a questão em divergência não é a retroatividade em si, mas sua extensão, quando for fixado entendimento quanto o momento de propositura, ainda que no contexto da retroatividade, os argumentos poderão ser utilizados de forma analógica para sustentar a análise do cabimento do ANPP. O óbice prático na propositura do mencionado instituto despenalizador para o tráfico minorado não será resolvido, pois mesmo em delitos cometidos na vigência da Lei Anticrime, a minorante só é reconhecida na sentença, ainda que cabível desde o momento da denúncia - o que viabiliza a propositura do ANPP.

4.3 A JUSTIÇA CONSENSUAL NÃO É PARA TODOS: O ÓBICE PRÁTICO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL PARA OS DELITOS DE “TRÁFICO PRIVILEGIADO”

A retroatividade da propositura do ANPP não é apenas importante para os delitos cometidos antes da Lei 13.964/19, implica também na aplicação prática do instituto despenalizador para os delitos de tráfico de drogas, com a minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, que normalmente só é assim definido na sentença condenatória. Ainda que o delito de tráfico de entorpecentes na forma “privilegiada” cumpra com os requisitos do referido acordo, este não é proposto na prática justamente por não haver entendimento consolidado quanto ao tempo de propositura.

Aury Lopes Jr. (2021, p. 221) defende que o ANPP “pode ser aplicado aos processos nascidos antes da Lei nº 13.964 e pode ser oferecido até o trânsito em julgado”. Ainda que não tenha referido acerca do momento de propositura do acordo para fatos praticados na

vigência do Pacote Anticrime, mas que apenas se tornaram passíveis de propositura do ANPP na sentença condenatória, esse posicionamento doutrinário demonstra abertura para os debates acerca do óbice prático nos delitos de tráfico privilegiado.

Reis (2022) detectou esse óbice nas decisões do TJSC, destacando como os principais argumentos para isso a ausência de confissão e a inviabilidade do reconhecimento do tráfico minorado no momento da denúncia. Quanto ao primeiro fator que gera a inaplicabilidade prática do ANPP para o referido delito, deve-se considerar que o momento correto para exigência da confissão deve ser na audiência para a propositura do acordo penal. Entendimento contrário significa a imposição da necessidade de assumir o delito antes mesmo que o acusado entenda acerca do ANPP ou saiba da possibilidade de aceitá-lo, o que fere o princípio da não autoincriminação, desdobramento do direito ao silêncio, assegurado pelo art. 5, inciso LXIII, da Constituição Federal.

Posto isso, a real impossibilidade reside no fato do Ministério Público tender a denunciar por tráfico de drogas sem considerar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, argumentando não haver no momento provas suficientes para isso - estranhamente, as majorantes estão comumente presentes desde a denúncia. Trata-se de concepção que inviabiliza a propositura do ANPP, como esclarece Reis (2022):

Os representantes do Ministério Público, quase que unanimemente, realizam a capitulação do crime apenas com a menção ao *caput* do artigo 33, sem ponderar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena. Sendo assim, a reprimenda mínima aplicável ao caso, em tese, estaria em 5 (cinco) anos de reclusão, não comportando a realização do acordo de não persecução penal (Reis, 2022, p. 49-50)

Trennepohl (2022, p. 273) refere que aqueles contrários à propositura do ANPP para o tráfico privilegiado defendem que a análise acerca do reconhecimento da minorante, bem como o quantum de diminuição, só pode ser feito na sentença condenatória, porque apenas com a instrução processual haveria a dilação probatória necessária para auferir isso. Esse entendimento contraria o princípio constitucional do *in dubio pro reo*, pois, na hipótese de existir dúvidas quanto a tipificação, esta deve ser convertida em favor do réu, ou seja, o delito deve ser considerado na forma mais benéfica ao acusado.

O Ministério Público tem defendido que, mesmo com a aplicação da minorante no máximo na sentença condenatória, não poderia o ANPP ser proposto, em razão do fim da instrução processual. Como os Tribunais acordam que propor o ANPP é uma faculdade do

órgão acusador e não um direito subjetivo do réu, o instituto despenalizador não é aplicado para os casos (NUCCI, 2024, p. 137). A grande problemática é que a aplicabilidade do instituto para os delitos de tráfico privilegiado poderia contribuir consideravelmente para a diminuição da sobrecarga sistêmica, isso porque a condenação com a minorante, ainda que seja a pena restritiva de direitos, implica na estigmatização e ingresso no sistema penal, como sujeito criminalizado.

A tendência punitivista de todo o sistema é expressa pelos inúmeros dados, sobretudo quanto à capitulação feita pelo órgão acusatório. O “Relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça”, elaborado pelo IPEA (2023, p. 25), delimita que, dentre os processos que tiveram sentença no primeiro semestre de 2019, em comparação às demais capitulações da Lei de Drogas, 76,5% réus foram indiciados pelo art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343, sendo que destes 90,5% foram denunciados pelo MP e 65,4% foram condenados nesse tipo penal. Esses dados demonstram a fragilidade das provas e que as dúvidas são convertidas contra o réu, pois a tendência majoritária é a persecução pelo delito de tráfico de drogas.

Como exposto anteriormente, o maior argumento para que não haja a consideração do tráfico privilegiado desde a denúncia é a ausência de instrução processual, o que implicaria na falta de provas quanto aos requisitos da minorante. Contudo, esse argumento se demonstra falho frente aos dados:

Observa-se que a figura do agente responsável pelo flagrante depõe em 94,6% dos processos. Das testemunhas que presenciaram o fato, excluindo-se aquelas que foram apontadas como responsáveis pelo flagrante, houve a presença de 24,8%. O número é baixo, corroborando para a tese de que, nos processos criminais de drogas, a maioria dos processos conta apenas com o testemunho dos policiais que participaram ativamente da prisão do réu (Ipea, 2023, p. 67).

As provas obtidas na instrução processual são, em regra, as mesmas produzidas na fase investigatória, pois essas testemunhas já tinham sido ouvidas, não há diligências novas que possam ratificar esse argumento ministerial. Se as provas são as mesmas, por que o delito de tráfico de drogas na forma minorada não é assim capitulado desde o princípio? É o punitivismo demonstrando sua real face, contraproducente, que inviabiliza a evolução da política-criminal.

Aplicar ou não a minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 não é mera formalidade, a qual pode ser corrigida na dosimetria da pena, trata-se de discricionariedade que impossibilita a propositura do ANPP, acordo que é mais benéfico ao réu que uma condenação, ainda que em pena restritiva de direitos. Convém destacar que a pena máxima

em abstrato para o art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006 é de 15 anos, mesmo com a incidência da minorante, que a diminui de um sexto a dois terços, a condenação ainda pode resultar em pena privativa de liberdade.

Como extensamente explorado anteriormente, o Brasil é um país que encarcera em massa, mormente por delitos relacionados à Lei de Drogas. As pesquisas da Secretaria Nacional de Políticas Penais (Senappen), demonstram que, no segundo semestre de 2022, cerca de 27,5% das pessoas privadas de liberdade tinham sido condenadas ou respondiam presas por delitos constantes na Lei nº 11.343/2006¹⁹.

O tráfico de drogas é, conforme relatório produzido pelo DEPEN²⁰, o segundo maior causador de encarceramento no Brasil, o que inegavelmente não representa nenhuma melhora na segurança pública, pelo contrário, então por que segue a política-criminal reprimendo tão fortemente esses delitos e impossibilitando a eles soluções alternativas? é um desdobramento da “guerra às drogas”, a política de desumanização e extermínio cuidadosamente empregada, que apenas gera uma ilusão de segurança na população.

No Direito Penal, nada é por acaso, desde a criminalização às consequências desta. É o que preconiza Zaffaroni e Batista (2013), ao indicarem a seletividade do sistema de justiça, desde a criação das leis (criminalização primária) a aplicação dessas ao agente criminalizado (criminalização secundária). Nesse toar, o sistema é baseado em estereótipos, consolidados por outros setores da sociedade, como as agências de comunicação e agências políticas, e seleciona os indivíduos que serão vitimizados e aqueles que serão criminalizados.

Conforme refere Reis (2022) “negar a propositura do ANPP após o recebimento da denúncia, resulta na “proibição” de se aplicar o instituto despenalizador nos casos de “tráfico privilegiado” (p. 55). Considerando o posicionamento jurisprudencial que constitui mera faculdade do Ministério Público propor ou não o ANPP, a questão fica ainda mais nebulosa, parecendo ser a defesa criminalista a única a levantar a controvérsia sobre o momento da propositura.

Aliás, Aury Lopes Jr (2021, p. 220) entende que quando preenchidos os requisitos para o oferecimento do ANPP, este passa a ser direito subjetivo do réu. Partindo desse pressuposto, caso já houvesse elementos desde a investigação indicando os requisitos do

¹⁹ SISDEPEN. **Sistema de Estatísticas Penitenciárias [banco de dados]**. Dados estatísticos do sistema penitenciário: período de julho a dezembro de 2022. Brasília-DF: SENAPPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 03 mai. 2024.

²⁰ DEPEN. **Sisdepen: Dados estatísticos do sistema penitenciário**. Período de JANEIRO a JUNHO de 2022, 12º ciclo de coleta. Disponível em: SISDEPEN — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 14 set. 2023.

tráfico privilegiado, sendo o referido acordo penal direito do réu, o momento de propositura poderia (e deveria) ser flexibilizado para estes casos.

Na prática, o impedimento na efetividade do ANPP para o delito de tráfico de drogas na forma minorada, causado pela seletividade do sistema penal, implica em não aplicar a justiça negocial para pessoas pobres e negras. Considerando que a lógica punitiva influencia diretamente na tipificação do delito, a depender da condição financeira e da cor da pele, a denúncia é oferecida por um ou outro delito, não só na delimitação do usuário e do traficante, mas também na incidência, desde o início da persecução penal, da minorante do tráfico privilegiado.

4.4 O OBJETIVO DO ANPP *VERSUS* SUA FINALIDADE: A NECESSIDADE DE REPENSAR A JUSTIÇA NEGOCIAL CONSIDERANDO PARÂMETROS SOCIAIS

O ANPP foi pensado para ser uma resposta mais célere e eficiente aos crimes menos graves, mas que não necessariamente fossem de menor potencial ofensivo (Masi, 2020, p. 269). Esse objetivo seria alcançado ao solucionar a questão sem a persecução penal, portanto, o investigado não seria submetido ao estigma de ser processado criminalmente. De fato, esse seria o modelo ideal, a perfectibilização do acordo penal, beneficiando ambas as partes, o Estado e o acusado. Todavia, como já demonstrado, essa regra não é funcional para todos os casos, devendo comportar exceções, como no caso de tráfico privilegiado.

Neste ponto, o embate passa a ser entre o objetivo inicial do ANPP, de evitar a persecução, e a sua real finalidade, que é otimizar o sistema processual penal. Considerando a resposta lenta e pouco satisfatória às partes, o sistema de justiça criminal mostra-se incapaz de resolver todos os conflitos de forma tempestiva e adequada, o que apenas se mantém pela ideia equivocada que o procedimento tradicional é o único possível para enfrentar a criminalidade (Aguiar et. al, 2023).

Nesse contexto, a justiça negocial, apresenta uma tentativa de tornar o processo penal mais célere e efetivo, assim, a não propositura do ANPP para o delito de “tráfico de drogas”, sob o argumento da denúncia ter sido recebida, não traz quaisquer benefícios, seja ao acusado ou ao Estado, que se encontra sobrecarregado. Posicionamento contrário apenas se baseia na concepção de política criminal punitivista, sem considerar a análise das consequências sociais de tal decisão. Acerca do modelo punitivista, os autores Zaffaroni e Batista esclarecem o seguinte:

O modelo punitivo é pouco apto a solucionar o conflito: quando prisoniza alguém, não resolve o conflito, mas sim o suspende, ou seja, deixa-o pendente no tempo, de vez que, por definição, exclui a vítima (ao contrário dos modelos reparador ou conciliador). É a dinâmica social que, no modelo punitivo, dissolve o conflito, lançado ao tempo para que se apague (Zaffaroni; Batista, 2013, pág. 185).

No âmago desse argumento, encontra-se a falsa percepção que apenas o aprisionamento será repreensão suficiente para esse delito, o “demonizado” tráfico de drogas, a suposta causa de toda a criminalidade existente no país. Contudo, a ideia de que a aplicação dos institutos despenalizadores gera sensação de impunidade é errônea, à medida que representa na verdade uma resposta mais célere à demanda.

Conforme defende Trennepohl (2022, p. 293), a propositura do ANPP para os delitos de “tráfico privilegiado” incentiva justamente o oposto, pois, após beneficiado pelo instituto despenalizador, este não poderá voltar a ser proposto nos próximos 5 anos, o que pode gerar a busca pela não reincidência. Notadamente, se a intenção é diminuir a sobrecarga do processo penal, isso pode ser feito a qualquer tempo, desde que não haja o trânsito em julgado, visto que o processo ainda é passível de recurso, tendo a possibilidade de movimentar a máquina do judiciário. É o que esclarece o pesquisador Diego Rodrigues Reis (2022):

Logo, considerar que o oferecimento do ANPP durante o trâmite processual esvazia a essência do instituto é assumir que não existem mais benefícios na resolução consensual para além da assunção de culpa por parte do acusado de maneira imediata (Reis, 2022, p. 59).

Cumprido salientar não pode o agente criminalizado ser prejudicado por conta de falhas sistêmicas oriundas da lógica punitivista, porque se a minorante foi reconhecida na sentença, poderia ter sido assim enquadrada desde a denúncia, considerando que as provas, em sua maioria, seguem sendo as mesmas da fase investigatória. Isso demonstra que o sistema de justiça é seletivo e se constrói através de um processo de criminalização da população mais vulnerável, para qual apenas existe o encarceramento como resposta.

Os dados demonstram que os criminalizados são em sua maioria pessoas pobres e negras, entretanto, isso não significa que estes tenham maior tendência para cometer delitos, mas sim pelo próprio etiquetamento. Em suma, para assumir a figura do “delinquente”, não basta cometer um ilícito, a sociedade apenas o definirá dessa forma caso a pessoa atenda esse estereótipo.

Assim sendo, é necessário questionar porque existe esse óbice prático à propositura do ANPP, como se sua aplicação fosse fomento à impunidade e apenas o sistema carcerário fosse suficiente para repreender esse tipo de conduta, sobretudo considerando que isso implica na admissão que a pena serve majoritariamente para satisfazer a sociedade. Como bem delimita Lopes Jr. (2021):

O processo não pode ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido. Há que se compreender que o respeito às garantias fundamentais não se confunde com impunidade, e jamais se defendeu isso. O processo é um caminho necessário para chegar-se, legitimamente, à pena (Lopes Jr, 2021, p. 37).

Assim, a justiça negocial não deve obstar os impactos sociais e fáticos que a sua aplicação (ou não) possui, não devendo o punitivismo ser empecilho para a propositura dos institutos despenalizadores, mormente quando o ANPP se mostra como possibilidade de reduzir os encarceramentos relacionados ao pequeno traficante. Do contrário, o negacionismo da política-criminal continuará, com o Estado ignorando os dados existentes quanto ao encarceramento, o perfil dos criminalizados e também as consequências de ambos.

Essa atuação não promove a segurança, ainda que seja mais fácil para o Estado considerar que sim, que o sistema funciona porque encarcera os “operários do tráfico”, pegos com algumas dezenas de gramas de maconha e outro tanto de cocaína, deixando que os verdadeiros articuladores do tráfico sigam promovendo a violência e a criminalidade (Turelli, 2021). Esses operários, meras engrenagens da máquina da criminalidade, são facilmente substituíveis, portanto, sua prisão não gera o efeito esperado. Ainda assim, segue sendo o encarceramento a medida mais aplicada e, por vezes, a única suscitada. Nessa guerra às drogas a qualquer custo, não há vitoriosos, porque:

Usuários e comerciantes não são um exército contra o qual se está combatendo, por isso é impossível vencer essa guerra. Não obstante se armarem, os comerciantes, devido às circunstâncias criadas pela própria guerra, não são soldados, não estão no meio social para o combate, nem para vencer, por isso não se pode também perder a guerra. Não se pode ganhar nem perder do mercado, o que não se pode perpetuar a guerra (Valois, 2021, p. 523)

Entretanto, não deve a justiça negocial ser “vendida” como a solução para os inúmeros problemas mencionados, não solucionará o encarceramento em massa, tampouco a seletividade na criminalização, não resolverá a crise no processo penal (quando muito poderá mitigá-la). Ainda assim, é uma via que não pode ser negada a determinados recortes

populacionais, como é feito quando a justificativa do momento de propositura do ANPP é utilizada para inviabilizar sua aplicação para o delito de tráfico privilegiado.

Sopesando o objetivo idealizado na criação do ANPP com toda a finalidade que existiu por trás de sua construção, é notável qual posicionamento representa benefícios à política-criminal e ao próprio Estado. O instituto despenalizador em comento deve ser proposto, se não a todos os delitos cabíveis que ainda não tenham tido trânsito em julgado, ao menos para os casos de tráfico privilegiado, cuja propositura apenas não ocorre em razão do próprio sistema. Não havendo delimitação legal ou jurisprudencial, insta recorrer a interpretação, a qual deve ser, incontestavelmente, em favor do réu.

Uma possível solução seria a criação de um tipo penal específico para o pequeno traficante, considerando que atualmente há grande diversidade de causas de aumento e diminuição, com grande discricionariedade por parte do Ministério Público. Ainda que o órgão acusador possa ainda escolher o tipo penal pelo qual denuncia, havendo a tipificação específica, mediante o preenchimento de requisitos, há mais meios de suscitar a questão desde o momento da denúncia.

Evidentemente a criação de um tipo penal autônomo não necessariamente solucionará a questão, entretanto, ao menos o tráfico privilegiado não seria mais tratado como mera causa de diminuição, tido como discricionariedade que pode ser corrigida na dosimetria – o que não é, considerando que este entendimento impossibilita a propositura do ANPP.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa questionou acerca da inaplicabilidade prática do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) nos delitos de tráfico privilegiado, utilizando analogicamente as divergentes decisões judiciais do STF para demonstrar o cenário de insegurança jurídica. Para isso, inicialmente foi demonstrada a importância da justiça negocial na tentativa de atenuação da crise do processo penal, constando que a busca pela eficiência processual não pode mitigar as garantias constitucionais.

O momento de propositura do ANPP seria até o recebimento da denúncia, pois, assim foi pensado. Entretanto, em que pese caber o referido instituto despenalizador no tráfico privilegiado, essa minorante é aplicada na prática apenas na sentença condenatória, portanto, haveria um óbice a depender do momento a ser considerado como o correto para a sua propositura. Justamente foi essa inaplicabilidade prática que foi investigada, aprofundando os questionamentos acerca dos motivos ocultos para isso, na “roupagem” de discussão meramente teórica reside o ódio e a guerra às drogas.

Verificou-se que nos debates acerca da retroatividade do ANPP o cerne da discordância entre os ministros do STF é justamente o momento de propositura do referido instituto despenalizador, havendo dois posicionamentos assentados: I. o marco temporal da limitação para a propositura do ANPP é o recebimento da denúncia; II. O ANPP pode ser proposto até o trânsito em julgado da ação. Esse debate ainda não foi pacificado, restando pendente o julgamento pelo Plenário do HC 185.913/DF, no qual será fixado entendimento consolidado, o qual poderá ser usado analogicamente na questão do tráfico de drogas na forma privilegiada.

Ainda assim, a questão não é meramente a retroatividade, mas sim o momento de propositura, um embate direto com a ideologia nacional de guerra às drogas, que parece determinar o encarceramento como única forma possível de combate ao tráfico de entorpecentes. As provas que ensejam a condenação por tráfico de drogas, produzidas em sua maioria na fase investigatória e repetidas na persecução penal, por meio do depoimento de policiais já ouvidos na investigação, demonstram que a não tipificação com a minorante do art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 é injustificada, baseada unicamente no punitivismo penal.

Essa não aplicação da minorante na denúncia, com aplicação apenas na sentença condenatória, impossibilita a propositura do ANPP, ao menos no caso de o recebimento da denúncia vigorar como o marco para a oferta deste acordo.

Inegavelmente, a atual política-criminal, sobretudo quanto ao combate às drogas, apenas promove o encarceramento, o qual por sua vez segue alimentando o ciclo de violência e criminalidade. Desde o advento da Lei de Drogas (nº 11.343/2006), os números de pessoas presas em decorrência de delitos envolvendo entorpecentes aumentou significativamente, representando atualmente 1/4 da massa carcerária. Aprisionou-se ainda mais em nome da segurança pública, todavia, isso gerou o efeito contrário, com a intensificação do crime organizado, articulado dentro dos próprios presídios.

Possivelmente, pesquisas futuras sobre o assunto serão acompanhadas de entendimento consolidado da Suprema Corte, o qual não solucionará automaticamente o óbice à propositura do ANPP nos delitos de tráfico privilegiado, servindo de mais um argumento defensivo, no entanto. Como o problema está relacionado com a tipificação do delito, mais especificamente na não aplicação da causa de diminuição de pena, é possível que a criação de um tipo penal próprio para o pequeno traficante possa mitigar o empecilho - ou não, considerando que a lógica punitivista acompanha o órgão acusatório por mais desde a sua criação.

Assim sendo, é necessário despojar-se da irracional guerra às drogas, ainda que esse termo não deva ser usado levemente, pois é irracional no sentido de obtenção nula de resultado, ainda que seja oriunda de um sistema cuidadosamente pensado para criminalizar e perseguir determinadas pessoas. Por tudo isso, as soluções alternativas representam importante meio para a diminuição da sobrecarga do sistema jurídico-penal, ainda que não resolva a questão em sua totalidade.

REFERÊNCIAS

—. **Regras de Tóquio:** regras mínimas padrão das Nações Unidas para a elaboração de medidas não privativas de liberdade/ Conselho Nacional de Justiça; Coordenação: Luís Geraldo Sant’Ana Lanfredi. Brasília: CNJ, 2016.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **A expansão da justiça negociada no processo penal brasileiro:** o que se pode (não) aprender da experiência americana com o *plea bargaining*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 179, n. 29, p. 177-196, mai. 2021.

AGUIAR, Júlio Cesar de; CORDEIRO, Nefi; AGUIAR, Mirella de Carvalho. **O momento processual adequado para a propositura do Acordo de Não Persecução Penal e a aplicação do direito intertemporal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 194, n. 31, p. 181-220, fev. 2023.

ALVES, Marcelo Mayora; GARCIA, Mariana Dutra de Oliveira. **Os crimes de drogas no anteprojeto de reforma penal e os custos da proibição.** Revista da Esmesc, [S.L.], v. 20, n. 26, p. 107-129, 27 nov. 2013. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14295/revistadaesmesec.v20i26.74>. Acesso em: 10 maio 2024.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **A ilusão de Segurança Jurídica: do controle da violência à violência do controle penal.** 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1997.

ANGELINI, Roberto. **A negociação das penas do Direito Italiano:** o chamado patteggiamento. Julgar: Coimbra Editora, Coimbra, n. 19, p. 221-229, 2013. Disponível em: <https://julgar.pt/wp-content/uploads/2013/01/221-229-Negocia%C3%A7%C3%A3o-penas-direito-italiano.pdf>. Acesso em: 30 mar. 2024.

BATISTA, Vera Malaguti. **Difíceis ganhos fáceis:** drogas e juventude pobre no rio de janeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2003.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal:** parte geral, 1. 17. ed. rev., ampl. e atual. de acordo com a Lei n. 12.550, de 2011. São Paulo: Saraiva, 2012.

BORGES, Lucas Limongi. **A vulnerabilidade das mulas do tráfico de drogas e o tráfico privilegiado:** uma análise dos acórdãos do stf e stj. 2019. 89 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2020. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/26909>. Acesso em: 28 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, RJ, 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 21 set. 2023.

BRASIL. **Decreto-lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941.** Código de Processo Penal. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 20 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 222.719/DF**. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, DF, 13 de março de 2023. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476741/false>. Acesso em: 19 set. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 233.147**. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 22 fev. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur496081/false>. Acesso em: 03 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.410.898**. Relator: Ministro Dias Toffoli. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 23 mar. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur476429/false>. Acesso em: 15 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.364.905**. Relatora: Ministra Rosa Weber. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 18 abr. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur462418/false>. Acesso em: 15 abr. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Habeas Corpus nº 229.525**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 25 ago. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur485415/false>. Acesso em: 20 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg no Habeas Corpus nº 236.118**, Redator Ministro Cristiano Zanin. Relator: Ministro Luiz Fux. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 07 mar. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur497995/false>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.381.730**. Relator: Ministro André Mendonça. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 29 abr. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur501661/false>. Acesso em: 10 abr. 2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ag. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo nº 1.440.278**, Tribunal Pleno. Relator: Ministro André Mendonça. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 30 jan. 2024. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur494874/false>. Acesso em: 01 maio 2024.

CARVALHO, Salo de. **A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06**. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2016.

CERQUEIRA, Daniel Ricardo de Castro. **Custo de Bem-Estar Social dos Homicídios Relacionados ao Proibicionismo das Drogas no Brasil**. Brasília, DF: Ipea, 2023. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/12132/1/Publicacao_preliminar_TD_Custo_bem_estar_social.pdf. Acesso em: 16 de abril de 2024.

DEPEN. **Dados estatísticos do sistema penitenciário.** Período de JANEIRO a JUNHO de 2022, 12º ciclo de coleta. Disponível em: SISDEPEN — Português (Brasil) (www.gov.br). Acesso em: 14 set. 2023.

DIVAN, Gabriel A. **Crítica científica de “A colaboração premiada como instrumento de política criminal”** – Um adendo sobre a necessária visão político-criminal do processo penal. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 3, n. 1, p. 417-428, jan./abr. 2017. Disponível em: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i1>. Acesso em 27 mai. 2024.

DOMINGUES, Welynton Noroefé. **A prisão preventiva no crime de tráfico quando preenchidos os requisitos do tráfico privilegiado.** Porto Alegre: Centro Universitário Faders, 2023. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/33979>. Acesso em: 01 de out. 2023.

DUCLERC, Elmir; MATOS, Lucas Vianna. **A lei anticrime e a nova disciplina jurídica da persecução pública em juízo:** pistas para uma interpretação crítica dos arts. 28 e 28-A do CPP. Revista Brasileira de Ciências Criminais, Rio de Janeiro, v. 187, n. 30, p. 233-258, jan. 2022.

FERRUGEM, Daniela. **Guerra às drogas?** Revista em Pauta, Rio de Janeiro, v. 18, n. 45, p. 44-54, 6 jan. 2020. Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.12957/rep.2020.47208>. Acesso em: 24 mar. 2024.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **17º Anuário Brasileiro de Segurança Pública.** São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2023. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2023/07/anuario-2023.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2024.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir:** nascimento da prisão. 42. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2014.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. **Perfil do processado e produção de provas nas ações criminais por tráfico de drogas:** relatório analítico nacional dos tribunais estaduais de justiça comum. Brasília, DF: Ipea, 2023. 107 p. DOI: <<http://dx.doi.org/10.38116/ri221151>>.

KARAM, Maria Lúcia. **De Crimes, Penas e Fantasias.** 2. ed. Niterói (Rj): Luam Editora Ltda., 1991.

KARAM, Maria Lúcia. **Drogas: legislação brasileira e violações a direitos fundamentais.** Texto para curso de extensão promovido pelo Núcleo de Estudos Drogas/Aids e Direitos Humanos do Laboratório de Políticas Públicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: 2010.

KARAM, Maria Lúcia. **Violência, militarização e ‘guerra às drogas’. Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para sua superação,** p. 33-38, 2015. Disponível

em:https://www.academia.edu/30331040/VIOL%C3%80NCIA_MILITARIZA%C3%87%C3%83O_E_GUERRA_%C3%80S_DROGAS. Acesso em: 01 out. 2023.

KERSHAW, Gustavo Henrique Holanda Dias; BEZERRA, Willams Álvaro Da Silva. **Acordo De Não Persecução Penal (ANPP): instrumento de justiça criminal baseado no consenso e sua conformidade constitucional**. Revista De Doutrina Jurídica, Brasília (DF), v. 113, e022005, 2022. Disponível em: <https://revistajuridica.tjdft.jus.br/index.php/rdj/article/view/763/174>. Acesso em: 21 set. 2023.

LAKATOS, Eva M. **Fundamentos de Metodologia Científica**. São Paulo: Grupo GEN, 2021. E-book. ISBN 9788597026580. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597026580/>. Acesso em: 04 out. 2023.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**: volume único. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2020. 1952 p.

LOPES JÚNIOR, Aury. **A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM**. Boletim IBCCRIM, v. 29, n. 344, p. 4-6, 2021.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021. 1247 p.

LOPES JÚNIOR, Aury; ROSA, Alexandre Moraes da; OLIVEIRA, Daniel Kessler de. **O roteiro delatado e o processo penal do espetáculo**. 2019. CONJUR. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-30/roteiro-delatado-processo-penal-espetaculo/>. Acesso em: 03 mar. 2024.

LOVATTO, Aline Correa; LOVATTO, Daniel Correa. **Confissão como (des)acordo de não persecução penal**. Revista da Defensoria Pública, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 65-84, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2>. Acesso em: 13 mar. 2024.

MARCÃO, Renato. **Tóxicos**: lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MASI, Carlo Velho. **O acordo de não persecução penal como ferramenta político-criminal de despenalização dos crimes de médio potencial ofensivo**. Revista da Defensoria Pública, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 264-293, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2>. Acesso em: 13 mar. 2024.

MASSON, Cleber. **Direito Penal: parte geral (arts. 1º a 120)**. 15. ed. Rio de Janeiro: Editora Método, 2021. 861 p.

MASSON, Cleber; MARÇAL, Vinícius. **Lei de drogas: Aspectos penais e processuais**. 2. ed. São Paulo: Método, 2019. 317 p.

MELLIM FILHO, Oscar. **Criminalização e seleção no sistema judiciário penal**. São Paulo: Ibccrim, 2010. 282 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**: volume único. 19. ed. São Paulo: Editora Forense, 2023.

OLIVEIRA NETO, Emetério Silva de; CABRAL, Gustavo César Machado. **Pena de prisão e proporcionalidade**: contribuições a partir do paradigma da justiça penal negocial. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 173, n. 28, p. 169-200, nov. 2020.

QUEIROZ, Paulo. **Direito Processual Penal: introdução**. 4. ed. São Paulo: Editora Juspodivm, 2023.

REALE JÚNIOR, Miguel; WUNDERLICH, Alexandre. **Boletim Justiça negocial e o vazio do Projeto Anticrime**. 318. ed. São Paulo: Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 2019. Disponível em: https://arquivo.ibccrim.org.br/boletim_artigo/6342-Boletim-na-integra. Acesso em: 19 abr. 2024.

REIS, Diego Rodrigues de Souza. **A impossibilidade de propositura do ANPP nos casos de "tráfico privilegiado" na jurisprudência do TJSC: um óbice à efetivação da justiça consensual. 2022**. 70 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (Ufsc), Florianópolis, 2022. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/handle/123456789/243986>. Acesso em: 19 set. 2023.

ROSA, Maria Cecília de Oliveira. **A Guerra às Drogas e as violações de direitos fundamentais com o Aval da Imprensa**. Revista Emerj, Rio de Janeiro, v. 67, n. 18, p. 570-586, fev. 2015. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_570.pdf. Acesso em: 15 mar. 2024.

SENADO FEDERAL. **Proposta de Emenda à Constituição**. Brasília, 18 abr. 2024. v. 45. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=9459638&ts=1711382545935&disposition=inline>. Acesso em: 12 abr. 2024.

SISDEPEN. Sistema de Estatísticas Penitenciárias [banco de dados]. **Dados estatísticos do sistema penitenciário**: período de julho a dezembro de 2022. Brasília-DF: SENAPPEN, 2023. Disponível em: <https://www.gov.br/senappen/pt-br/servicos/sisdepen/relatorios>. Acesso em: 03 mai. 2024.

TRENNEPOHL, Anna Karina O. V. **O acordo de não persecução penal e o crime de tráfico de entorpecentes em sua forma privilegiada como o caminho para se evitar a ausência de consequências punitivas**. Revista do CNMP. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 271 - 296. Disponível em: <https://ojs.cnmp.mp.br/index.php/revistacnmp/article/view/246/223>. Acesso em: 31 set. 2023.

TURELLA, Rogério. **Uma nova pena alternativa ao tráfico privilegiado**. 2020. 155 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2021. Disponível em: <https://repositorio.usp.br/item/003064673>. Acesso em: 28 abr. 2024.

VALOIS, Luís Carlos. **O direito penal da guerra às drogas**. 4. ed. São Paulo: Editora D'Plácido, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **As tendências de expansão da justiça criminal negocial em âmbito internacional**: a barganha como instituto importado em convergências entre sistemas. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 19, n. 76, p. 153-173, 2020. Disponível em: <https://bd.tjdft.jus.br/jspui/handle/tjdft/48137>. Acesso em: 28 abr. 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPPARELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano**: análise crítica do Patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual (Redp)*, Rio de Janeiro, v. 15, n. 1, p. 435-453, jun. 2015. Semestral. Disponível em: www.redp.com.br. Acesso em: 10 abr. 2024.

WEBER, Max. **Ciência e Política duas vocações**. 20. ed. São Paulo: Editora Cultrix, 2013.

WUNDERLICH, Alexandre; LIMA, Camile Eltz de; MARTINS-COSTA, Antonio; RAMOS, Marcelo Buttelli. **Acordo de não persecução penal**. *Revista da Defensoria Pública*, Porto Alegre, v. 26, n. 11, p. 42-64, jun. 2020. Disponível em: <https://revista.defensoria.rs.def.br/defensoria/issue/view/2>. Acesso em: 13 mar. 2024.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl Alejandro Alagia; BATISTA, Nilo Alejandro Slokar. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Guerra às Drogas e Letalidade do Sistema Penal**. *Revista Emerj*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 64, p. 115-125, dez. 2013. Disponível em: https://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista63/revista63_115.pdf. Acesso em: 24 mar. 2024.

ZIMERMANN, Vitor. **Acordo de não persecução penal: necessidade de limitação negocial**. 2022. 149 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2022. Disponível em: <https://tede2.pucrs.br/tede2/handle/tede/10690>. Acesso em: 20 set. 2023.