

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL, MEDICINA FORENSE E
CRIMINOLOGIA

JOÃO MAIA VASCONCELOS CLEMENTINO

**ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO E A
SELETIVIDADE PENAL**

A despenalização seletiva

TESE DE LÁUREA

ORIENTADOR: RENATO DE MELLO JORGE SILVEIRA

SÃO PAULO

2021

JOÃO MAIA VASCONCELOS CLEMENTINO

**Acordo de não persecução penal e a seletividade penal: a despenalização
seletiva**

Tese de Láurea apresentada ao Departamento
de Direito Penal, Medicina Forense e
Criminologia da Universidade de São Paulo –
USP, como requisito parcial para obtenção do
título de bacharel em Direito.

Orientador: Renato de Mello Jorge Silveira

João Maia Vasconcelos Clementino - Número USP 10338854

SÃO PAULO

2021

Nome: CLEMENTINO, João Maia Vasconcelos

Título: Acordo de não persecução penal e a seletividade penal

Trabalho de Conclusão de Curso (“Tese de Láurea”) apresentado à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo como requisito parcial à obtenção do título de bacharel em Direito.

Aprovado em:

Banca examinadora:

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

Prof. Dr. _____ Instituição: _____

Julgamento: _____ Assinatura: _____

RESUMO

CLEMENTINO, João Maia Vasconcelos. **Acordo de não persecução penal e a seletividade penal.** Tese de Láurea. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

No ano de 2020 entrou em vigor a Lei 13.964/2019, conhecida como "Pacote Anticrime". A lei em questão, que trouxe mudanças de grande importância no campo penal e processual penal, introduziu o acordo de não persecução penal, medida despenalizadora cabível em crimes tidos como de médio potencial ofensivo.

Em um primeiro momento, busca-se compreender como opera a seletividade penal, e de que forma ela influencia o direito penal brasileiro. Em seguida, busca-se analisar como o acordo de não persecução penal vem sendo aplicado desde sua positivação. Para tal, são utilizados dados do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal, que permitem mapear tanto as condutas criminosas em que há uma maior proporção de aplicação do acordo, quanto as condutas em que há uma menor proporção de aplicação da medida despenalizadora.

Por fim, uma vez realizada a análise de aplicação do acordo de não persecução penal, busca-se aferir em que medida a medida despenalizadora é influenciada pela lógica de seletividade penal, e quais as consequências de tal influência.

Palavras-Chave: Acordo de Não Persecução Penal. Seletividade Penal. Encarceramento. Ministério Público.

ABSTRACT

CLEMENTINO, João Maia Vasconcelos. **Acordo de não persecução penal e a seletividade penal.** Tese de Láurea. Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2021.

In 2020 took effect the law 13.964/2019, known as the "Anti-Crime Package". The law in question, which brought changes of great importance in the field of criminal law and criminal procedure, introduced the non-criminal prosecution agreement, a decriminalizing measure applicable to crimes considered to be of medium offensive potential.

At first, this essay seeks to understand how penal selectivity operates, and how it influences Brazilian criminal justice. Then, it seeks to analyze how the non-criminal prosecution agreement has been applied since its establishment. For this purpose, data from the Court of Justice of the State of São Paulo and the Federal Prosecution Service are used, which allow mapping both criminal conduct in which there is a greater proportion of application of the agreement, as well as conduct in which there is a lower proportion of application of the decriminalizing measure.

Finally, once the analysis of the application of the non-criminal prosecution agreement has been carried out, this essay seeks to assess to what extent the decriminalizing measure is influenced by the logic of penal selectivity, and what are the consequences of such influence.

Keywords: Penal Non-Persecution Agreement. Penal Selectivity. Incarceration. Public Ministry.

LISTA DE SIGLAS

ANPP: Acordo de não Persecução Penal

ECA: Estatuto da Criança e do Adolescente

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

INFOPEN: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias

MP: Ministério Público

MPF: Ministério Público Federal

PL: Projeto de Lei

STF: Supremo Tribunal Federal

TJ: Tribunal de Justiça

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. SELETIVIDADE PENAL	11
1.1. TEORIAS QUE AJUDAM A COMPREENDER A QUESTÃO	14
1.1.1. LABELLING APPROACH	14
1.1.2. DIREITO PENAL DO INIMIGO	19
1.2. CONSEQUÊNCIAS	23
1.2.1. CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS E CRIMINALIZAÇÃO DE DETERMINADAS CONDUTAS LIGADAS ÀS CLASSES MAIS PÓBRES (E NÃO CRIMINALIZAÇÃO OU EFETIVA PUNIÇÃO DE OUTRAS CONDUTAS LIGADAS ÀS CLASSES MAIS ABASTADAS)	25
1.2.2. GRANDE ENCARCERAMENTO	28
2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL	32
2.1. ORIGEM E OBJETIVOS DECLARADOS	32
2.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	34
2.3. QUESTÕES RELEVANTES	38
2.3.1. ART. 28-A, "CAPUT"	38
2.3.2. ART. 28-A, §2º, INCISO II	39
2.4 CÁRCERE X ACORDO	40
2.4.1 DADOS DO INFOPEN	41
2.4.2. DADOS OBTIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL	49
2.5. COMPARAÇÃO ENTRE DADOS DO INFOPEN E DADOS OBTIDOS JUNTO AO TJ/SP E AO MPF	52
2.5.1. INFOPEN X TJ/SP	53
2.5.2. INFOPEN X MPF	54
2.5.3. É POSSÍVEL TRAÇAR UM PERFIL SOBRE A APLICAÇÃO DO ANPP?	56
2.5.4. O ANPP CUMPRE COM OS SEUS OBJETIVOS? (DESAFOGAR O JUDICIÁRIO E DIMINUIR O ENCARCERAMENTO)	62
3. A SELETIVIDADE PENAL E O ANPP	68
CONCLUSÃO	73
BIBLIOGRAFIA	76

INTRODUÇÃO

No ano de 2019 foi criada a Lei 13.964/2019, que entraria em vigor no início do ano de 2020. Chamada de "Pacote Anticrime" pela mídia, a lei em questão chamou grande atenção não só dos estudiosos do direito penal mas também de parcela da população. A nova lei trouxe uma série de mudanças no Código Penal e também no Código de Processo Penal, sendo que algumas dessas alterações tiveram mais repercussão, como a positivação do juiz das garantias e também a figura do acordo de não persecução penal.

O acordo de não persecução penal, em que pese não nascer exatamente com a Lei 13.964/19, uma vez que já era aplicado, ainda que com algumas distinções, desde 2017, com base na Resolução 181 do Conselho Nacional do Ministério Pùblico, ganhou maior relevância e reconhecimento a partir da sua efetiva positivação, sendo tido por muitos como das mudanças mais significativas implementadas com a nova lei. Para boa parte dos juristas, o acordo de não persecução penal merecia "aplausos efusivos", e era reconhecido como "uma das coisas mais bem vindas desse pacote"¹, além de ser reconhecido como "um passo em direção a um sistema verdadeiramente acusatório"². Assim, a entrada em vigor do acordo de não persecução penal foi vista com grande entusiasmo por parte de parcela dos estudiosos do direito penal, que via com bons olhos a implementação legal de mais uma medida despenalizadora.

O acordo de não persecução penal, também chamado de "anpp", ajudou a encorpar o leque de medidas que buscavam aplicar alternativas que não a imposição de penas privativas de liberdade àqueles que cometessem infrações. Assim, o anpp passou a ser uma opção além das medidas presentes na Lei dos Juizados Especiais, como a composição dos danos civis, a transação penal e a suspensão condicional do processo, se diferenciando dessas, principalmente, por ser voltado não aos crimes de pequeno potencial ofensivo, mas aos crimes de médio potencial ofensivo.

¹ Opinião do Advogado criminalista Alberto Toron. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal> . Acesso em 20 de Outubro de 2021.

² Opinião do Advogado Edward Rocha de Carvalho. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-dez-26/lei-pacote-anticrime-cria-acordo-nao-persecucao-penal> . Acesso em 20 de Outubro de 2021.

Além do mais, o acordo de não persecução penal passou a ampliar também a lógica do direito penal negocial, que já vinha ganhando força em ordenamentos jurídicos estrangeiros e também no Brasil, possibilitando uma verdadeira negociação entre o investigado e o Ministério Público, podendo culminar no não oferecimento da denúncia e, consequentemente, na desnecessidade do início do processo penal.

De tal forma, a inovação trazida pelo art. 28-A, tal qual ocorre com outras medidas despenalizadoras e também com outras medidas de justiça negocial, possui como finalidade imediatas a diminuição na quantidade de processos criminais iniciados e, ainda, a redução nos índices de encarceramento, que são notoriamente elevados no Brasil quando comparado com outros países.

Entretanto, em que pese a existência de inicial euforia quanto a criação da lei que positivou o acordo de não persecução penal e quanto aos seus possíveis efeitos, é notório o fato do direito penal brasileiro ser altamente seletivo e maleável a depender do sujeito contra quem se aplica a lei. É dizer, o direito penal brasileiro reconhecidamente apresenta diferentes pesos e diferentes medidas a depender de quem pleiteia determinado benefício.

Assim, o presente trabalho é motivado por uma certa insegurança e ressalvas quanto ao entusiasmo que cercou o surgimento do acordo de não persecução penal. Em que pese o acordo de não persecução penal possuir um enorme potencial para corrigir uma série de questões negativas da realidade brasileira no que diz respeito ao acúmulo de processos e, principalmente, em relação aos índices alarmantes de carcerização, o nosso sistema penal é amplamente permeado por uma lógica que busca manter as classes subalternas sob controle, ao mesmo tempo que busca assegurar os interesses das classes dominantes. Assim, o presente trabalho apresentará um olhar crítico sobre o acordo de não persecução penal, buscando aferir em que medida a seletividade penal que se faz presente no Brasil é capaz de influenciar a medida despenalizadora de forma a desviá-la de atingir seus objetivos. Ou seja, a presente tese buscará não somente apontar quais são os objetivos declarados do acordo de não persecução penal, mas também verificar se os seus objetivos são, de fato, alcançados e, caso não sejam atingidos, verificar qual a influência da seletividade penal em tal ineficácia.

De tal sorte, a presente pesquisa, com um olhar criminológico, em um primeiro momento, abordará a questão da seletividade penal, trazendo seu conceito e também apresentando algumas das mais importantes teorias aptas a explicar o seu funcionamento, como a teoria do labelling approach e a teoria do direito penal do inimigo. Em seguida,

buscar-se-á explorar as consequências da seletividade penal para a realidade do direito penal brasileiro como um todo. Uma vez trabalhada a questão da seletividade penal, o objetivo será tratar sobre o acordo de não persecução penal, expondo suas origens, seus objetivos declarados, seu conceito, natureza jurídica e algumas questões relevantes sobre a norma que o positivou.

Uma vez presente as características do acordo de não persecução penal, a presente tese buscará, por meio de dados obtidos junto a órgãos responsáveis pelo seu oferecimento e homologação, aferir como, na prática, a tratativa vem sendo ofertada e, assim, traçar um perfil sobre sua aplicação. Já com esse perfil em mãos, o propósito será aferir se, de fato, o anpp cumpre com os seus objetivos e, em se verificando a existência de insuficiências, ineficácia, ou desproporções quanto à aplicação do acordo, verificar-se-á se é possível correlacionar tais anormalidades com a existência da seletividade penal.

Assim, antes de comemorar a criação do acordo de não persecução penal, o presente trabalho buscará compreender em que medida tal trativa é, de fato, benéfica para o ordenamento jurídico brasileiro e, principalmente, em que medida tal acordo é realmente favorável e útil para aqueles que são os principais prejudicados pelo direito penal pátrio.

1. SELETIVIDADE PENAL

Como ponto de partida da presente pesquisa, será necessário compreender de forma precisa e aprofundada o conceito de seletividade penal, para que, então, seja possível compreender as suas consequências e desdobramentos.

De início, é necessário destacar que o direito penal atua com a função declarada de garantir uma ordem social justa³, de modo a defender a sociedade, proteger os seus interesses e garantir e confirmar a segurança jurídica e a validade das normas⁴. Assim, a princípio, o direito penal, e sua principal sanção, que é a pena, poderiam ser compreendidos como os últimos recursos do Estado, que os utiliza diante das ofensas mais graves aos bens jurídicos mais sensíveis, ofensas essas que não podem ser prevenidas ou remediadas pelos os demais ramos do direito.

Todavia, conforme aponta Nilo Batista, em uma sociedade marcada pela notória divisão de classes, que possuem interesses antagônicos, e pela latente desigualdade social, as funções do direito penal e da pena vão muito além daquelas meramente declaradas. Segundo o autor, em uma sociedade como a brasileira, o direito penal atua de forma a proteger os interesses e valores escolhidos pelas classes dominantes. No mesmo sentido, Raúl Eugenio Zaffaroni atesta que "o discurso jurídico-penal revela-se inegavelmente como falso"⁵ e ilegítimo, além de não atuar conforme a legalidade. Para o autor, o direito penal, ao invés de proteger os bens jurídicos essenciais, exerce um papel de controle sobre os setores mais carentes da sociedade, em uma verdadeira lógica de repressão e disciplina.

Ao tratar sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos atesta que, em que pese os objetivos aparentes do direito penal e da pena estarem atrelados à repressão da criminalidade e na redução do crime, na realidade, os objetivos ocultos da prisão consistem na reprodução da criminalidade pelo recorte das formas de criminalidade das classes e grupos sociais inferiorizados e na reprodução das relações sociais, uma vez que a repressão de tal delinquência funciona como espécie de "tática de submissão ao poder" empregada pelas classes dominantes⁶. No mesmo sentido, Foucault defende que a lei é um "instrumento de

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 4. ed. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018. p. 84.

⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Renavan, 11. ed., 2007. p. 111.

⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 13.

⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 4. ed. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018. p. 82.

classe", produzido por uma classe dominante e a ser aplicado contra uma classe dominada. Assim, o sistema de justiça criminal atua como um verdadeiro mecanismo de dominação de classe, o que se dá pela gestão diferencial da criminalidade⁷.

Em suma, o direito penal deve ser concebido não como uma ferramenta absolutamente legítima que o Estado lança mão para assegurar a coesão social e evitar uma espécie de guerra de todos contra todos, mas sim como um mecanismo que objetiva, antes de tudo, o controle social⁸.

De tal sorte, para que seja possível compreender a ideia de seletividade, devemos nos afastar das premissas simbólicas do direito penal, nos atendo às suas verdadeiras funções, que são aquelas não declaradas.

Tendo em vista as verdadeiras funções do direito penal, atreladas à imposição da disciplina e à dominação das classes subalternas, podemos avançar para a compreensão do termo "seletividade penal". Conforme o dicionário de Cambridge, o termo "selectivity" significa "ato de intencionalmente escolher alguma pessoa ou alguma coisa, e não outros"⁹. Ou seja, quando falamos em seletividade penal, estamos tratando sobre o "fenômeno" por meio do qual o direito penal intencionalmente escolhe determinadas pessoas, e não outras, como seus alvos. É dizer, dentre as inúmeras condutas realizadas por inúmeros agentes, o direito busca penalizar principalmente, e com esparsas exceções, determinadas condutas praticadas por determinados agentes. A tal seleção é dado o nome de "seletividade penal".

A princípio, para os mais desatentos ou desavisados, o direito penal pode se apresentar como mecanismo justo e igualitário. Para os crentes no direito penal, este é justo, uma vez que não criminaliza pessoas por serem quem são, mas criminaliza pessoas que praticam condutas delitivas. Assim, o direito penal não estaria interessado em punir determinados agentes ou determinadas classes sociais, e nem teria os mecanismos para isso. Para os fiéis do direito penal, o interesse deste estaria restrito à prevenção de crimes, à retribuição e à proteção de bens jurídicos. Prova da impessoalidade do direito penal estaria escancarada na teoria tripartite, ou seja, só se pune aquele que realiza um ato típico, ilícito e culpável. Assim, o direito penal estaria limitado na medida estrita da planificação legal¹⁰.

⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 69-76.

⁸ BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 11. ed., 2007. p. 22: "A preponderância da função de controle social é, contudo, inquestionável".

⁹ Dicionário Cambridge: "the act of intentionally choosing some people or things and not others". Disponível em: <https://dictionary.cambridge.org/pt/dicionario/ingles/selectivity>. Acesso em 10 Junho de 2021.

¹⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 21.

Todavia, o discurso da tecnicidade e impessoalidade do direito penal cai por terra ao percebermos, por exemplo, que nem mesmo com a melhor das intenções seria possível punir todos aqueles que praticam atos ilícitos. Na verdade, caso fosse seguido à risca a efetiva punição de todas as infrações previstas nas mais variadas leis penais, "produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população"¹¹. Assim, tendo em vista que a efetiva punição de todos os crimes é tarefa indesejável e impossível de ser realizada, há uma seleção dos crimes que serão efetivamente perseguidos e punidos.

Entretanto, ainda que evidente que o direito penal atua ativamente de modo a selecionar as condutas que serão ou não efetivamente punidas, para os adeptos do direito positivado, ainda não haveria que se falar em uma seletividade que busca punir agentes específicos, mas sim que busca punir crimes específicos. Para tais seguidores do direito penal, tendo em vista que as instâncias de estado não possuem a capacidade de prender todos os infratores, elas direcionam seus esforços na punição das condutas mais graves, aquelas que afrontam os bens jurídicos mais sensíveis. Ou seja, para alguns, ainda seria legítimo defender tal seletividade, uma vez que permitiria que o Estado, ainda que não previna a sociedade do cometimento de todos os delitos, a protegeria dos delitos mais graves.

Todavia, conforme será demonstrado ao longo da presente tese, por meio de uma série de aparatos complexos e amplamente difundidos, somos convencidos a acreditar, ainda que sem verdadeiro embasamento fático, que determinadas condutas, praticadas pelos setores mais vulneráveis, são mais graves e merecedoras da tutela penal do que outras. Assim, sem que seja possível perceber de imediato, enquanto os canhões do direito penal são direcionados àqueles que são estigmatizados como "criminosos", outras condutas, muitas vezes mais graves, são deixadas de lado, justamente por serem costumeiramente praticadas pelas classes dominantes, à quem o rótulo de "criminoso" quase nunca parece se encaixar.

Na prática, ao contrário do que muitos acreditam, o sistema de justiça não serve para atenuar as desigualdades oriundas do nascimento: "no Brasil, a justiça tem enorme maleabilidade, de forma a garantir que indivíduos distintos, quando pleiteando o mesmo direito, recebam decisões diferenciadas. Por isso, diz-se que, aqui entre nós, "a lei está para ser usada seletivamente: para nossos amigos, a amizade; para nossos inimigos, a lei""¹².

¹¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 24.

¹² SOARES, Flávia Cristina. RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. Rotulação e seletividade policial: óbices à institucionalização da democracia no Brasil. Rio de Janeiro, 2018. pag. 93.

Em verdade, o sistema penal brasileiro - e sua consequência mais nefasta, que é o encarceramento - "serve bem antes à regulação da miséria, quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado"¹³. É dizer, todo o direito penal, com seus aparatos e estruturas altamente seletivas não busca defender a sociedade e seus bens jurídicos, tampouco reabilitar os criminosos, mas sim controlar populações tidas como perigosas.

Assim, tendo em vista a gravidade decorrente da aplicação e implementação da seletividade penal, é mister compreendermos quem é selecionado para sofrer as mazelas de tal sistema, e como tal seleção ocorre. Assim, devemos compreender que o poder seletivo do sistema penal atua de modo a eleger alguns candidatos à criminalização¹⁴ e, apesar de se apresentar como igualitário, atinge principalmente determinadas pessoas, integrantes de determinados grupos sociais, a pretexto de suas condutas¹⁵. De tal sorte, mostra-se imperativo conceber como se dá, na prática, a eleição dos candidatos à criminalização, além do mais, é preciso compreender como um sistema que se mostra como igualitário, na verdade, é possuidor de inúmeras distorções. Dentre as teorias aptas a explicar o fenômeno da seletividade penal, em suas mais variadas nuances, analisaremos a Teoria do Labelling Approach e a Teoria do Direito Penal do Inimigo.

1.1. TEORIAS QUE AJUDAM A COMPREENDER A QUESTÃO

1.1.1. LABELLING APPROACH

A teoria do Labelling Approach, ao partir de questionamentos como "quem é definido como desviante?", "que efeito decorre desta definição sobre o indivíduo?", "em que condições este indivíduo pode se tornar objeto de uma definição" e, ainda "quem define quem?"¹⁶, se

¹³ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: uma nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 33.

¹⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 245.

¹⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Renavan, 11. ed., 2007. p. 25.

¹⁶ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 88.

mostra como essencial para compreender a questão da seletividade. É por meio de tal teoria que é possível entender que, conforme aponta Alessandro Baratta, a criminalidade não é um simples dado ontológico pré constituído, mas sim uma realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e também pela reação social. Assim, é por meio do conteúdo do Labelling Approach que poderemos apontar que o criminoso não é um indivíduo essencialmente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo direito penal¹⁷. Ou seja, ao ajudar a compreender como alguém é rotulado como criminoso, o Labelling Approach se mostra como uma ferramenta vital e indissociável da compreensão da seleção das condutas que serão enquadradas como criminosas e, consequentemente, daqueles que serão efetivamente selecionados pelo sistema penal.

A obra "Outsiders", escrita por Howard Becker, busca contestar a ideia de que o desvio se apresenta simplesmente como infração de alguma regra geralmente aceita e que tal ato é desprovido de maior subjetividade ou complexidade. Segundo o autor, devemos ter como ponto de partida a noção de que o desvio é criado pela sociedade:

Grupos sociais criam desvio ao fazer as regras cuja infração constitui desvio, e ao aplicar essas regras a particulares e rotulá-las como outsiders. Desse ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa comete, mas uma consequência da aplicação por outros de regras e sanções a um "infrator". O desviante é alguém a quem esse rótulo foi aplicado com sucesso; o comportamento desviante é aquele que as pessoas rotulam como tal¹⁸.

Assim, de início, deve-se ter em mente que o desvio não é uma característica intrínseca de um ato, mas sim uma qualificação que as pessoas atribuem a tal ato. Na verdade, de certa forma, o comportamento é indiferente em relação às reações possíveis, na medida em que é a interpretação a responsável por definir o que será qualificado como desviante ou não¹⁹.

Além do mais, Becker aponta que o grau em que um ato será tido como desviante depende também de quem comete o ato e de quem é prejudicado por ele. De tal modo, é plenamente possível concluir que um mesmo ato, a depender de quem o realiza, pode vir a sofrer ou não uma sanção. Ou seja, "as regras tendem a ser aplicadas mais a algumas pessoas

¹⁷ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 11.

¹⁸ BECKER, Howard Saul. Outsiders: estudos de sociologia do desvio. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 23.

¹⁹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 94.

que a outras"²⁰. Na prática, não é difícil observar os efeitos de tal lógica: é muito mais provável que um jovem negro que reside em uma favela venha a ser preso por tráfico de drogas ao portar 5 gramas de maconha, do que um jovem branco, que reside em um bairro nobre, venha a ser preso ao portar 50 gramas da mesma droga. Ainda, no que tange tal exemplo, é muito mais provável que o jovem negro venha ser rotulado pelas manchetes como "traficante", enquanto que o outro jovem, de classe média, seja simplesmente chamado de "estudante"²¹.

A distinção de tratamento dado a diferentes delinquentes não é obra do acaso, mas está umbilicalmente ligada à questões de poder político e econômico. Segundo Becker, há uma lógica na criação e imposição das regras a serem seguidas em nossa sociedade: as mulheres são submetidas às leis criadas por homens; os negros são sujeitos às leis feitas pelos brancos; a classe média impõe regras a serem seguidas pela classe baixa; etc.

Aqui, importante apontar o papel da criminalização primária e da criminalização secundária no papel de criação e imposição de regras a serem seguidas. A criminalização primária está ligada ao processo de criação das normas penais, a definição dos bens jurídicos a serem protegidos, as condutas que serão criminalizadas, a qualidade e quantidade das penas e também a distribuição do poder de exercício efetivo da criminalização na sociedade²². Assim, é por meio da criminalização primária que pode-se compreender como determinada sociedade define o que é um crime.

Ao tratar sobre a criminalização primária, Becker se utiliza do termo "criadores de regras". Segundo o autor, os criadores de regras podem ser tidos como verdadeiros cruzados, porque acreditam exercer uma função sagrada. Operando com uma ética absoluta e crendo que a sua visão é inquestionável, agem diante do que acreditam ser uma insuficiência de normas já existentes, e, diante de fortes motivações humanitárias, passam a impor aos demais as suas crenças na danosidade e na necessidade de repressão de determinada conduta²³. Assim, com base nessa tarefa de criação de regras, criam-se novos delitos e, consequentemente, novos delinquentes.

²⁰ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 24.

²¹ Folha de São Paulo:

<https://www1.folha.uol.com.br/colunas/djamila-ribeiro/2020/07/negro-e-traficante-branco-e-estudante-que-faz-delivery-de-drogas.shtml>. Acesso em 12 de Junho de 2021.

²² ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al.* *Direito Penal Brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. 1. p. 43.

²³ ARAÚJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do Labelling Approach e as medidas socioeducativas*. São Paulo, 2010. p. 119.

Ao tratar da criminalização secundária, por sua vez, Becker utiliza o termo "impositores de regras". Para o autor, as cruzadas bem sucedidas possuem como resultado a criação de um novo conjunto de regras e, com isso, são gerados um novo conjunto de agências de imposição e de funcionários²⁴, como a força policial. Segundo o autor, o impositor de regras não possui o aparato necessário para atacar e lidar com todas as transgressões que são praticadas. Assim, os impositores passam a estabelecer prioridades, enfrentando os problemas mais urgentes logo de imediato, deixando outros problemas para serem lidados em uma outra oportunidade. Tal lógica leva a uma conclusão: "Se o impositor não vai atacar todos os casos de que tem conhecimento ao mesmo tempo, ele precisa ter uma base para decidir quando impor a regra, que pessoas cometendo quais atos devem ser rotuladas como desviantes. Um critério para selecionar pessoas e o "intermediário" entre a polícia e os criminosos". Além do mais, uma vez que os impositores não necessariamente têm interesse no conteúdo das regras criadas pelos criadores de regras, esses muitas vezes desenvolvem sua própria avaliação sobre a importância dos vários tipos de regras e de infrações. Ou seja, para o autor, os impostores aplicam as regras e criam outsiders de uma maneira seletiva.

Além do mais, a criação e a imposição de regras elaboradas por determinados grupos a outros grupos possui consequências que vão além da eventual elaboração de um mero desvio. Quando determinado indivíduo, membro das classes subordinadas, é pego praticando um delito, haverá importantes consequências para a sua participação social e também para a sua auto-imagem. Cometer um ato tido como impróprio faz com que o sujeito passe a ser visto como uma pessoa diferente, e, rotulada como tal, será tratada como tal. Desse modo, o delinquente passa a ostentar um status de infrator, e, junto a tal status, presumem-se que ele é possuidor de uma uma série de traços negativos:

Para ser rotulado como criminoso só é necessário cometer um único crime, isso é tudo o que o termo formalmente se refere. No entanto, a palavra traz consigo muitas conotações que especificam traços auxiliares característicos de qualquer pessoa que carregue o rótulo (...).

Assim, a detenção por um ato desviante expõe uma pessoa à probabilidade de vir a ser encarada como desviante ou indesejável em outros aspectos²⁵.

²⁴ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 160.

²⁵ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 45.

Outrossim, há status que predominam sobre outros, como a idade, o sexo, a classe social, a cor de pele ou o próprio status de desviante. Assim, primeiro identifica-se o sujeito como desviante, e depois são identificadas as suas demais características, de forma que a identificação desviante venha a se tornar dominante. Mediante tal cenário, ao se "tratar uma pessoa como se ela fosse em geral, e não em particular, desviante produz uma profecia auto-realizadora"²⁶. Na prática, tal lógica tende a produzir um verdadeiro desvio crescente, do qual o indivíduo dificilmente consegue se desvincular.

Em suma, a Teoria do Labelling Approach ajuda a demonstrar que a criação de normas não é um ato objetivo, mas um processo repleto de nuances e subjetividades. Os delitos são pensados pelas classes dominantes, e a punição de condutas leva em conta não somente a realização de determinado comportamento, mas aspectos como quem o realizou e contra quem ele foi realizado, ou seja, as instâncias de controle definem o que e quem será punido. Ainda, a criação de status desviantes costuma abarcar estereótipos atrelados às classes mais baixas, enquanto que tais rótulos excluem outros tipos de delinquências, como a de colarinho branco, criminalidade dourada, de trânsito etc²⁷. Assim, a teoria do etiquetamento nos ajuda a compreender que a criação e a imposição das regras se dá na forma de uma espécie de "funil" incriminador: de todos os comportamentos criminosos praticados, somente alguns serão efetivamente processados e punidos pelo Estado.

Em um verdadeiro sistema autoreferiado, criam-se estereótipos de criminosos e punem-se aqueles que ostentam tal estereótipo. As classes dominantes criam como estereótipo de criminoso justamente a figura daqueles que não pertencem a ela. É dizer, a imagem de criminoso não é a de um homem de meia idade, branco, de classe média, e morador de bairros de classe média alta, mas sim a imagem de um jovem, negro, pobre, morador de favela. Assim, o funil incriminador vigia e seleciona, na grande maioria dos casos, somente aqueles que possuem o estereótipo que fora criado. Assim, em uma verdadeira profecia auto-realizável, a etiqueta é aplicada não a todos os criminosos, mas aos criminosos que possuem perfil de criminoso.

Além do mais, uma vez etiquetado como tal, o indivíduo, que já traz características comumente tidas como sinônimo de criminalidade, dificilmente consegue se desvincular do status de "bandido" que fora a ele aplicado. Segundo Shecaira, "Quando os outros decidem

²⁶ BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 44.

²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 130.

que determinada pessoa é non grata, perigosa, não confiável, moralmente repugnante, eles tomarão contra tal pessoa atitudes normalmente desagradáveis, que não seriam adotadas com qualquer um. São atitudes a demonstrar a rejeição e a humilhação nos contatos interpessoais e que trazem a pessoa estigmatizada para um controle que restringirá sua liberdade. É ainda estigmatizador, porque acaba por desencadear a chamada desviação secundária e as carreiras criminais”²⁸. Assim, uma vez etiquetado como desviante, recairá sobre o indivíduo um status que dificilmente será retirado dele.

Por fim, necessário destacar que a imposição de um estigma de infrator a determinada pessoa, conforme aponta Baratta, acaba por colocar em xeque a própria ideia de prevenção e de finalidade reeducativa da pena²⁹. A imposição de um rótulo a um infrator, prática que traz consequências nefastas para todo o desenrolar de sua vida, não pode estar de acordo com uma ideia de ressocialização ou reeducação. Assim, a teoria do etiquetamento também nos ajuda a solidificar o entendimento no sentido de que o sistema penal e a própria pena, após selecionarem os seus alvos, prestam serviço a uma lógica de controle de determinadas classes sociais.

1.1.2. DIREITO PENAL DO INIMIGO

A teoria do direito penal do inimigo, formulada por Günther Jakobs, apresenta grande valia para a compreensão de como se estrutura e se fundamenta a seletividade penal que hoje se faz presente. Conforme será apontado no presente tópico, tal teoria apresenta as bases legitimantes para que determinadas pessoas sejam tidas como espécies de "não-pessoas" e, ao se aplicar tal status a elas, permite-se que seja imposto um direito penal paralelo, que é marcado pela supressão de direitos e garantias. De tal modo, é por meio de tal teoria que podemos compreender com uma maior complexidade como o direito separa os indivíduos como cidadãos e inimigos e, ao selecioná-los como inimigos, abre-se uma verdadeira brecha punitivista. Assim, com fins de compreender melhor a seletividade penal, é importante entendermos quais são os fatores que pavimentam e embasam a distinção entre cidadão e inimigo e, em seguida, aprofundar a compreensão sobre os seus efeitos e consequências.

²⁸ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020. p. 292.

²⁹ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 90.

Baseado em filósofos como Rousseau, Hobbes e Kant, Günther Jakobs estabelece que o direito pode ser tido como o vínculo entre pessoas que são titulares de direitos e deveres, enquanto que a relação com um inimigo não se determina pelo Direito, mas pela coação³⁰. Assim, o autor busca demonstrar que o status de cidadão não é algo que não se pode perder; na verdade, aquele tido como delinquente pode despedir-se arbitrariamente da sociedade por meio do seu feito. Citando Kant, o autor assevera que aquele que não participa da vida em um "estado comunitário-legal" deve ser expulso e, em todo caso, não deve ser tratado como pessoa, mas como um inimigo. Na prática, Jakobs atesta que "un individuo que no admite ser obligado a entrar en un estado de ciudadanía no puede participar de los beneficios del concepto de persona"³¹.

De tal sorte, a teoria do direito penal do inimigo está baseada na ideia de que o Estado possui o direito de buscar segurança frente a indivíduos que reincidem de modo persistente na combinação de delitos. Afinal de contas, segundo Jakobs, a prisão é justamente uma instituição jurídica. Assim, os cidadãos possuem o direito de exigir que o estado tome as medidas adequadas para assegurar a sua segurança.

Ainda, Jakobs afirma que não tratar o criminoso habitual como indivíduo perigoso, mas como pessoa que atua erroneamente, torna-se tarefa difícil, principalmente no caso em que o autor está envolvido em uma organização. A necessidade de reação frente ao perigo que emana de sua conduta que reiteradamente contraria a norma passa a ser prioridade. De tal modo, deve-se compreender que o direito penal conhece duas tendências que o regulam: "por un lado, el trato con el ciudadano, en el que se espera hasta éste exterioriza su hecho para reaccionar, con el fin de confirmar la estructura normativa de la sociedad, y por otro, el trato con el enemigo, que es interceptado muy pronto en el estadio previo y al que se combase por su peligrosidad"³².

Com base no exposto, Jakobs defende que o Estado deve separar os delinquentes entre aqueles que cometeram um erro e aqueles que, mediante uma coação, destroem o ordenamento jurídico. Para esses, deve manter-se a aplicação do direito penal "comum", enquanto que para estes, que com seus atos afrontam a manutenção da estrutura do Direito e do Estado, deve-se aplicar um direito diferenciado, que é o direito penal do inimigo.

³⁰ JAKOBS, Günther. Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Mardi (Espanha): Marcial Pons, 1997. p. 26.

³¹ Ibid. p. 40.

³² Ibid.. p. 42.

O fenômeno que busca delimitar determinados criminosos como "inimigos" e que, com isso, busca maiores punições, representa a união do punitivismo (que defende o incremento das penas como única solução aplicável) com o direito penal simbólico (a tipificação penal serve de mecanismo para criação de identidade social), dando lugar ao código do direito penal do inimigo³³. Aqui, necessário destacar que tal significado simbólico específico do direito penal do inimigo acaba abrindo a perspectiva para uma segunda característica estrutural do direito penal do inimigo: não é somente um determinado "feito" o que está na base da tipificação penal, mas também outros elementos, com a finalidade de que sirvam para a caracterização do autor como pertencente à categoria dos inimigos³⁴.

Com base no exposto, é possível chegar à principal conclusão sobre o direito penal do inimigo, que pavimenta a compreensão sobre a sua seletividade: o direito penal do inimigo não estabiliza normas, mas demoniza determinados grupos de infratores. Assim, o direito penal do inimigo não é um direito penal do feito, mas um direito penal do autor³⁵.

Uma vez compreendido o conteúdo central do direito penal do inimigo, convém apontar que tal teoria há muito se descolou da ideia de mero conceito, encontrando um amplo espectro de aplicação no mundo real. Ordenamentos jurídicos do mundo inteiro passaram a se inspirar na doutrina do direito penal do inimigo e, assim, passaram a criar leis que buscavam categorizá-los e puni-los de forma especialmente grave. No caso mais específico da América Latina, contexto em que o Brasil se encontra, o período das ditaduras, que perdurou entre as décadas de 1960 e 1980, foi marcado pela aplicação do direito penal do inimigo àqueles que se mostravam contrários aos governos ditatoriais³⁶. Como resultado, as ditaduras aplicaram penas de prisões perpétuas e penas de mortes, ainda que sem a observância de ritos legais, a milhares de "inimigos", então conhecidos como "dissidentes" ou "subversivos". De tal modo, tal período, já com forte influência da lógica de combate ao inimigo, ficou marcado pela utilização de um sistema penal subterrâneo, que se utilizava da prática decorrente de aplicação de penas de morte sem processo e de desaparecimento forçado.

No mesmo período, inaugurou-se uma das fortes marcas do direito penal do inimigo, marca essa que subsiste fortemente até os dias atuais, que é a ampla utilização da política de

³³ JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Mardi (Espanha): Marcial Pons, 1997. p. 88.

³⁴ Ibid. p. 88.

³⁵ Ibid. p. 93.

³⁶ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006. p. 39.

"guerra às drogas". Segundo Zaffaroni, na medida em que se aproximava a queda do muro de Berlim, era necessário criar um novo inimigo, que não dissidentes ou os subversivos, para justificar a alucinação de uma nova guerra e manter os níveis repressivos altos; assim, foi reforçada a guerra às drogas³⁷.

Como uma das principais e mais nefastas faces da lógica do direito penal do inimigo, a guerra às drogas levou à positivação de leis, no Brasil e nos demais países latinos, que foram marcadas pela ideia de supressão de direitos e agravamento da lógica encarceradora:

Estas leyes, que permanecen en vigencia en su mayoría, violaron el principio de legalidad, asimilaron participación y autoría, tentativa, preparación y consumación, desconocieron el principio de ofensividad, violaron la autonomía moral de la persona, penaron a enfermos e tóxicodependientes, etc. En lo procesal se crearon tribunales especiales, se introdujeron elementos inquisitoriales como el premio al delator, la habilitación del espía, el agente provocador, los testigos anónimos, los jueces y fiscales anónimos etc. Se estableció una aberrante legislación penal autoritaria³⁸.

De tal sorte, a política de drogas, tal qual a implementada no Brasil hoje, pode ser tida como uma representação fidedigna do que representa o direito penal do inimigo. Os traficantes deixam de ser tidos como meros criminosos e passam a ser vistos como verdadeiros inimigos, que buscam romper com a paz e a harmonia social, viciando jovens e destruindo famílias "de bem". Na prática, os traficantes - e também outros "tipos de criminosos" - deixam de ser vistos com base em uma conduta concreta praticada, passando a serem vistos como um tipo específico de autor. É dizer, a norma penal passa a atuar pela construção de uma determinada imagem da identidade social de determinados criminosos, que são vistos como "outros".

Entretanto, a lógica aplicada aos traficantes não se limita àqueles que traficam. É possível evidenciar que vivemos não somente uma "guerra às drogas", mas uma verdadeira espécie de "guerra ao crime" e, consequentemente, guerra aos criminosos.

Porém, em um país como o Brasil, que apresenta um dos maiores índices de desigualdade social do mundo, evidente que a "guerra ao crime" não atinge todos os infratores de igual forma. Em que pese haver criminalidade nos mais variados setores sociais, desde as classes mais altas até as classes mais baixas, o direito penal subterrâneo, que se aplica aos inimigos, parece ter preleção por determinada cor e classe social. A realidade brasileira, ao adaptar a "guerra às drogas" e a transformá-la em "guerra ao crime", de modo

³⁷ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006. p. 40.

³⁸ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006. p. 41.

indireto, leva a uma verdadeira "guerra aos pobres". Assim, o verdadeiro inimigo do direito penal brasileiro é, antes de tudo, o pobre, contra quem o sistema de "vigiar e punir" é pensado e aplicado.

Da forma diametralmente oposta, da mesma forma que há um direito penal do inimigo, há também uma espécie de "direito penal do amigo", uma espécie de direito penal do autor, porém em *bonam partem*. Diferente do direito penal do inimigo, que é aplicado a uma grande parcela de brasileiros, o direito penal do amigo é reservado para os poucos membros das elites, e possui características opostas daquele: aplica-se todas as garantias do direito penal e, inclusive, há a previsão de uma série de medidas despenalizadoras, de forma que o cárcere, que é regra para alguns, é a absoluta exceção para os "amigos".

Assim, no Brasil, o direito penal do inimigo é utilizado como base legitimadora para incapacitar e afastar do convívio social aqueles indivíduos tidos como perigosos, aos quais é dado o rótulo de "inimigo" ou, para nos adaptarmos ainda mais à realidade nacional, "bandido". Porém, aqui a ideia de inimigo sofre adaptações e se afasta, por exemplo, da ideia do terrorista, figura comum nos ordenamentos jurídicos dos países centrais. A imagem do inimigo no direito brasileiro está diretamente ligada a aspectos tais quais idade, sexo, raça, classe social e também à existência de antecedentes³⁹. Na prática, enquanto que os criminosos das classes mais altas nem mesmo são vistos como criminosos, o direito vê as classes mais baixas como contenedora dos mais variados inimigos, que vão desde traficantes de drogas, até assaltantes, furtadores etc, sendo que, para estes, o direito é mais frio e rígido, desproporcional, desprovido de benesses e com a pena de cárcere como resultado mais comum.

1.2. CONSEQUÊNCIAS

O direito aplicado no Brasil é marcado por uma série de características que são melhores explicadas por teorias como a do etiquetamento e a do direito penal do inimigo. Com base no exposto, a teoria do labelling approach nos ajuda a compreender que o criminoso não é exatamente um indivíduo essencialmente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos. Assim, tal teoria deixa claro que tanto a criação quanto a imposição de leis possui um verdadeiro filtro que cria outsiders, membros de grupos

³⁹ DIETER, Maurício Stegemann, Política Criminal Atuarial, Curitiba, 2012. p. 209.

específicos da sociedade, notavelmente aqueles mais pobres. Além do mais, é por meio da teoria do etiquetamento que compreendemos o caráter estigmatizador das penas, uma vez que após ser decretada uma pena privativa de liberdade, o indivíduo passa a ser visto como ostentador da etiqueta de desviante, status esse que dificilmente é retirado e possui consequências nefastas para aqueles que foram rotulados.

A teoria do direito penal do inimigo, por sua vez, demonstra como determinadas pessoas, também oriundas das classes sociais mais baixas, ao cometerem delitos, são vistas não meramente como criminosos, mas como verdadeiros inimigos. Assim, tal teoria é base fundante para a aplicação de um direito que rompe com as garantias constitucionais, uma vez que não penaliza os autores somente com base em seus feitos, mas os penaliza por serem quem são. Além do mais, ao mesmo tempo que o direito penal do inimigo legitima a aplicação de um direito mais punitivista e menos garantista àqueles que são tidos como inimigos, fundamenta também uma espécie de "direito penal do amigo", notavelmente aplicável às classes mais abastadas, sendo caracterizado por possuir justamente aquilo que o direito penal do inimigo vedava: garantias e mecanismos que buscam evitar a aplicação da pena privativa de liberdade.

A união das duas teorias, da teoria do etiquetamento, e da teoria do direito penal do inimigo, demonstra uma das características centrais do direito penal brasileiro, que é a sua seletividade. O direito penal pátrio etiqueta aqueles indivíduos que não serão tidos como mero infratores, dando a eles o título de inimigos. Assim, uma vez retirada a sua identidade, passam a ser pertencentes de um grupo com características únicas, comumente chamados de "bandidagem". A tais indivíduos, não há que se falar do direito penal das garantias, mas sim do direito penal subterrâneo e do status que quem passou por ele dificilmente deixará de carregar. Assim, a aplicação conjunta de tais teorias leva à existência de uma série de consequências que podem ser observadas tanto no ordenamento jurídico brasileiro, como no dia a dia. As principais consequências a serem tratadas são: (i) criação de tipos penais e a criminalização de determinadas condutas ligadas às classes mais pobres, enquanto que não há a criminalização ou efetiva punição de condutas tipicamente ligadas às classes mais abastadas e a (ii) existência de um grande encarceramento, agravado principalmente pela lógica da guerra às drogas e também marcado pelo seu caráter fortemente racial e discriminatório.

1.2.1. CRIAÇÃO DE TIPOS PENAIS E CRIMINALIZAÇÃO DE DETERMINADAS CONDUTAS LIGADAS ÀS CLASSES MAIS POBRES (E NÃO CRIMINALIZAÇÃO OU EFETIVA PUNIÇÃO DE OUTRAS CONDUTAS LIGADAS ÀS CLASSES MAIS ABASTADAS

O direito penal brasileiro possui quase que como princípio a ideia de controlar as classes mais baixas, cujos membros diariamente são rotulados como verdadeiros inimigos. Tal controle se dá principalmente por meio da sua criminalização. Assim, como consequência de tal espécie de princípio velado, são criados tipos penais que, ao mesmo tempo que objetivam controlar os mais pobres, buscam proteger os interesses das classes dominantes, que são justamente aquelas responsáveis pela formulação das leis e da sua efetiva aplicação.

Em que pese o direito penal buscar proteger as classes mais abastadas e com isso manter sob seu controle os mais pobres, evidente que essa função de vigilância e submissão não ocorre às claras. Na verdade, a lógica disciplinadora e punitiva dos mais vulneráveis se apresenta escondida sob o véu da legalidade, que sob o pretexto de que as leis são universais e possuem igual aplicação para todos, relativiza o princípio da legalidade e o utiliza como verdadeiro subterfúgio para a criação de leis que cumpram os objetivos das elite.. Assim, no mesmo sentido exposto por Baratta, também afirma Zaffaroni, "o sistema penal não atua de acordo com a realidade"⁴⁰. Segundo o autor:

O princípio da legalidade processual (ou legalidade da ação processual) exige que os órgãos do sistema penal exerçam seu poder para tentar criminalizar todos os autores de ações típicas, antijurídicas e culpáveis e que o façam de acordo com certas pautas detalhadamente explicitadas. Isto significa não apenas que o sistema penal somente exercia seu poder na medida estrita da planificação legal, como também que o sistema penal sempre - em todos os casos - deveria exercer esse poder. No entanto, uma leitura atenta das leis penais permite comprovar que a própria lei renuncia à legalidade e que o discurso jurídico-penal (saber penal) parece não perceber tal fato.

E ainda:

O saber penal só se ocupa da legalidade das matérias que o órgão legislativo quer deixar dentro de seu âmbito e, enfim, de reduzidíssima parte da realidade que, por estar dentro desse âmbito já delimitado, os órgãos executores decidem submeter-lhe⁴¹.

⁴⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 21.

⁴¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991. p. 21.

De tal modo, o legislador, responsável pela criminalização primária, dentre as vastas condutas que possuem potencial de lesar bens jurídicos, elege somente algumas delas para serem efetivamente criminalizadas. Dentre as condutas efetivamente criminalizadas há ainda a atuação dos órgão de controle do Estado, como polícia e Ministério Público, que limitam ainda mais o âmbito de condutas a serem realmente perseguidas e punidas. Aqui, desde já, importante apontar que a escolha das condutas a serem contempladas pelo direito penal não possui necessária correlação com as suas efetivas danosidades. Nesse sentido, Alessandro Baratta afirma que "o grau efetivo de tutela e a distribuição do status de criminoso é independente da gravidade das infrações à lei, no sentido de que estas não constituem a variável principal da reação criminalizante e da sua intensidade"⁴².

Assim, como vestígio de uma criminalização primária e secundária que buscam punir mais gravemente as classes mais baixas, ainda que suas condutas não sejam necessariamente aquelas que ofendem mais gravemente bens jurídicos, temos o inchaço na tipificação e na busca pela punição de dois tipos de crimes em especial, aqueles que atentam contra o patrimônio e aqueles ligados à venda de drogas.

Em uma verdadeira lógica de criação de inimigos, os "assaltantes" e os "traficantes" são vistos como as figuras mais perigosas que podem se fazer presentes em uma sociedade supostamente harmoniosa. Enquanto que os assaltantes colocam em risco o patrimônio que seus possuidores tanto lutaram para conseguir, os traficantes ameaçam o núcleo da família, ali inserindo componentes que podem levar cidadãos de bem à verdadeira ruína do vício. De tal modo, a criminalização primária e secundária não se preocupam muito, por exemplo, com a possibilidade de que o objeto furtado seja de valor ínfimo, ou que o suposto assaltante não tenha, efetivamente, ameaçado de forma grave a vítima, ou ainda, que o usuário, por livre e espontânea vontade decidiu subir o morro para adquirir determinada droga, que muitas vezes não apresenta grandes riscos à integridade do usuário ou da coletividade. A criminalização se preocupa em disponibilizar os mecanismos para eliminar tais inimigos do convívio social.

De tal sorte, com o objetivo de minar o perigo que os "assaltantes" e os "traficantes" trazem ao seio da sociedade, são previstos inúmeros tipos penais e leis especiais que sejam capazes de tomar conta deles. Além do mais, para que haja a efetiva punição destes, bilhões são investidos em polícias que vasculham ruas e mais ruas em busca de "bandidos". Àquele que opta por atentar contra o patrimônio de terceiro há a possibilidade de aplicação de uma

⁴² BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 162.

infinidade de tipos penais, como o de furto, roubo, extorsão, extorsão mediante sequestro, dentre outros. Já àquele que decide lucrar com a venda de drogas, há uma lei específica, que pune o tráfico de drogas, a associação para o tráfico e algumas outras condutas.

Além do mais, um fator em comum entre os tipos penais que buscam proteger o patrimônio e evitar o tráfico é a sua maior rigidez punitiva. Assim, ainda que crimes como o furto, determinados tipos de roubo, e o tráfico de drogas não ofereçam grandes riscos diretos a bens jurídicos valiosos, tais quais a integridade física ou a vida, são alvo de sanções mais graves do que aquelas aplicadas a tipos penais que protegem estes bens jurídicos. A título de exemplo, enquanto que o crime de furto possui pena de reclusão que varia de um a quatro anos, e de dois a oito anos, na sua forma qualificada, e o crime de tráfico de drogas possui pena de reclusão de cinco a quinze anos, o crime de maus trato, que protege a integridade física, possui tão somente a previsão de detenção de dois meses a um ano. Da mesma forma, o tipo penal de homicídio culposo, que protege o bem jurídico mais importante de todos, que é a vida, possui como pena detenção de um a três anos.

A desproporção apresentada nos presentes exemplos escancara a ânsia pela punição de determinados crimes (e criminosos), criando tipificações que nem mesmo levam em conta a gravidade que tais práticas oferecem contra os bens jurídicos ameaçados.

De modo diametralmente oposto, são mais raras as tipificações ligadas a crimes identificáveis como costumeiramente praticados pelas classes mais altas e, quando há efetiva previsão legal, as penas são notoriamente mais baixas. Além do mais, pouco é investido em agências capazes de investigar os crimes praticados por estes. A título de exemplo, no que tange as tipificações, o crime de "lavagem" de capitais possui sua pena prevista entre três e dez anos; nos crimes contra o sistema financeiro nacional, por sua vez, a maior parte dos tipos prevê penas que não avançam os seis anos de reclusão, como a divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira.

Assim, em que pese os crimes praticados pelas elites, tais quais a sonegação de impostos, a corrupção e os crimes contra o sistema financeiro, possuírem um enorme potencial danoso, podendo colocar em xeque até mesmo as reservas e empresas do país e a credibilidade do sistema financeiro, o sistema penal e os órgãos executores do Estado parecem se preocupar mais com os danos gerados por sujeitos isolados que furtam pequenos valores ou que vendem poucas quantidades de drogas.

De tal sorte, não poderia a conclusão ser outra que não a exposta por Baratta:

Através das definições legais de crimes e de penas, o legislador protege interesses e necessidades das classes e categorias sociais hegemônicas da formação social, incriminando condutas lesivas das relações de produção e de circulação da riqueza material, concentradas na criminalidade patrimonial comum, característica das classes e categorias sociais subalternas, privadas de meios materiais de subsistência animal: as definições de crimes fundadas em bens jurídicos próprios das elites econômicas e políticas da formação social garantem os interesses e as condições necessárias à existência e reprodução dessas classes sociais. Em consequência, a proteção penal seletiva de bens jurídicos das classes e grupos sociais hegemônicos pré-seleciona os sujeitos estigmatizáveis pela sanção penal - os indivíduos pertencentes às classes e grupos sociais subalternos, especialmente os contingentes marginalizados do mercado de trabalho e do consumo social, como sujeitos privados dos bens jurídicos econômicos e sociais protegidos na lei penal⁴³.

Como resultado de tal política criminal, que busca rotular os pobres, preferencialmente os jovens e negros, como verdadeiros inimigos, vemos ampliar a vigilância sobre eles e, principalmente, o vertiginoso crescimento do número de pessoas encarceradas.

1.2.2. GRANDE ENCARCERAMENTO

Com base no que fora discutido e apontado até agora, é possível constatar que o direito penal brasileiro, antes de efetivamente preservar os interesses e proteger a sociedade ou combater o crime, protege os interesses e valores pregados pelas classes dominantes, por meio da gestão diferencial da criminalidade e da garantia das relações sociais desiguais que se fazem presentes na atualidade⁴⁴. Assim, dentre as funções do direito penal, prepondera o controle social⁴⁵.

Todavia, com as políticas neoliberais, que passaram a se fazer cada vez mais presentes no cenário global e nacional nas últimas décadas, mudou-se drasticamente a relação entre o Estado e sociedade, modificando a forma como se dá o controle social por parte desse. Se antes o Estado, ainda que não de forma completamente eficaz, buscava atuar com políticas de assistência social, passou a deixar os cidadãos cada vez mais à própria sorte. Segundo Robert Castel, como resultado da implementação do neoliberalismo, o Brasil passou a enfrentar a precarização dos empregos, que passaram a ser substituídos por trabalhos temporários e

⁴³ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 164-174.

⁴⁴ SANTOS, Juarez Cirino dos. A criminologia radical. 4. ed. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018. p. 14.

⁴⁵ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. Rio de Janeiro: Renavan, 11. ed., 2007. p. 22.

informais, quando não pelo desemprego, além da ampliação das pessoas chamadas de "sobrantes", que não são integradas na sociedade e que foram invalidadas pela nova conjuntura econômica social. Além do mais, em países em desenvolvimento, tal qual o Brasil, a perservidade das transformações implementadas pelo neoliberalismo foi ainda maior, uma vez que ocorreram em uma sociedade frágil, em que ainda não havia proteções sociais a todos. Por tal motivo, as políticas neoliberais, quando não desempregaram os trabalhadores, precarizaram ainda mais o trabalho⁴⁶.

Segundo Loïc Wacquant, que trata mais especificamente sobre a realidade norte americana, mas cujas conclusões também se aplicam ao Brasil, a implementação da lógica neoliberal fez com que houvesse uma substituição progressiva de um (semi) Estado-providência por um Estado penal e policial, no seio do qual a criminalização da marginalidade e a "contenção punitiva" das categorias deserdadas faz as vezes de política social⁴⁷. Ainda, segundo o autor

A guerra contra a pobreza fora substituída por uma guerra contra os pobres, bode expiatório de todos os maiores males do país, doravante intimados a assumir a responsabilidade por si próprios, sob pena de verem atacados por uma saraivada de medidas punitivas e vexatórias destinadas, se não recolocá-los no caminho certo do emprego precário, pelo menos a minorar suas exigências e, portanto, seu peso fiscal⁴⁸.

De tal modo, com o objetivo de conter as camadas mais pobres, que cada vez mais se avolumavam, o Estado passou a se utilizar de um recurso maciço e sistemático ao encarceramento⁴⁹. Assim, o aprisionamento crescente das últimas décadas não é uma mera obra do acaso, mas um verdadeiro mecanismo de regulação da miséria, de sua perpetuação e de armazenamento dos refugos do mercado⁵⁰.

Como resultado, nas últimas décadas, o Brasil viu crescer vertiginosamente a sua população encarcerada, que aumentou mais de oito vezes entre a década de 1990 e o ano 2017, partindo de 90.000 presos e chegando a mais de 725.000 encarcerados. Atualmente, tal montante já ultrapassa 750.000 pessoas⁵¹.

⁴⁶ CASTEL, R. As metamorfoses da questão social: uma crônica do salário. Petrópolis, Brasil: Vozes. 2003.

⁴⁷ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: uma nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 19.

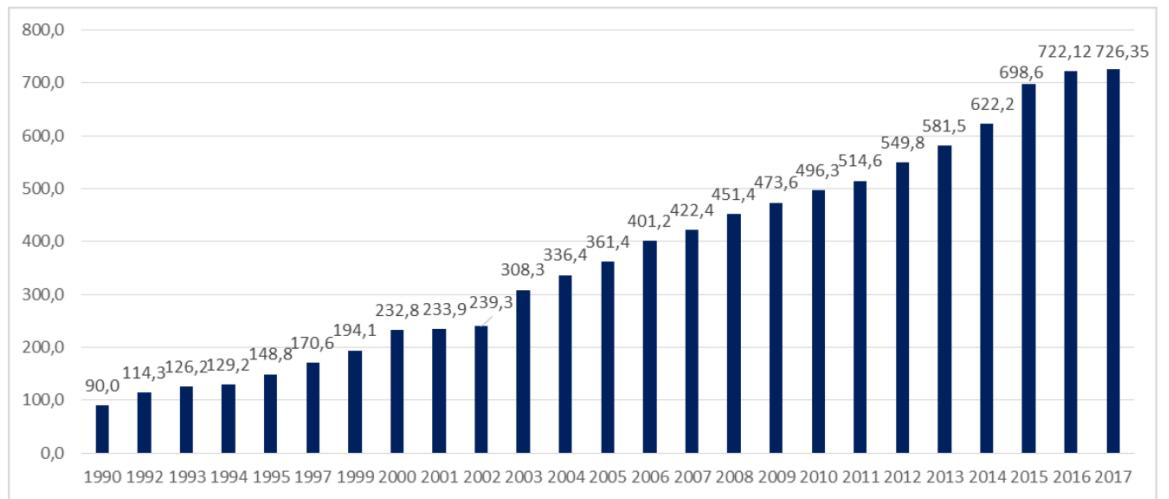
⁴⁸ Ibid. p. 20.

⁴⁹ WACQUANT, Loïc. Punir os pobres: uma nova gestão da miséria nos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Revan, 2003. p. 28.

⁵⁰ Ibid. p. 33.

⁵¹ Fonte: Infopen, 2020.

Tabela 01
Evolução do número de presos no Brasil



52

Entretanto, dentre todos os crimes que podem levar para a prisão, o inchaço do sistema penal está ligado a tipos penais específicos: os crimes patrimoniais e o tráfico de drogas. Com base nos dados fornecidos pelo último Infopen, de 2020, os crimes da lei de drogas, por si só, representam 31,3% dos crimes que levam à prisão. Já os crimes contra o patrimônio, representam 40,11% de todos os tipos penais que também levam ao cárcere. Assim, a união do tráfico de drogas e dos crimes contra o patrimônio representam mais de 70% de todas as condutas que efetivamente levam à prisão. Importante apontar que a descoberta e consequente punição da prática de tais crimes ocorre quando são perpetrados pelas classes mais baixas, e não pelos mais ricos, uma vez que, dentre outros motivos, os efetivos policiais costumeiramente procuram "assaltantes" e "traficantes" nas favelas e nos bairros pobres, e não nos condomínios de luxo. Ainda, importante destacar que tais crimes são mais facilmente descobertos, uma vez que muitas vezes apresentam materialidade facilmente constatável, sendo mais facilmente aferíveis pelas rondas policiais, que são constantes nas regiões mais pobres e, quando se fazem presentes nas regiões mais ricas, buscam não sondar os seus moradores, mas vigiar os pobres que ali se encontram. Além do

⁵² Fonte: Infopen, 2017.

mais, é "natural que as classes mais desfavorecidas deste sistema de distribuição estejam mais particularmente expostas a esta forma de desvio"⁵³.

Assim, a criminalização e a efetiva punição de "assaltantes" e de "traficantes" parece possuir um duplo papel: ao mesmo tempo que se protege o patrimônio dos mais ricos, ao perseguir aqueles que atentam contra os seus bens, ou que viciam suas famílias, pune-se e afasta-se da sociedade as classes mais baixas, que por vezes encontram na subtração e no varejo de drogas uma saída para contornar o desemprego sistêmico ou alcançar uma ascensão social que seria inviável de se atingir por meios lícitos.

De tal sorte, com base em tais finalidades, a criminalização e efetiva preferência pela punição de tais condutas leva a uma particularidade: ainda que a população brasileira seja altamente heterogênea, as prisões parecem possuir um alvo preferencial, que é o jovem, pobre e negro. Dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias apontam que 22,9% dos presos possuem entre 18 e 24 anos, e 23,9% dos presos possuem entre 25 e 29 anos. Ou seja, quase metade da população presa possui menos de 30 anos de idade. No que tange a renda ou classe social, a análise da escolaridade dos encarcerados apresenta fortes indícios de que os mais pobres são aqueles que mais povoam as penitenciárias: 57,36% dos presos não concluíram o ensino fundamental, apenas 10,9% possuem o ensino médio completo e somente 0,7% possui o ensino superior completo. Por fim, em relação à cor de pele, 66,9 % dos presos são negros ou pardos, número bem superior ao verificado na população brasileira, que apresenta 55,8% de negros e pardos. Os brancos, por sua vez, representam 31,9% dos encarcerados, enquanto que constituem 43,1% da população total.

2. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

2.1. ORIGEM E OBJETIVOS DECLARADOS

O Acordo de não persecução penal, em que pese haver sido positivado pela lei 13.964/2019, possui suas origens nas resoluções 181 e 183, ambas do Conselho Nacional do

⁵³ BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

Ministério Público. Segundo o próprio CNMP, tais normativas possuíam como objetivo central a superação da "carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais" e, ainda, apresentar "soluções alternativas no Processo Penal que proporcionem celeridade na resolução dos casos menos graves, priorização dos recursos financeiros e humanos do Ministério Público e do Poder Judiciário para processamento e julgamento dos casos mais graves e minoração dos efeitos deletérios de uma sentença penal condenatória aos acusados em geral, que teriam mais uma chance de evitar uma condenação judicial, reduzindo os efeitos sociais prejudiciais da pena e desafogando os estabelecimentos prisionais"⁵⁴. Assim, com forte inspiração em práticas presentes no ordenamento jurídico de outros países, o CNMP buscou implementar novas medidas de cunho penal e processual penal que possibilitariam diminuir o número de processos que chegavam aos tribunais e, assim, aumentar a qualidade dos julgados e, além do mais, diminuir a quantidade de pessoas encarceradas. Paralelo à ocorrência de grande discussão no que tange a (in)constitucionalidade das resoluções, uma vez que, dentre outras questões, compete privativamente à União legislar sobre direito penal e processual⁵⁵, muitas das regras previstas em tais resoluções passaram a ser objeto de projetos de lei que visavam modificar o Código de Processo Penal.

Dentre tais projetos de lei, destaca-se o Projeto de Lei 10.372/2018, responsável por elaborar o que, após modificações, viria a ser o art. 28-A do Código de Processo Penal. No que tange a justificação de tal PL, expôs-se a necessidade da racionalização e priorização de recursos para que fosse possível a persecução da macro criminalidade. Assim, tal proposta pretendia dar uma nova guinada ao direito penal, que, ao gastar menos recursos e esforços no combate à criminalidade individual praticada sem violência ou grave ameaça, poderia focar no combate à criminalidade mais deletéria, que é aquela praticada pelo crime organizado e também a criminalidade. Ainda, destacava-se a existência de uma divisão em três partes muito próximas nos aproximadamente 720 mil presos que se faziam presentes no Brasil: $\frac{1}{3}$ crimes praticados com violência ou grave ameaça, $\frac{1}{3}$ crimes sem violência ou grave ameaça e $\frac{1}{3}$ relacionados ao tráfico de drogas. Além do mais, mediante o então cenário, em que quase 40% dos presos eram presos provisórios, havia necessidade de reservar as sanções privativas de liberdade para a criminalidade grave, violenta e organizada; aplicando-se, quando possível,

⁵⁴ Resolução número 181, CNMP, de 7 de agosto de 2017.

⁵⁵ Art. 22, inciso I, da Constituição Federal.

as sanções restritivas de direitos e de serviços a comunidade para as infrações penais não violentas. Para tanto, segundo o PL, indicava-se a adoção de "acordos de não persecução penal" para a hipótese de crimes cometidos sem violência ou grave ameaça. De tal sorte, implementava-se uma inovação que objetivava alcançar a punição racional, célere e eficaz das práticas delituosas, oferecendo alternativas ao encarceramento sempre que possível e adequado, e, assim, buscando desafogar a Justiça Criminal, de modo a permitir a concentração de forças no efetivo combate ao crime organizado e às infrações penais mais graves.

De tal maneira, pode-se evidenciar que a justificação do PL em questão, de forma ainda mais marcante do que já se fazia presente nas resoluções do CNMP, destaca como sendo função primordial do acordo de não persecução penal a busca por alternativas à pena privativa de liberdade, que passaria a ser uma verdadeira exceção em nosso modelo penal, acometendo tão somente condutas mais gravosas, mais especialmente os crimes praticados mediante grave ameaça ou violência. Assim, o acordo de não persecução penal nasce com o objetivo declarado de superar a lógica encarceradora que se fazia presente no Brasil e que, à época, já aprisionava mais de 720 mil pessoas.

Já no ano de 2019, o ex-juiz e então Ministro da Justiça, Sérgio Moro, apresentou ao Presidente da República a Exposição de Motivos 14/2019, tratando sobre a proposta de implementação do acordo de não persecução penal. Segundo consta em documento, o art. 28-A, responsável por descrever a figura do ANPP, estenderia a possibilidade de acordo quando o acusado confessasse o crime cuja pena máxima aplicável fosse inferior a quatro anos, praticado sem violência ou grave ameaça. Segundo o então ministro, a tendência ao acordo é inevitável e, ainda, o antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal já não correspondia aos anseios de um país de mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. De tal sorte, o acordo possuiria o condão de descongestionar os serviços judiciários, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves.

De tal sorte, reforça-se a ideia de que o acordo de não persecução penal possibilitaria desafogar o judiciário, afastando da sua seara os crimes menos graves e possibilitando a disponibilização de recursos para os casos que necessitassem de maior atenção do Estado.

2.2. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

O acordo de não persecução penal foi efetivamente positivado pela Lei 13.964/2019, lei que alterou o Código de Processo Penal e ficou conhecida popularmente como "Pacote Anticrime". Após alterações, o CPP passou a prever o art. 28-A, trazendo as seguintes disposições:

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

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Pùblico como instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Pùblico, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o **caput** deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

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

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

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

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas, insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

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

Com base no que dispõe a lei, o acordo de não persecução penal, consiste na proposição de medidas por parte do Ministério Público, na sua discussão, na aceitação e no posterior cumprimento de tais medidas por parte do investigado e, após a homologação judicial do acordo, ao final, em não havendo rescisão da tratativa, haverá a extinção da

punibilidade⁵⁶. Assim, o acordo pode ser dividido em quatro fases, sendo elas (i) a proposição, (ii) a discussão, (iii) a homologação e, por fim, (iv) o cumprimento⁵⁷.

Além do mais, a lei prevê requisitos positivos e negativos que devem ser seguidos para que o acordo possua eficácia. No que tange os requisitos positivos, faz-se necessário (i) a confissão formal e circunstanciada da prática de infração penal, (ii) a infração penal deve ser cometida sem violência ou grave ameaça e, ainda, (iii) o crime deve possuir pena mínima menor que 4 anos. Em relação aos requisitos negativos, o acordo de não persecução penal poderá ser proposto caso (i) não seja caso de arquivamento, (ii) não for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei, (iii) não ser o investigado reincidente ou haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificante as infrações penais pretéritas, (iv) não ter sido o agente beneficiado nos 5 anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo e, por fim, (v) não serem crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

Ainda, importante destacar que o acordo de não persecução penal reforça a ideia, inaugurada pela Lei 9.099/95, de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública. Assim, além das medidas despenalizadoras previstas pela Lei 9.099/95, tais quais a composição dos danos civil, a transação penal e a suspensão condicional do processo, a Lei 13.964/2019 amplia o espectro de aplicação da justiça negocial no Brasil, inaugurando uma nova modalidade de negócio jurídico processual⁵⁸.

Neste ponto, importante abordar a discussão doutrinária que se faz presente no que diz respeito à afirmação da natureza jurídica do acordo de não persecução penal. Parcela da doutrina defende que, uma vez preenchidos os requisitos legais, o acordo deve ser tido como direito subjetivo do imputado⁵⁹. É dizer, uma vez presentes os pressupostos legais para a efetivação do acordo, em havendo os requisitos positivos e ausentes os negativos, é obrigação do Ministério Público ofertá-lo ao investigado. De tal sorte, a negativa do acordo de não

⁵⁶ DEZEM, Guilherme Madeira. SOUZA, Luciano Anderson. Comentários ao Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019. São Paulo: RT, 2020.

⁵⁷ AMORIM, Bruna Martins. AKERMAN, William. Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

⁵⁸ LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

⁵⁹ Idem.

persecução penal, quando atendidos os seus pressupostos legais, "caracterizaria clara atividade erosiva do Estado ao direito de liberdade do investigado"⁶⁰.

Para uma outra parcela da doutrina, o texto da norma é expresso ao enunciar que as condições a serem estabelecidas no acordo devem ser ajustadas pelas partes, de forma que não é possível falar propriamente em um direito público subjetivo do imputado⁶¹. Todavia, para os defensores de tal ponto de vista, não há que se reconhecer uma discricionariedade ampla ao Ministério Público, uma vez que o instituto não funda um sistema de livre oportunidade e conveniência, estando, na verdade, restrito aos limites constitucionais da legalidade, conforme o art. 37 da Constituição Federal. Assim, a segunda corrente defende que, em não havendo discricionariedade ampla na atuação do MP, a proposta do ANPP deve ser vista como um poder-dever, proporcional e compatível com a infração imputada.

Todavia, faz-se presente também uma terceira corrente doutrinária, que defende que o oferecimento do acordo se apresenta como uma espécie de faculdade do Ministério Público. Os defensores de tal ponto de vista destacam que o parágrafo segundo do art. 28-A, prevê uma mera opção ao Ministério Público, conforme expressa o verbo "poderá": "*o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprevação e prevenção do crime*". Para os defensores de tal ponto de vista, o acordo de não persecução penal representa "a convergência de vontades e o consenso implica na necessidade de participação das partes"⁶² e qualquer obrigatoriedade ou imposição frente ao Parquet apresentaria ofensa à consensualidade do instituto. Tal entendimento é corroborado pelo Supremo Tribunal Federal, que, em recente julgado, afirmou o seguinte:

Se estiverem presentes os requisitos descritos em lei, esse novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do acordo de não persecução penal, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. Simplesmente, permite ao Parquet a opção, devidamente fundamentada, entre denunciar ou realizar o acordo de não persecução penal, a partir da estratégia de política criminal adotada pela instituição⁶³.

⁶⁰ RESENDE, Augusto César Leite. Direito (Subjetivo) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões à Luz da Teoria dos Direitos Fundamentais.

⁶¹ LUCCHESI, Guilherme Brenner. Sobre a discricionariedade do Ministério Público no anpp e o seu controle jurisdicional: uma proposta pela legalidade.

⁶² CUNHA, Rogério Sanches. Acordo de não persecução penal, Rogério Sanches, 2020.

⁶³ HC 191124 AgR, Relator(a): ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, julgado em 08/04/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-069 DIVULG 12-04-2021 PUBLIC 13-04-2021.

2.3. QUESTÕES RELEVANTES

O objetivo do presente tópico é refletir sobre dois pontos presentes no art. 28-A, aspectos que, a princípio, permitem que o Ministério Público atue com ampla discricionariedade no que tange a aplicação do acordo de não persecução penal frente a casos concretos. Conforme será demonstrado na presente análise, a presença de subjetividades no art. 28-A possuem o condão de subordinar aspectos formais e objetivos presentes na lei, a subjetividades e juízos de valor por parte dos membros do Ministério Público, podendo tornar inócula a alteração legislativa e esvaziar o instituto criado⁶⁴.

2.3.1. ART. 28-A, "CAPUT"

Um ponto central no que tange a aplicação do acordo de não persecução penal está ligado ao que descreve o seu "caput". Segundo a prescrição legal, *"o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime"*. Aqui, em que pese a parte inicial do "caput" do artigo, e também os incisos de I a V, serem marcados por uma maior objetividade, tem-se uma notória subjetividade no que diz respeito ao exame de necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime. A normativa em questão parece romper frontalmente com o princípio da legalidade, que veda leis vagas, indeterminadas ou imprecisas, conforme afirma Roxin: "uma lei indeterminada ou imprecisa, por isso mesmo, pouco clara não pode proteger o cidadão da arbitrariedade, porque não implica uma auto limitação do ius puniendi estatal, ao qual se possa recorrer"⁶⁵. A subjetividade que ora se faz presente, a princípio, possui o condão de abrir margem para a discricionariedade e até mesmo para o arbítrio do Ministério Público, que poderá se utilizar dessa espécie de "válvula de escape" normativa para negar o acordo de persecução penal em casos que, legalmente, o acordo poderia ser aplicável⁶⁶. É dizer, a norma

⁶⁴ "George Orwell e o acordo de não persecução penal". Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/george-orwell-e-o-acordo-de-nao-persecucao-penal-16092021>. Acesso em 20 de Setembro de 2021.

⁶⁵ ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid (Espanha): Thomson Civitas, 2006.

⁶⁶ AMORIM, Bruna Martins. AKERMAN, William. Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

em questão prevê aspectos objetivos para regulamentar a possibilidade ou não de aplicação do acordo de não persecução penal, como o crime não se dar mediante violência ou grave ameaça, a pena ser inferior a quatro anos e ser necessário seguir determinadas condições, como reparar o dano ou renunciar a bens e direitos, porém, é perfeitamente possível que tais aspectos, de cunho objetivo, acabem sendo colocados em segundo plano, sendo condicionados à um juízo de valor do membro do Ministério Público frente ao caso concreto. Assim, ainda que presente os requisitos permissivos e ausentes os requisitos proibitivos, há plena possibilidade do acordo de não persecução penal não ser ofertado caso o promotor acredite, por qualquer motivo que seja, que o acordo não seja suficiente para reprovação e prevenção do crime.

2.3.2. ART. 28-A, §2º, INCISO II

O segundo aspecto a ser analisado no artigo que positiva o acordo de não persecução penal está atrelado à exigência prevista no §2º, inciso II do art. 28-A, que estipula que o acordo não será aplicável nos casos em que "*o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas*". Na situação em questão temos a previsão de hipóteses que, caso presentes, são suficientes para afastar a possibilidade de aplicação do ANPP, ainda que o agente cumpra com todos os requisitos positivos e não se fizerem presentes os imperativos negativos. No presente caso, assim como ocorre com a previsão do "caput" do artigo, a norma se apoia em conceitos amplos e abstratos, levando a uma verdadeira afronta ao princípio da legalidade e à taxatividade, que decorre desse. Com exceção do conceito de reincidência, que não levanta dúvidas quanto ao seu significado, mais uma vez, todos os aspectos objetivos e concretos da norma acabam sendo subordinados a conceitos indeterminados e imprecisos, que vedam aplicação do acordo no caso de conduta criminosa "habitual", "reiterada", ou "profissional". Necessário destacar que há uma verdadeira dificuldade, tanto por parte da doutrina quanto por parte da jurisprudência em conceituar e delimitar o significado de tais expressões. Todavia, a inexatidão de tais conceitos não apresenta obstáculos à sua aplicação em casos concretos, em que são afastados direitos e

garantias a investigados e réus que supostamente são tidos como criminosos habituais, que praticam condutas de forma reiterada ou profissional.

De tal modo, ao que tudo indica, a norma em questão dá margem suficiente para que o Ministério Público aja com discricionariedade e até mesmo arbitrariedade frente a casos em que veja qualquer indício da presença de tais requisitos negativos, restringindo ainda mais o alcance e a amplitude do acordo de não persecução penal.

2.4. CÁRCERE X ACORDO

Tendo em vista os objetivos declarados do acordo de não persecução penal, que são (i) desafogar o judiciário e, principalmente, para o fins da presente análise, (ii) diminuir o número de indivíduos encarcerados, por meio do presente tópico buscar-se-á comparar as condutas passíveis de aplicação de acordo de não persecução penal que mais levam pessoas ao cárcere com as condutas que efetivamente levaram à uma maior homologação de tais acordos. Assim, buscar-se-á analisar a forma como o acordo de não persecução penal vem sendo aplicado na prática, objetivando delimitar quais são as práticas delituosas a que se aplica tal acordo, bem como delimitar quais as práticas delituosas em que, ainda que haja permissivo legal, não são aplicadas as tratativas. A análise do campo de aplicação do ANPP permitirá evidenciar, em um primeiro momento, como se dá a aplicação do acordo por parte do Ministério Público e, mais adiante, possibilitar-se-á averiguar em que medida a seletividade penal, fortemente influenciada pela lógica de direito penal do inimigo e pelo etiquetamento, influencia, ou não, o oferecimento e efetiva aplicação dos acordos de não persecução penal.

Para que seja possível a análise da aplicação prática do ANPP, no presente tópico, serão demonstrados, em um primeiro momento, dados do Infopen (Levantamento de Informações Penitenciárias), uma vez que tais dados permitirão constatar a quantidade de indivíduos que atualmente se encontram presos por terem praticados crimes cuja pena mínima seja inferior a quatro anos e que tenham sido praticados sem violência ou grave ameaça. Em um segundo momento, serão apresentados dados obtidos mediante consulta realizada junto ao

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Ministério Público Federal⁶⁷, que tratam sobre a realização de acordos de não persecução penal.

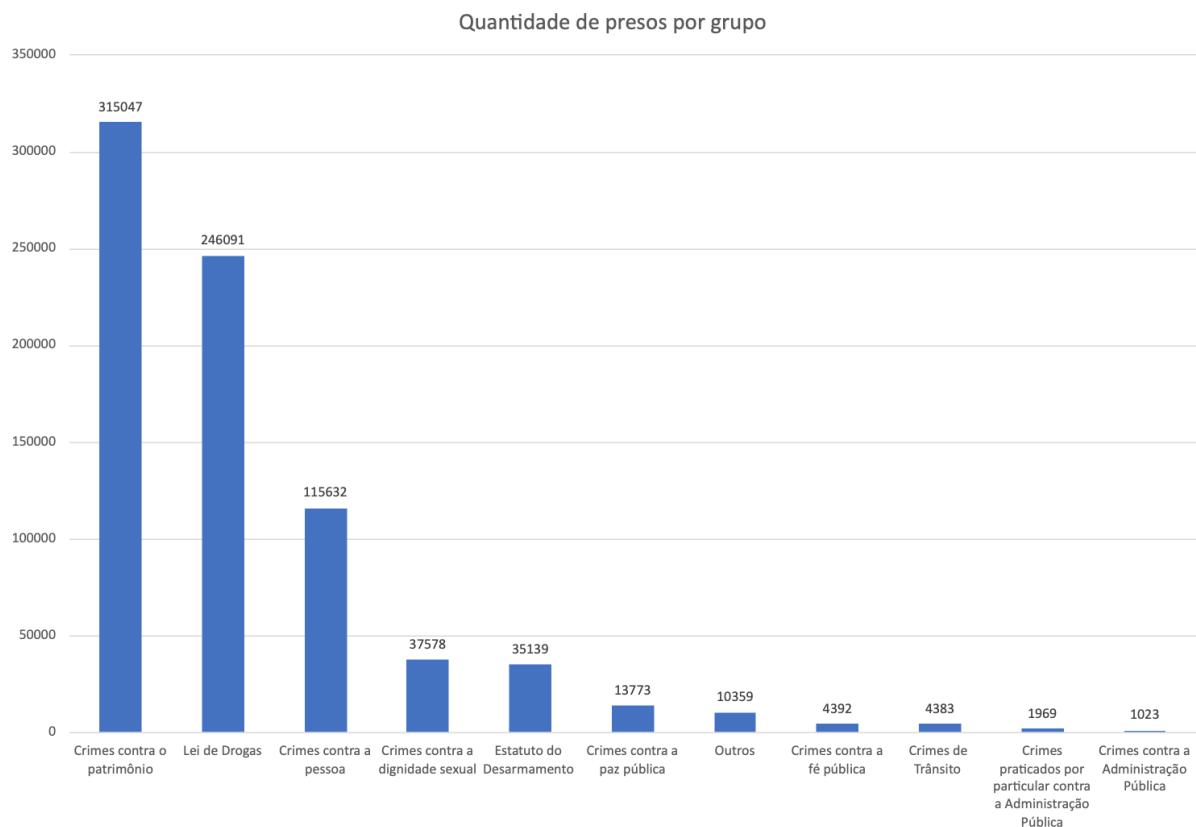
2.4.1. DADOS DO INFOPEN

O Infopen de 2020 apresenta um compilado com os números de crimes tentados ou consumados pelos quais as pessoas privadas de liberdade foram condenadas ou aguardam julgamento. Com base em tais dados, evidencia-se que há, atualmente, 750.974 pessoas encarceradas no Brasil.

Levando em conta os crimes praticados pelos 750.974 presos, dentre as condutas que mais levam ao cárcere, destacam-se os crimes contra o patrimônio, seguidos pelos crimes da lei de drogas e, ainda, os crimes contra a pessoa. Também levando em conta o total de presos, dentre os crimes que menos levam pessoas à cadeia, em primeiro lugar encontram-se os crimes contra a administração pública, seguidos pelos crimes praticados por particular contra a administração pública e, ainda, os crimes contra a fé pública (tabela ela02).

⁶⁷ Os dados sobre o acordo de não persecução penal foram obtidos junto aos órgãos em questão por meio da Lei de Acesso à Informação, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Os dados dizem respeito ao período que se deu entre janeiro de 2020 e agosto de 2021.

Além dos dados obtidos, também foram solicitados os dados juntos ao TRF da 3a Região, todavia o Tribunal não possuía compilação sobre os ANPP por ele homologados.

Tabela 02

Entretanto, evidente que nem todos os mais de 750 mil presos cometeram atos que preenchem os requisitos que possibilitam a aplicação do acordo de não persecução penal. Dentre eles, há uma série de pessoas que cometeram crimes com violência ou grave ameaça, como homicídio, roubo qualificado, latrocínio ou estupro. Ainda, parcela significativa das condutas analisadas, ainda que não tenha sido realizada com violência ou grave ameaça, consiste em tipos penais cuja pena mínima supera os quatro anos, sendo o tráfico de drogas a conduta mais relevante dentre estas.

No que tange o tráfico de drogas, importante apontar que, via de regra, sua pena mínima é de cinco anos, superando a pena mínima de quatro anos, limite para a aplicação do anpp. Entretanto, nos casos em que o agente é primário, de bons antecedentes, não se dedica a delitos nem integra organização criminosa, a pena pode ser reduzida em até $\frac{2}{3}$, chegando ao mínimo legal de um ano e oito meses, conforme estipula o art. 33, parágrafo 4º da Lei de Drogas. Neste ponto, importante apontar que, ainda que deva ser aplicado ao tráfico privilegiado sanções penais que não a pena privativa de liberdade, na prática há o reiterado descumprimento da jurisprudência das cortes superiores, o que, com efeito, faz com que

milhares de pessoas estejam presas pela prática de tráfico de drogas quando, na verdade, deveriam responder em liberdade⁶⁸. De tal sorte, ainda que inexistentes dados sobre a quantidade de pessoas que se encontram encarceradas ilegalmente pela prática de tráfico privilegiado, inegável que parcela relevante dos presos por tráfico de drogas, na verdade, estariam aptos a participarem de acordo de não persecução penal.

De tal modo, mediante a impossibilidade de apontar quantos dos presos por tráfico cometeram a conduta criminosa, na verdade, em sua modalidade privilegiada, foram elaboradas duas tabelas que apontam a porcentagem de pessoas presas que, teoricamente, poderiam ser beneficiadas pelo acordo de não persecução penal⁶⁹. Na Tabela 03 considera-se que todos aqueles que se encontram presos pela prática de tráfico de drogas como aptos a celebrar acordo de não persecução penal. A Tabela 04, por sua vez, considera situação diametralmente oposta, caso em que nenhuma das pessoas presas por tráfico de drogas tenha praticado, em realidade, tráfico privilegiado.

⁶⁸ Segundo o voto do Ministro Rogerio Schietti Cruz, no HC no 596.603-SP, de 2020, "Colaciona tabela com mais de cem decisões recentes do TJSP, em que, a despeito do reconhecimento do tráfico privilegiado, fora fixado o regime inicial fechado, decisões essas que foram impugnadas perante o STJ e cujo índice de reforma foi de 77,8%. Traz, também, resposta da Secretaria de Administração Penitenciária do Estado de São Paulo ao ofício da Defensoria Pública, a qual registra que, atualmente, 1.018 pessoas cumprem sanção de 1 ano e 8 meses no modo mais gravoso, por condenação pelo tráfico privilegiado".

⁶⁹ Não é o objetivo do presente trabalho aprofundar a questão da retroatividade do acordo de não persecução penal. Assim, ainda que parcela relevante da doutrina defende que o anpp seja norma de natureza mista (penal e processual penal), o que levaria à sua retroatividade, tangenciar-se-á tal discussão.

Tabela 03
Possibilidade de aplicação do ANPP

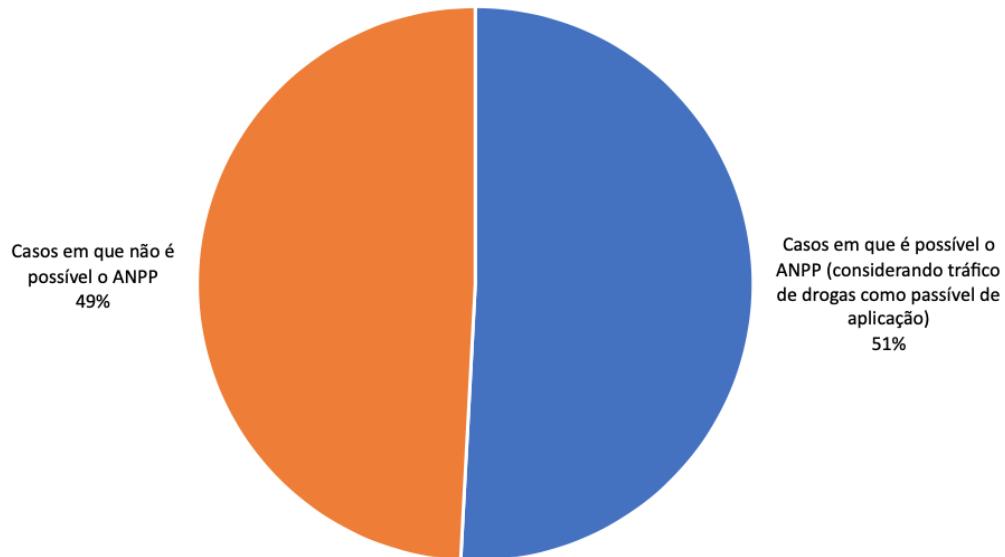
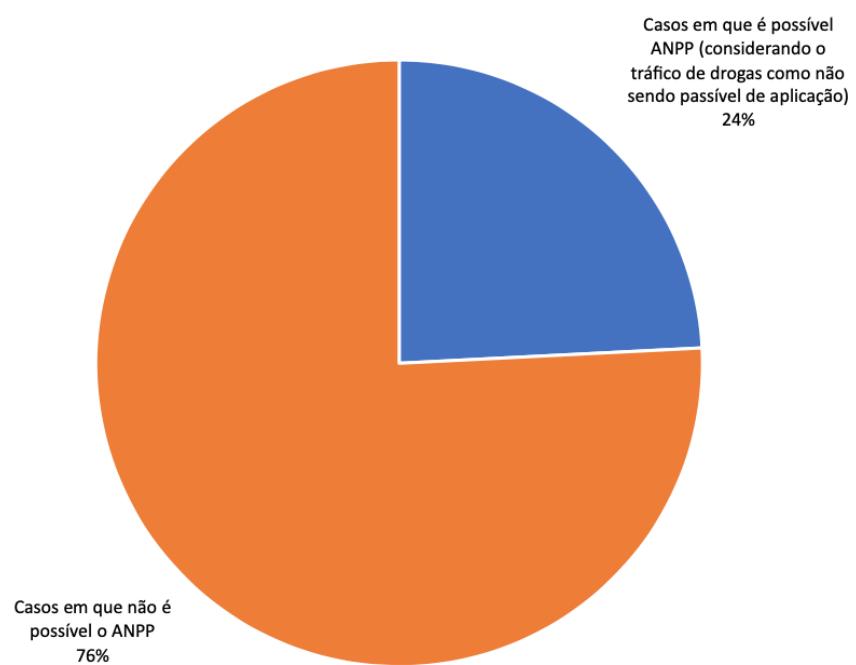


Tabela 04
Possibilidade de aplicação do ANPP



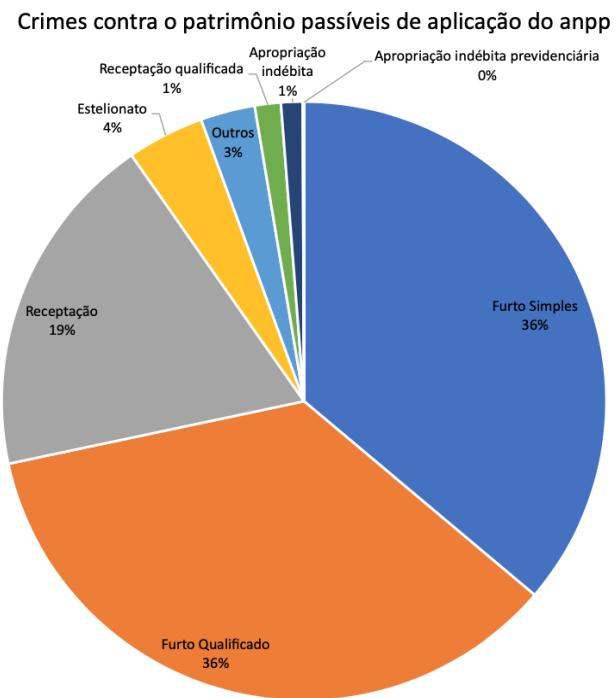
Com base nos gráficos em questão é possível observar que o acordo de não persecução penal possui uma enorme capacidade de atingir os objetivos que motivaram a sua positivação. No melhor dos cenários, abordado pela Tabela 03, mais da metade de todos os ilícitos que levam à prisão poderiam ser beneficiados pela aplicação do acordo. É dizer, das mais de 750 mil pessoas que se encontram presas, com a criação e positivação do anpp, teoricamente, mais de 382 mil delas poderiam estar em liberdade. Já no pior dos cenários, abordado pela Tabela 04, 24% das pessoas que atualmente se encontram presas poderiam ser beneficiadas pelo anpp. Mediante tal cenário, em que não haveria aplicação do acordo a nenhuma das pessoas incriminadas pela prática de tráfico de drogas, cerca de 180 mil pessoas ainda poderiam ser beneficiadas pela aplicação de sanções mais leves que a de privação de liberdade.

De tal sorte, a análise da Tabela 03 e da Tabela 04 permite evidenciar que o acordo de não persecução penal, ainda que não resolva de forma final a questão da morosidade judicial e a questão do encarceramento em massa, questões que exigem a realização de mudanças drásticas no que diz respeito às políticas criminais atualmente em voga, pode ser visto como uma ferramenta com grande potencial e capacidade para realizar grandes mudanças na realidade social, podendo representar um verdadeiro marco no desencarceramento.

Uma vez compreendido qual o potencial de aplicação do acordo de não persecução penal, importante delimitar, dentre as condutas que efetivamente levam à prisão, quais são aquelas que mais poderiam ser beneficiadas pelo anpp e quais são aquelas que possuem menor potencial de serem influenciadas por tal tratativa.

Tabela 05

A tabela 05, já excluindo os crimes em que não se aplica o acordo de não persecução penal, busca demonstrar quais são os grupos de ilícitos cujos agentes mais podem se beneficiar com o anpp. Com base em tal tabela, evidencia-se um grande potencial do acordo em diminuir o encarceramento, principalmente, das condutas que atentam contra o patrimônio, os crimes de drogas (na tabela em questão leva-se em conta somente o crime de associação para o tráfico, conforme será explicado em seguida) e, por fim, crimes previstos no estatuto do desarmamento. Desde já, é possível destacar a menor relevância potencial do acordo de não persecução penal em relação aos crimes de trânsito, crimes praticados por particular contra a administração pública, crimes contra a dignidade sexual, crimes contra a administração pública e crimes contra o meio ambiente, uma vez que tais grupos, somados, representam somente cerca de 7% dos ilícitos que levam ao cárcere.

Tabela 06

Os crimes contra o patrimônio representam o grupo com a maior potencialidade de aplicação do acordo de não persecução penal, representando 59.134 condutas que efetivamente levaram ao cárcere e que cumprem os requisitos exigidos pelo anpp. Dentre tais condutas, destacam-se o furto simples (33.161 casos) e o furto qualificado (32.496 casos), que, juntos, totalizam mais de 70% do total de casos, seguidos pela recepção (17.113 casos), que representa quase 20% dos crimes contra o patrimônio passíveis de aplicação do anpp. Por um outro lado, os crimes contra o patrimônio em que é possível a aplicação da tratativa mas que menos levam à prisão são o estelionato (3.791 casos), a recepção qualificada (1.276 casos), a apropriação indébita (1.057 casos) e a apropriação indébita previdenciária (65 casos) que, juntos, representam somente 6% dos casos.

O segundo grupo de maior relevância no que tange a possibilidade de aplicação do acordo de não persecução penal é o grupo atinente aos crimes ligados ao tráfico de drogas, sendo eles o crime de tráfico de drogas propriamente dito, associação para o tráfico e tráfico internacional, que, juntos, somam 246.091 casos. Das três condutas, a princípio, somente a associação para o tráfico possibilita a aplicação do anpp. As demais condutas somente permitem a aplicação do anpp se praticadas na modalidade privilegiada. Todavia, com os fins de simplificar a análise do presente trabalho, tendo em vista a impossibilidade de precisar a

quantidade de pessoas pessoas que foram presas e que erroneamente não se reconheceu o privilégio, o crime de tráfico de drogas, bem como o crime de tráfico internacional, serão excluídos do rol de condutas que permitem a aplicação do anpp. De tal sorte, ao levar-se em conta somente a prática de associação para o tráfico, há 36.810 casos em que poderia-se aplicar o anpp.

Em seguida, o grupo de crimes do Estatuto do Desarmamento representa 34.822 casos passíveis de aplicação do anpp. Tal grupo consiste nas condutas porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (21.611 casos), posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso retrito (11.617 casos) e disparo de arma de fogo (1.594 casos).

O grupo de crimes contra a paz pública, por sua vez, apresenta uma menor relevância do que os demais grupos até então apresentados. O grupo, na verdade, apresenta somente um ilícito, que é a prática de associação criminosa, representando 13.773 casos em que é possível a aplicação do anpp.

Quase empatados, e também com pequena relevância, estão os grupos de crimes contra a fé pública (4.392 casos) e os crimes de trânsito (4.383 casos). Os crimes contra a fé pública consistem em uso de documento falso (2.164 casos), falsificação de papéis, selos, sinal e documentos públicos (973 casos), falsidade ideológica (753 casos) e moeda falsa (502 casos). Os crimes de trânsito, por sua vez, estão delimitados entre os art. 303 e 312 do Código de Trânsito Brasileiro, com 3.930 casos, e homicídio culposo na condução de veículo automotor, com 453 casos.

Com relevância ainda menor, há os crimes praticados por particular contra a administração pública, divididos em contrabando ou descaminho (1.117 casos) e corrupção ativa (852 casos), totalizando 1.969 casos. Seguidos, ainda, pelos crimes contra a administração pública, divididos em peculato (744 casos), corrupção passiva (169 casos) e concussão e excesso de exação (110 casos), totalizando 1.023 casos.

Há, ainda, os crimes contra a dignidade sexual, em que é possível a aplicação do anpp somente à conduta de corrupção de menores, o que representa 1.214 casos.

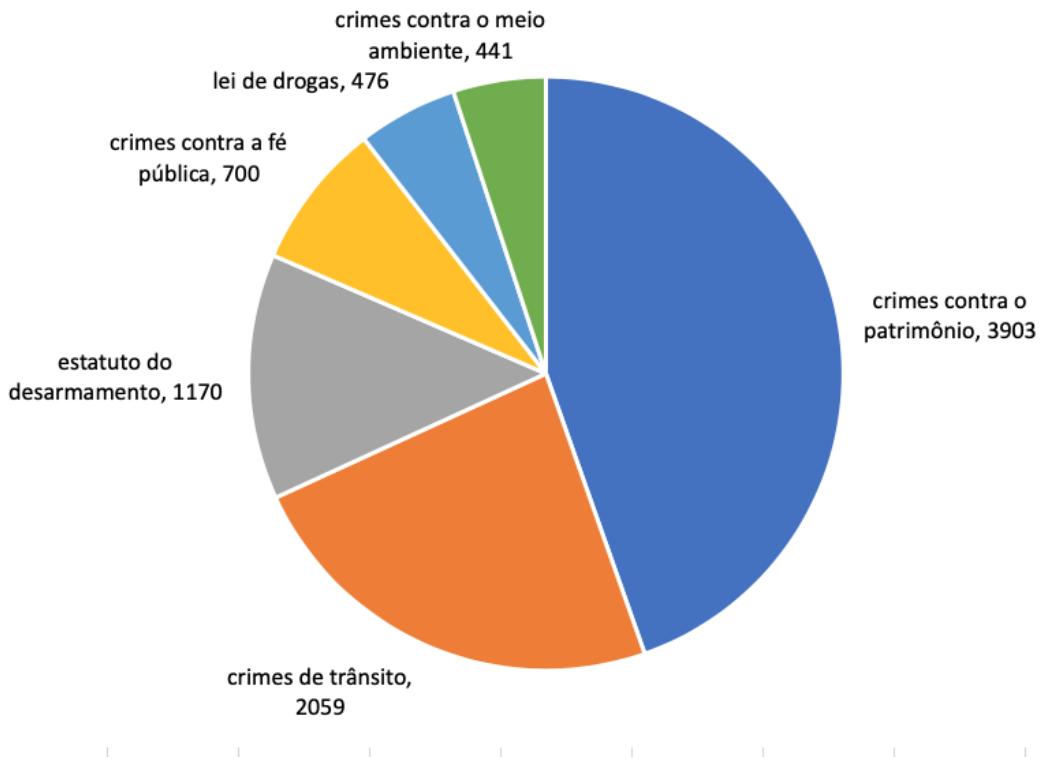
Por fim, no que diz respeito à legislação específica, os crimes contra o meio ambiente totalizam 179 casos.

2.4.2. DADOS OBTIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO E PELO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

O objetivo do presente tópico é analisar os dados obtidos junto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e ao Ministério Público Federal, que trazem os números de acordo de não persecução penal homologados ou ofertados desde que a lei 13.964/2019 entrou em vigor. De início, necessário apontar que, diante da impossibilidade de solicitar e obter dados de todos os tribunais e ministérios públicos brasileiros sobre os anpps celebrados por eles, optou-se por solicitar informações junto ao Tribunal de Justiça de São Paulo, uma vez que este se encontra na unidade mais populosa da federação, e que apresenta os maiores números absolutos de crimes registrados⁷⁰. Optou-se também por solicitar informações junto à Justiça Federal, porém esta não possuía dados compilados no que diz respeito à homologação de acordos de não persecução penal, de tal modo, foram obtidos dados junto ao Ministério Público Federal, uma vez que este atua em crimes praticados no Brasil todo, bem como abrange condutas julgadas pelos tribunais federais. De tal sorte, em posse dos dados obtidos, buscar-se-á demonstrar, na prática, quais são as condutas em que mais se aplica o anpp, bem como compreender quais são as condutas que, ainda que presente o permissivo legal, não são beneficiadas pela medida.

No que tange o TJ/SP, este homologou um total de 11.303 acordos de não persecução penal no período compreendido entre janeiro de 2020 e junho de 2021. Do total de acordos homologados, cerca de 62% podem ser divididos em crimes contra o patrimônio, crimes de trânsito, estatuto do desarmamento, crimes contra a fé pública, crimes ligados à lei de drogas e crimes contra o meio ambiente, os demais 38% consistiram em dezenas de outras condutas que não se encaixam em grupos com maior relevância, como é o caso de condutas como injúria, desacato, contravenções penais, abandono de incapaz, desobediência, dentre outros. De tal modo, a tabela 06, com os fins de facilitar a presente análise, representa não a totalidade de acordos de não persecução penal celebrados pelo TJ/SP, mas somente os grupos que representam a maioria dos tipos penais, levando em conta, então, cerca de 62% dos acordos homologados.

⁷⁰ Segundo dados do Sinesp (Sistema Único de Segurança Pública e o Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisionais, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas) compilados em 2021, foram registradas 634.927 ocorrências criminais entre janeiro e maio de 2021 no Brasil, sendo que 174.610 casos foram registrados no Estado de São Paulo, representando 27% de todos os casos.

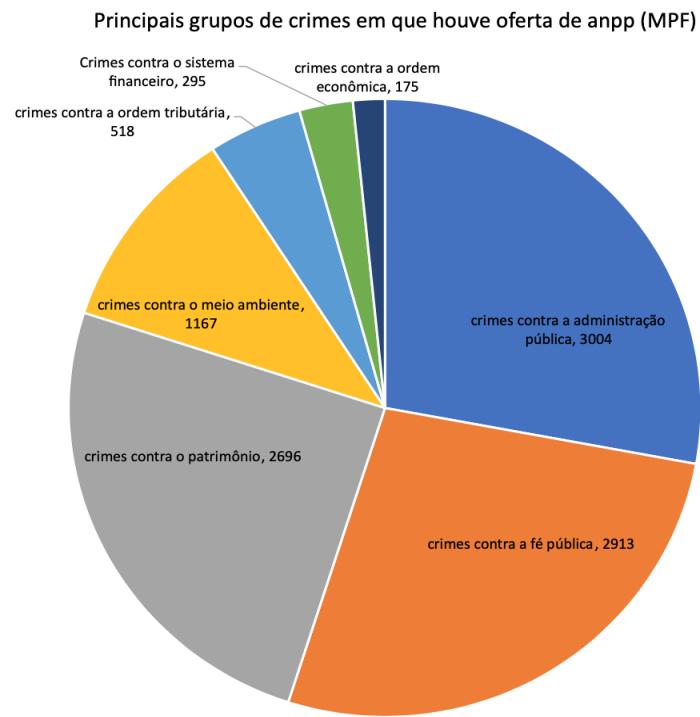
Tabela 07**Principais grupos de crimes em que houve celebração de anpp (TJ/SP)**

Dos dados que constam na Tabela 07, três índices chamam a atenção: (i) há uma grande incidência de tratativas relacionadas a crimes de trânsito (2059 acordos homologados, resultando em mais de 18% de todas as tratativas homologadas), (ii) há uma pequena incidência de tratativas relacionadas a crimes ligados à lei de drogas (476 acordos homologados, resultando em pouco mais de 4% de todas as tratativas homologadas), e (iii) há uma relevante incidência de tratativas relacionadas a crimes contra o meio ambiente (441 acordos homologados, resultando também em quase 4% de todos os acordos homologados), quantia que quase iguala a o total de acordos que tratavam de crimes ligados à lei de drogas.

No que toca aos dados obtidos pelo Ministério P\xfablico Federal, foram elaborados 12.552 acordos de n\xe3o persecu\xe7\xe3o penal no per\xf3odo que consiste entre janeiro de 2020 e junho de 2021. Desse total, 10.826 acordos, que representam mais de 86% de todos os acordos ofertados, puderam ser divididos em sete grupos, conforme demonstra a tabela 07. Os demais acordos, que totalizam 1.726, n\xf3o puderam ser enquadrados em grupos maiores, como \xe9 caso de crimes como altera\xe7\xe3o de produto destinado a fins terap\xe9uticos, crimes previstos no

ECA, crimes do código brasileiro de telecomunicações etc. Assim, com os fins de facilitar a presente análise, as condutas que não estão presentes em grupos maiores não serão levadas em consideração.

Tabela 08



Da tabela 08 é possível observar uma maior relevância dos crimes contra a administração pública e dos crimes contra a fé pública, seguidos dos crimes contra o patrimônio. No que tange os crimes contra a administração pública, tal grupo, isoladamente, corresponde a praticamente 24% de todos os anpps ofertados pelo MPF, totalizando 3.004 casos. Desse total de mais de três mil casos, os crimes de contrabando e descaminho apresentam grande destaque, representando 2.520 acordos, ou seja, mais de 80% do total de tratativas dos crimes contra a administração pública. Os crimes contra a fé pública, por sua vez, totalizam 2.913 acordos, ou seja, mais de 23% do total de acordos, sendo que as condutas "documento falso" e "moeda falsa" são de maior relevância, representando, respectivamente, 1.120 casos e 732 casos. Em seguida, com 2.696 acordos, estão os crimes contra o patrimônio, representando pouco mais de 20% do total de acordos ofertados. Em relação aos crimes contra o patrimônio, a conduta de estelionato majorado apresenta amplo destaque,

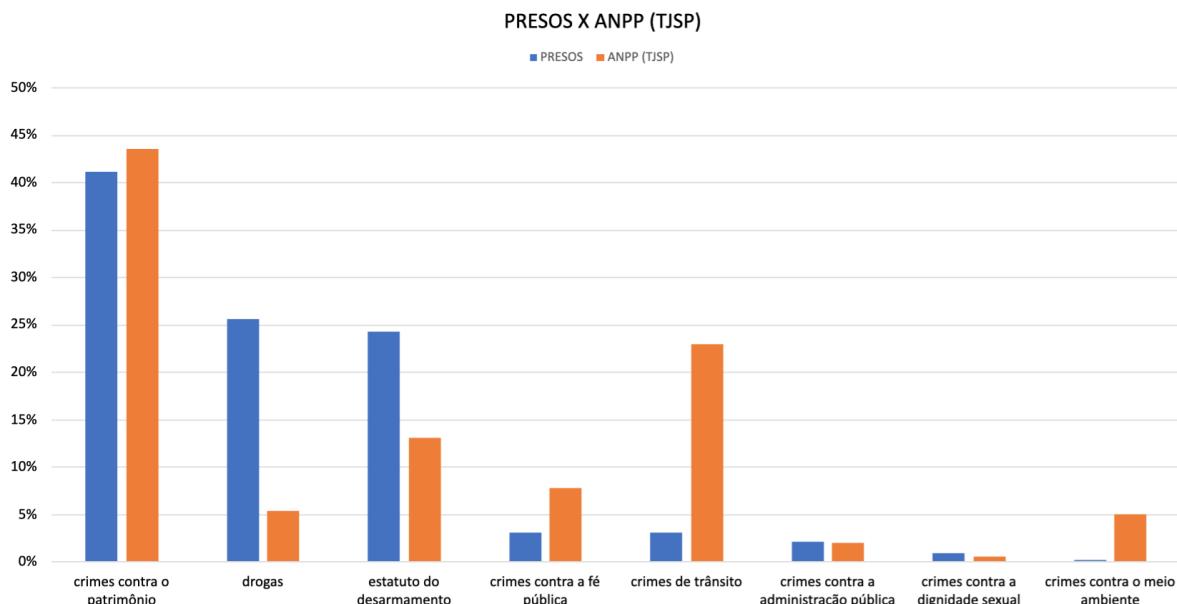
representando 2.135 acordos, ou seja, praticamente 80% de todas as tratativas atinentes a crimes contra o patrimônio. Destaque também para o grupo de crimes contra o meio ambiente, que representa 1.167 acordos, pouco menos de 10% do total de casos. Além do mais, ainda que com menor destaque, necessário apontar que os crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômica também figuram no gráfico como condutas em que foram ofertadas quantidades significativas de anpps. Por fim, importante destacar a pequena quantidade de acordos de não persecução ofertados que tratam sobre crimes da lei de drogas. No total, foram ofertadas somente 36 tratativas sobre "tráfico ilícito e uso indevido de drogas", resultando em menos de 0,3% do total de anpps negociados pelo MPF.

2.5. COMPARAÇÃO ENTRE DADOS DO INFOOPEN E DADOS OBTIDOS JUNTO AO TJ/SP E AO MPF

Uma vez analisados os dados e gráfico apresentados, que trataram, em um primeiro momento, das condutas que mais levam pessoas ao cárcere e, em um segundo momento, das condutas que mais foram beneficiadas por acordo de não persecução penal, é possível refletir como anpp é aplicado quanto ao seu objetivo de diminuir o número de pessoas presas. É dizer, com base nos dados apresentados, poderemos aferir se as condutas que proporcionalmente mais levam pessoas à cadeia são também as condutas em que proporcionalmente há uma maior oferta de acordos de não persecução penal. Assim, o objetivo do presente tópico é, por meio da utilização dos dados coletados, verificar de que modo os acordos de não persecução penal se apresentam, na prática, como uma opção apta a diminuir o encarceramento. Por fim, em não havendo correlação entre os crimes que mais levam à prisão e os crimes que mais são beneficiados pelo anpp, buscar-se-á analisar em quais tipos de ilícitos há uma maior desproporção entre o encarceramento e a oferta de tratativas.

2.5.1. INFOOPEN X TJ/SP

A Tabela 09 apresenta um comparativo entre os dados do Infopen e dados dos anpps ofertados no âmbito da justiça de São Paulo. Levando em conta não todos os crimes ou todos os acordos, mas os principais grupos de delitos, como os crimes contra o patrimônio, crimes da lei de drogas, dentre outros, podemos observar algumas convergências e outras divergências. A principal convergência diz respeito aos crimes contra o patrimônio: em relação aos grupos de crimes ora examinados, os crimes contra o patrimônio representam pouco mais de 40% do total das condutas que resultam em prisão, ao passo que também representam pouco mais de 40% das condutas em que há oferta de acordo de não persecução penal. Todavia, tal equivalência não se repete no que diz respeito a outros grupos, como nos da lei de drogas. No caso em questão, há uma grande disparidade entre a porcentagem de pessoas que são presas pela conduta de associação para o tráfico de drogas e a porcentagem de pessoas que, ao cometêrem tal delito, são beneficiadas pelo anpp. De um lado, enquanto que a associação para o tráfico de drogas representa mais de 25% dos presos pelas condutas em análise, somente cerca de 5% das pessoas que o cometem são beneficiadas com a tratativa, índice cinco vezes menor. No caso em questão, é notória a existência de uma verdadeira espécie de desproporção "*in malam partem*". O grupo de crimes do estatuto do desarmamento também apresenta uma significativa desproporção maléfica, com uma maior proporção de presos do que de oferta de tratativas. Nos grupos de crimes contra a fé pública, crimes de trânsito e crimes contra o meio ambiente, por sua vez, também se faz presente uma grande desproporção, entretanto, diferentemente do que ocorre no caso da lei de drogas e lei de armas, há uma verdadeira assimetria "*in bonam partem*". Os crimes contra a fé pública representam somente 3% da quantidade de presos, porém representam quase 8% da quantidade de acordos de não persecução penal. Situação semelhante se repete, todavia de forma ainda mais drástica, no caso dos crimes de trânsito: enquanto que apenas 3% dos presos em questão cometem crimes de trânsito, 23% dos acordos foram ofertados àqueles que cometem condutas pertencentes a tal grupamento; é dizer, o índice de acordos de crimes de trânsito é superior a sete vezes o índice de encarceramento para tal modalidade. Entretanto, a maior desproporção apresentada está contida no grupo de crimes contra o meio ambiente: tais delitos representam somente 0,12% das condutas analisadas que levam à prisão, enquanto que representam quase 5% da quantidade de anpps; ou seja, a oferta de tratativas é quarenta vezes superior aos índices de encarceramento atinentes aos crimes ambientais.

Tabela 09

71

2.5.2. INFOPEN X MPF

As disparidades observadas quando comparados os dados fornecidos pelo Infopen com os dados do TJ/SP não só se repetem como são ainda mais agravadas quando realiza-se a análise dos dados do Infopen em comparação com os dados do Ministério Público Federal, conforme demonstra a tabela 09.

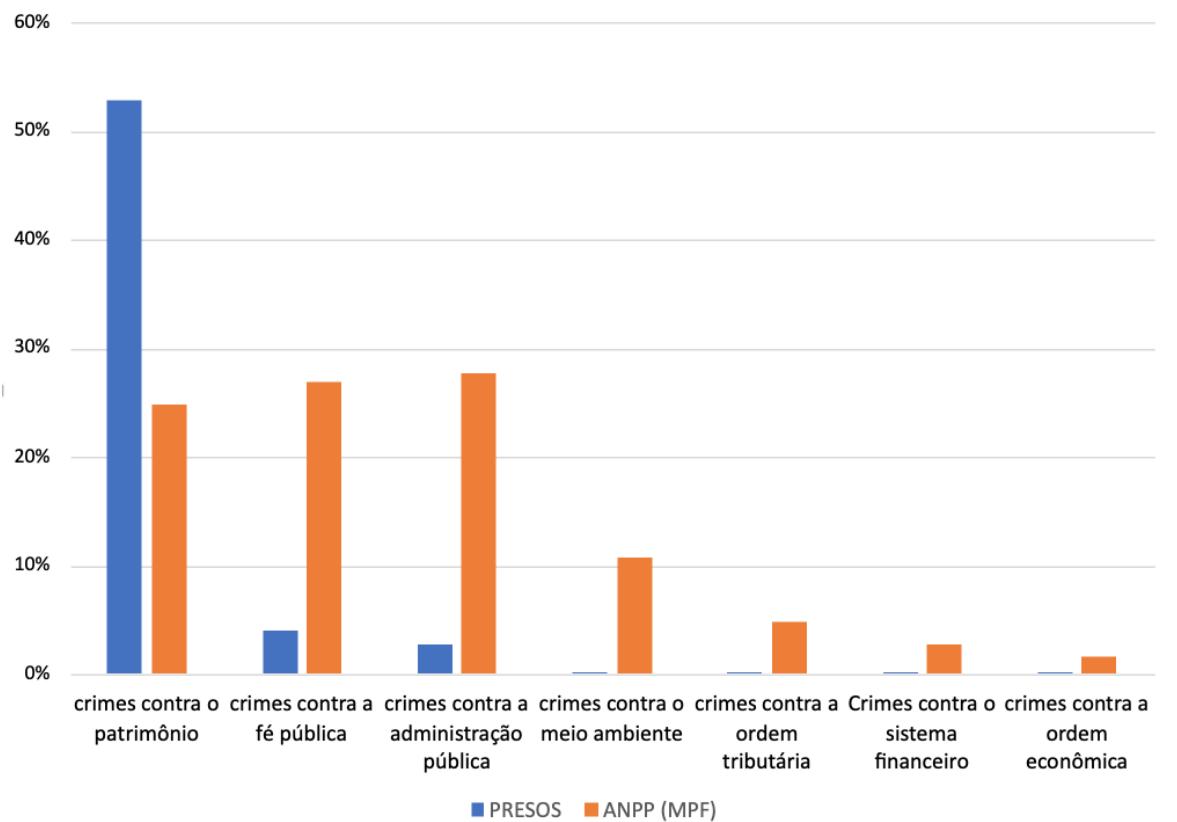
Em que pese os crimes contra o patrimônio representarem o grupo de ilícitos que mais levam pessoas ao cárcere, o anpp no âmbito do MPF é mais ofertados nos casos de crimes contra a administração pública e crimes contra a fé pública. Enquanto que os crimes contra o patrimônio representam mais de 40% dos encarceramentos dentre as condutas ora analisadas, esses correspondem a somente 25% dos acordos. Além do mais, ao analisarmos o perfil dos crimes contra o patrimônio em que há aplicação de acordos de não persecução penal, observa-se uma ainda maior discrepância: enquanto que a conduta de estelionato, seja na sua

⁷¹ As porcentagens apresentadas na Tabela 08 levam em conta não o total de crimes cometidos ou o total de acordos de não persecução ofertados, mas somente os grupos de crimes apresentados, que representam a maior parte dos casos. Em tal análise optou-se por não levar em conta as demais condutas que não se encaixam em grupos específicos de crimes, com fins de possibilitar melhor comparação entre os dados do Infopen e do TJ/SP.

forma comum ou majorada, representa somente uma parcela de 4% dos crimes contra o patrimônio que efetivamente levam à prisão⁷², a mesma conduta representa 88% dos anpps ofertados pelo MPF que dizem respeito aos crimes contra o patrimônio. De tal modo, condutas como furto simples, furto qualificado e receptação, ainda que representem mais de 90% dos crimes contra o patrimônio, correspondem a menos de 12% do total de anpps que tratam sobre crimes contra o patrimônio.

Todavia, a realidade constatada no caso de crimes contra o patrimônio parece se inverter nos demais grupos de crimes. Tanto no caso dos crimes contra a fé pública, quanto nos crimes contra a administração pública, crimes contra o meio ambiente, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômica, parece haver uma inversão na lógica de oferecimento de tratativas despenalizantes: a desproporcionalidade passa a ser não mais prejudicial, mas amplamente benéfica. Em que pese os crimes contra a fé pública representarem somente 3% dos crimes analisados, resultam em mais de 25% dos acordos ofertados pelo MPF. A mesma situação se repete no caso dos crimes contra a administração pública: ainda que tal grupo de crimes constitua parcela inferior a 5% dos delitos que levam à prisão, o montante de anpps supera a marca de 25%. Tal desproporcionalidade, entretanto, bate recorde no caso dos crimes contra o meio ambiente: mesmo representando somente 0,12% dos presos (179 casos ao todo), abarca mais de 10% de todas as tratativas realizadas, ou seja, um número mais de oitenta vezes maior. A continuidade da análise da tabela 09 demonstra a mesma lógica para os demais grupos de crimes (contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e contra a ordem econômica): em que pese serem condutas que praticamente não levam ao cárcere, representam parcelas significativas do total de acordos de não persecução penal ofertados pelo MPF. A união dos crimes contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e contra a ordem econômica representa menos de 0,5% da quantidade de pessoas encarceradas, porém, ao mesmo tempo, abarca quase 20% dos anpps no âmbito do MPF.

⁷² Tabela 05.

Tabela 10**PRESOS X ANPP (MPF)**

73

2.5.3. É POSSÍVEL TRAÇAR UM PERFIL SOBRE A APLICAÇÃO DO ANPP?

Uma vez realizada a análise das condutas que mais levam ao cárcere em contraposição com as condutas em que há uma maior oferta de acordos de não persecução penal, é possível traçar um perfil sobre como se dá a aplicação das tratativas. O principal grupo analisado, o grupo dos crimes contra o patrimônio, não apresentou grandes assimetrias no âmbito da justiça do Estado de São Paulo, porém, o mesmo não ocorreu no caso do Ministério Público Federal. Na seara federal, além de haver uma subutilização do

⁷³ As porcentagens apresentadas na Tabela 09 levam em conta não o total de crimes cometidos ou o total de acordos de não persecução ofertados, mas somente os grupos de crimes apresentados, que representam a maior parte dos casos. Em tal análise optou-se por não levar em conta as demais condutas que não se encaixam em grupos específicos de crimes, com fins de possibilitar melhor comparação entre os dados do Infopen e do MPF. Além do mais, optou-se por retirar do presente gráfico o grupo de crimes do estatuto do desarmamento, uma vez que, via de regra, a única conduta a ser investigada no âmbito federal é o tráfico internacional de arma de fogo, ilícito que leva um pequeno número de pessoas ao cárcere (114 pessoas).

anpp para os crimes patrimoniais, foi possível observar uma preleção pelo oferecimento do anpp no crime de estelionato, enquanto que nos outros crimes patrimoniais, como receptação e receptação qualificada, praticamente não houve aplicação da tratativa. O segundo grupo de maior relevância foi o das condutas abarcadas pela lei de drogas. Ainda que não tenha sido possível analisar tal conduta no âmbito do MPF, uma vez que a pena mínima do tráfico internacional de drogas supera os quatro anos, a análise no âmbito da Justiça de São Paulo demonstra claramente que o Ministério Público, ainda que presentes os permissivos legais, como no caso da associação para o tráfico, opta por não utilizar a medida amplamente mais benéfica para o investigado. Situação similar ocorre também nos crimes do estatuto do desarmamento, caso em que o Ministério Público estadual, ainda que seja legalmente possível, opta por não ofertar a proposta. De tal sorte, é possível evidenciar uma verdadeira subutilização por parte do Ministério Público do acordo de não persecução penal justamente nos casos que apresentam os maiores índices de encarceramento.

Entretanto, ao contrário do que ocorre com os crimes patrimoniais no âmbito federal, e em relação à lei de drogas e estatuto do desarmamento no âmbito estadual, casos em que há uma notória subaplicação de acordos de não persecução penal, há uma série de condutas outras em que há, proporcionalmente, uma superaplicação das tratativas. Na seara estadual destacam-se os crimes de trânsito como delitos em que há uma desproporção benéfica na aplicação de anpps; o mesmo ocorre, tanto na esfera estadual quanto federal, com os crimes contra a fé pública e crimes contra o meio ambiente e, ainda, na alcada federal, no casos dos crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômica. Assim, ao contrário do que ocorre com as condutas que mais levam ao cárcere, casos em que há uma desproporção negativa de aplicação de anpp, os crimes ora tratados, ainda que levem menos pessoas à cadeia, são mais beneficiados pelo anpp.

De tal sorte, ainda sem entrar na particularidade das condutas até então abordadas, é possível constatar que os membros dos ministérios públicos optam por beneficiar não aqueles que usualmente são encarcerados pelos crimes que praticam, mas acorrer justamente aqueles que tradicionalmente não são presos pelos ilícitos que realizam.

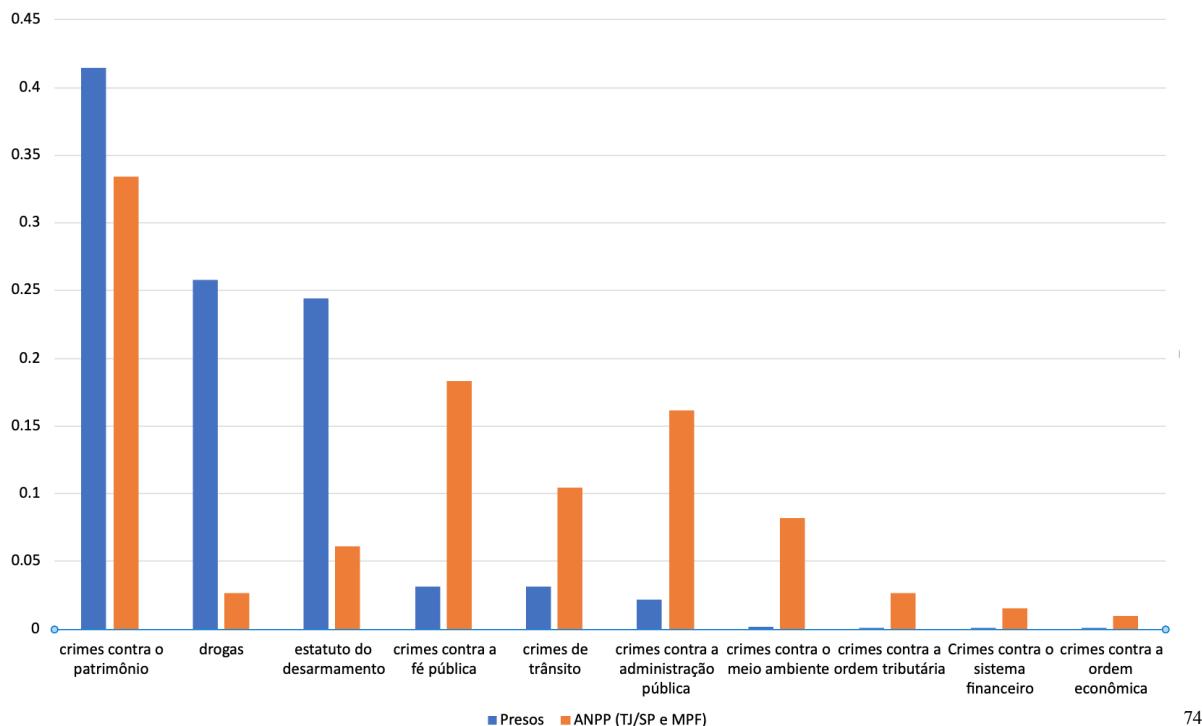
Conforme o exposto, é possível observar que embora os parâmetros que norteiam o oferecimento do anpp sejam estipulados por lei, é inegável a existência de um perfil de aplicação do acordo que muito se distancia das balizas legais, que acaba por beneficiar de

forma desigual as condutas, e consequentemente os sujeitos, que são efetivamente beneficiados pelo anpp.

Neste ponto, torna-se necessário esmiuçar as semelhanças entre as condutas que não são beneficiadas pelo acordo e também as semelhanças entre as condutas que são por ele favorecidas. A observação dos dados apresentados, conforme a tabela 11, que une dados de anpps tanto no âmbito do TJ/SP quanto do MPF, possibilita dividir os grupos de crimes em duas classes: (i) crimes em que há uma subaplicação dos anpps e (ii) crimes em que há uma superaplicação dos anpps. O primeiro grupo é contenedor dos crimes contra o patrimônio, crimes de drogas e crimes do estatuto do desarmamento, enquanto que o segundo grupo contém os crimes contra a fé pública, crimes de trânsito, crimes contra a administração pública, crimes contra o meio ambiente, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômica.

Tabela 11

Presos x ANPP (TJ/SP e MPF)



74

Do ponto de vista jurídico, mostra-se dificultosa a tarefa de buscar semelhanças entre os delitos contidos nos dois grupos ora em análise. Tal dificuldade decorre, principalmente, da inexistência de unidade nos bens jurídicos defendidos pelos tipos penais que se encontram em cada um dos grupos abordados, bem como na impossibilidade de aferir, a depender do grupo, uma maior ou menor gravidade das ofensas aos bens jurídicos tutelados.

No que diz respeito à impossibilidade de apontar uma unidade de bens jurídicos protegidos por cada um dos dois grupos, podemos aferir que no caso dos crimes em que há uma subaplicação do anpp, há uma ampla variedade de bens jurídicos protegidos, como, por exemplo, a propriedade, nos crimes contra o patrimônio; a saúde pública, nos crimes da lei de drogas; e a incolumidade pública, no caso dos crimes do estatuto do desarmamento. Dificuldade semelhante é encontrada na busca por uma unidade de bens jurídicos protegidos pelos crimes em que há a superaplicação do anpp. A título de exemplo, os crimes de trânsito podem defender bens jurídicos como a incolumidade pública e a vida, dentre outros; os crimes contra a administração pública, por sua vez, visam proteger a administração publica e

⁷⁴ A tabela 11 apresenta a porcentagem de pessoas presas por grupos de crimes que permitem a aplicação de anpp em contraposição à união de tratativas ofertadas no âmbito da Justiça do Estado de São Paulo e no âmbito do Ministério Pùblico Federal.

o patrimônio público; os crimes contra o meio ambiente buscam proteger o meio ambiente; etc. De tal modo, observa-se que, levando em conta o aspecto dos bens jurídicos protegidos pela norma, é inviável distinguir os crimes em que há uma menor aplicação do anpp dos crimes em que há uma maior aplicação do anpp. É dizer, nos dois grupos é possível constatar a presença de bens jurídicos amplamente variados.

Em relação à gravidade das ofensas aos bens jurídicos tutelados, também mostra-se impossível realizar qualquer distinção no sentido de que o grupo em que há oferta proporcionalmente inferior do anpp apresentaria condutas mais gravosas, enquanto que o grupo em que há oferta proporcionalmente superior apresentaria condutas menos gravosas. Tal impossibilidade decorre da constatação de que, de modo geral, ambos os grupos trazem delitos com penas similares.

Levando em conta o grupo em que há subaplicação do acordo, e trabalhando com as condutas em que há maior aplicação de anpp, dos crimes contra o patrimônio, o crime de furto possui penas que variam de 1 ano a 5 anos e 4 meses; o furto qualificado, por sua vez, apresenta penas que variam de 4 a 8 anos; a receptação apresenta penas que variam de 1 a 4 anos e, em sua forma qualificada, de 3 a 8 anos. Ainda em relação ao primeiro grupo, o crime de associação para o tráfico de drogas, contido na lei de drogas, possui penas que vão de 3 a 10 anos. Por fim, em relação às condutas contidas no estatuto do desarmamento, a posse ou porte de arma de fogo de uso restrito apresenta pena de 3 a 6 anos, enquanto que a conduta mais grave passível de aplicação de anpp, que é a posse ou porte de arma de fogo de uso proibido, apresenta pena que vai de 4 a 12 anos.

No que diz respeito ao segundo grupo, o principal crime contra a fé pública apresenta penas que vão de 3 a 12 anos, que é a conduta "moeda falsa". A conduta mais relevante dos crimes de trânsito, no que diz respeito ao anpp, é o seu artigo 306, com penas de 2 a 6 anos. O crime de peculato, principal tipo penal dos crimes contra a administração pública, possui penas que variam de 2 a 12 anos. Do mesmo modo, os demais crimes, como os praticados contra o meio ambiente, ou contra o sistema financeiro, bem como os demais tipos de crimes, apresentam condutas variadas, ora com menor gravidade, ora com maior gravidade.

De tal modo, é possível constatar a impossibilidade de apontar diferenças legais que sejam capazes de distinguir o grupo de crimes em que há menor aplicação de anpp dos crimes em que há uma maior aplicação de tal acordo. Entretanto, apesar de não ser possível realizar uma distinção dos dois grupos em relação ao ponto de vista normativo, do ponto de vista

sociológico é possível apontar aspectos capazes de explicar a formação de dois grupamentos, tais quais apresentados. A ligação que se faz presente entre os casos em que há uma menor oferta proporcional de anpp, que são os crimes contra o patrimônio, os crimes da lei de drogas e os crimes do estatuto do desarmamento, não diz respeito aos tipos penais, aos bens jurídicos por eles abrangidos, ou à gravidade abstrata das condutas, mas, na verdade, concerne aos sujeitos que são efetivamente incriminados por praticarem tais condutas. É dizer, para compreender a distinção que se faz presente entre os casos em que há menor aplicação de anpp e os casos em que há uma menor oferta, deve-se questionar não "qual é o crime praticado" mas "quem pratica o crime". Aos olhos do direito penal, há uma clara distinção entre, de um lado, o "traficante" e o "assaltante", e, de um outro lado, aqueles que dirigem embriagados, que sonegam impostos, que desmatam florestas ou que oferecem propina quando lhes é conveniente. Enquanto que aqueles são taxados como "bandidos", estes apenas cometem um erro ou apenas estavam defendendo seus interesses. Enquanto que esses propagam medo e terror, estes praticam condutas sem maior gravidade.

A visão ora apresentada pode, diante de um primeiro olhar, apresentar-se como demasiadamente subjetiva, porém está absolutamente alinhada com a visão do direito penal prático, que escolhe quais são os crimes e, mais importante, quais os "criminosos" que pretende punir. O aspecto capaz de amalgamar o primeiro grupo nada diz respeito aos tipos penais ali contidos, mas aos sujeitos costumeiramente penalizados por eles. Os crimes contra o patrimônio, os crimes de drogas e os crimes do estatuto do desarmamento são, costumeiramente, as condutas utilizadas para criminalizar os mais pobres, não à toa, são as condutas que mais colocam pessoas no cárcere. Já o segundo grupo, composto por delitos como os crimes de trânsito, crimes contra o meio ambiente, crimes contra a administração pública, crimes contra a ordem tributária, crimes contra o sistema financeiro e crimes contra a ordem econômica, são justamente as condutas praticadas não pelos mais carentes, mas pelas pessoas de mais elevado status socioeconômico, as elites. Enquanto que as condutas do primeiro grupo são aquelas atreladas ao estereótipo do criminoso, as do segundo grupo não são abarcadas por qualquer estereótipo aviltante. Nesse sentido, pode-se afirmar que o Ministério Público possui preleção por oferecer acordos de não persecução penal aos crimes da cifra dourada, que está ligada aos "delinquentes que detém o poder público e o exercem impunemente, lesando a coletividade e cidadãos em benefício da sua oligarquia, ou que

dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade⁷⁵ ou aos crimes do colarinho branco, que são condutas praticadas por agentes de elevado status socioeconômico e cuja execução do crime costuma se dar mediante atividades econômico-empresarial ou político-administrativo⁷⁶.

Em suma, com base na análise das condutas contidas em cada um dos dois grupos, é possível traçar um perfil de aplicação do acordo de não persecução penal pelo Ministério Público, que acaba restringindo ainda mais o campo abrangido pela norma. Assim, em parcela relevante dos casos, para que haja oferecimento do anpp por parte do Ministério Público, não basta que estejam presentes os requisitos positivos e ausentes os requisitos negativos, conforme previstos no artigo 28-A do Código de Processo Penal, faz se necessário também que o investigado seja membro das camadas sociais mais elevadas. Conforme evidenciado, o perfil de aplicação do anpp leva em conta não os bens jurídicos protegidos pelas normas penais, ou a gravidade em abstrato das condutas praticadas, mas a classe social do agente praticante do ilícito. É dizer, os ministérios públicos, tanto o paulista quanto o federal, possuem uma verdadeira resistência em oferecer a tratativa que beneficia o investigado quando este é membro das classes mais baixas. Por um outro lado, há uma maior facilidade em oferecimento do acordo quando a prática delitiva foi realizada por um membro da elite. Como resultado de tal política, temos que as condutas que possuem um estigma negativo, como os crimes contra o patrimônio, os crimes da lei de drogas, ou os delitos do estatuto do desarmamento, representam os crimes em que há proporcionalmente uma menor celebração de acordos. O oposto ocorre nos crimes como os praticados contra a administração pública, contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro ou contra a ordem econômica, condutas que não carregam relevante estigma negativo e em que há proporcionalmente uma maior celebração de acordos de não persecução penal. Assim, é possível afirmar que os ministérios públicos se utilizam do anpp para seguirem buscando a prisão das classes mais pobres, ao mesmo tempo que utilizam tal mecanismo para seguirem buscando afastando a aplicação da restrição de liberdade aos membros das classes mais abastadas, o que, em última instância, é observável por meio da seleção de condutas a que são beneficiadas pelo pacto.

⁷⁵ ANIYAR DE C., Lola. *Criminología de la reacción social*. Maracaibo: Universidad de Zulia, 1977, p. 75.

⁷⁶ Ibid. p. 92.

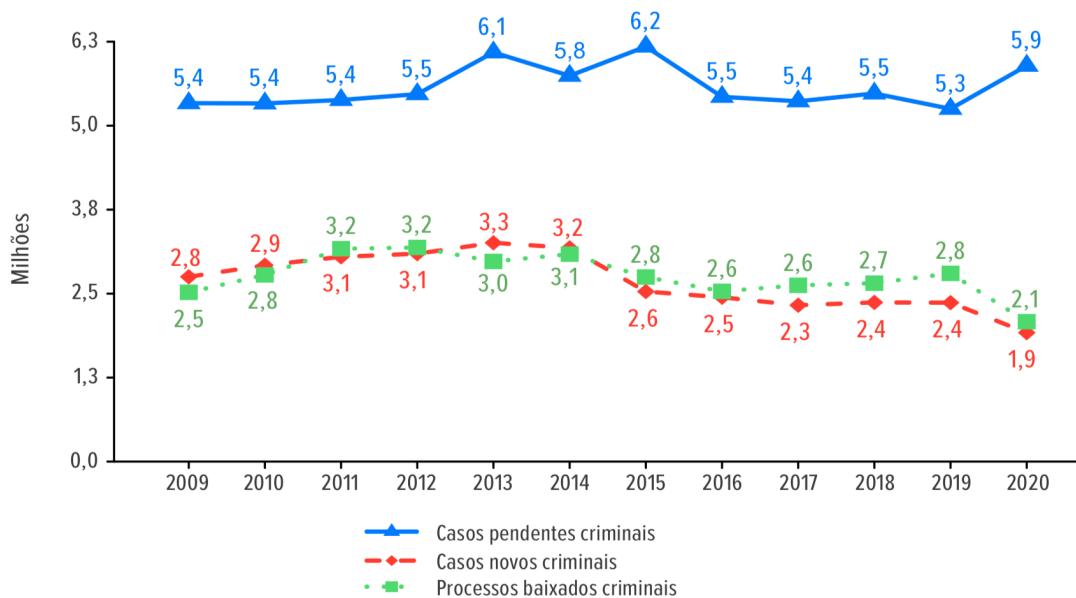
2.5.4. O ANPP CUMPRE COM OS SEUS OBJETIVOS? (DESAFOGAR O JUDICIÁRIO E DIMINUIR O ENCARCERAMENTO)

Uma vez realizada a análise da aplicação prática do acordo de não persecução penal, e destacada a existência de um perfil de ofertas de tratativas, que acaba por excluir os mais pobres ao mesmo tempo que privilegia os mais ricos, convém apontarmos se o acordo de não persecução penal cumpre com os seus objetivos fundamentais, que são (i) desafogar o judiciário e (ii) diminuir o número de pessoas encarceradas.

Em relação ao primeiro objetivo, que é desafogar o judiciário, em um primeiro momento, necessário destacar que o presente trabalho não obteve dados de todos os Ministérios Públicos do Brasil, assim, não foi possível precisar o total de acordos de não persecução penal ofertados no âmbito nacional desde que a lei 13.964/19 entrou em vigor. Todavia, é possível apontar um número significante de tratativas no âmbito do estado de São Paulo e no âmbito federal: entre janeiro de 2020 e julho de 2021 foram ofertados 8.554 acordos em São Paulo e 12.544 acordos na esfera federal, totalizando 21.098 tratativas. Assim, é possível estimar que, caso leve-se em conta os Ministérios Públicos das demais unidades da federação, foram elaboradas dezenas de milhares de acordos desde que a lei entrou em vigor. Tais dados, observados de forma isolada, levam à suposição de que houve diminuição do número de processos que são julgados pelas justiças, ou seja, levam a crer que o primeiro objetivo que levou a criação do anpp fora alcançado. De fato, os dados do CNJ demonstram que os anpps poderiam ter corroborado com a diminuição da quantidade de novos processos criminais. Conforme demonstra a tabela 12, retirada do Relatório Justiça em Números de 2020, houve queda no número de casos novos criminais, que foram de 2,4 milhões para 1,9 milhões, o que representa uma diminuição de 20% no número de novos casos.

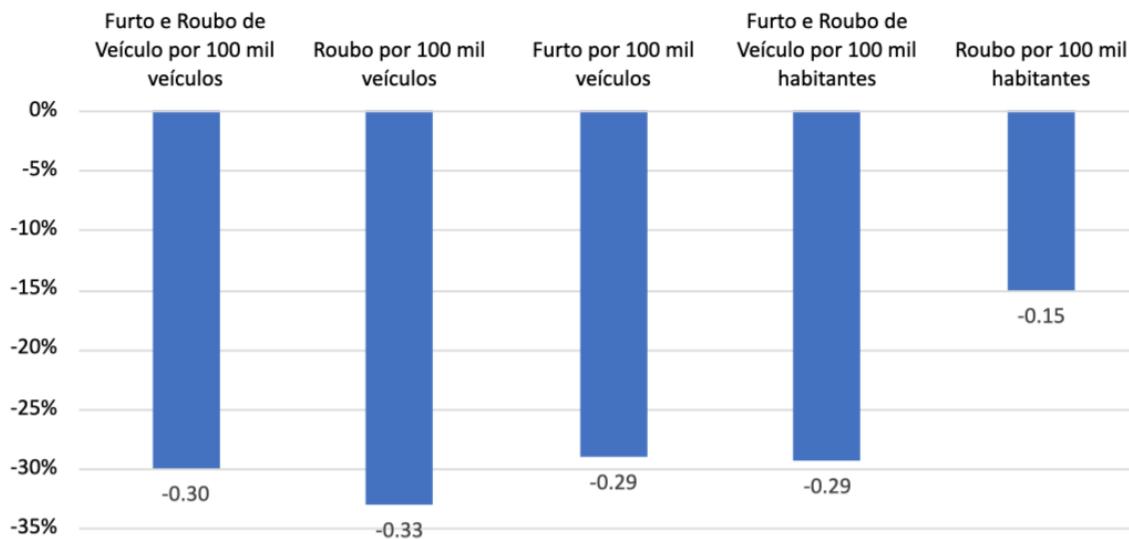
Tabela 12

Série histórica dos casos novos e pendentes criminais no primeiro grau, no segundo grau e nos tribunais superiores, excluídas execuções penais



Entretanto, não podemos nos olvidar que o período em que ocorreu a diminuição de novos casos, que se deu após a entrada em vigor da lei 13.964/19, também foi marcado pela eclosão da pandemia do Coronavírus (COVID-19). A pandemia em questão trouxe inúmeras repercussões para o mundo inteiro, levando a inúmeras alterações no quotidiano das pessoas, e fez com que houvesse significativa alteração na utilização dos espaços públicos, além da imposição na restrição de locomoção. Segundo pesquisa publicada na revista Nature, as restrições que visavam que as pessoas ficassem em suas casas acabaram afetando diretamente os índices de criminalidade, que caíram cerca de 37% no mundo todo⁷⁷. Tais efeitos também puderam ser observados no Brasil. Segundo dados fornecidos pela Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, é possível constatar uma significativa queda no índice de crimes contra o patrimônio praticados neste Estado, conforme observa-se na tabela 13.

⁷⁷A global analysis of the impact of COVID-19 stay-at-home restrictions on crime. Nature, 2021. Disponível em: <https://www.nature.com/articles/s41562-021-01139-z.pdf>. Acesso em 10 de outubro de 2021.

Tabela 13**Variação da taxa de delitos entre 2019 e 2020**

Corroborando com os dados apresentados pela SSP do Estado de São Paulo, consta do Anuário Brasileiro de Segurança Pública de 2020 que houve uma redução de 24,4% no número de roubos praticados no primeiro trimestre de 2020 no Brasil⁷⁸. Ainda, segundo o instituto Sou da Paz, que leva em conta dados do Estado de São Paulo, houve uma redução de 9,8% na apreensão de armas de fogo quando comparados o primeiro semestre de 2019 com o primeiro semestre de 2020. Em relação ao número de prisões realizadas no mesmo estado, constatou-se uma diminuição de 37% no mesmo período.

De tal modo, com base nos números e nas estatísticas apresentadas, é possível concluir que o período compreendido entre o início de 2019 e o final 2020 apresentou uma significante queda no número de crimes, principalmente nos crimes contra o patrimônio, que são tradicionalmente os que mais levam ao cárcere. Além do mais, observa-se que houve significativa redução no número de prisões efetuadas. Assim, ao compararmos a queda do número de "casos novos criminais", que foi de 20%, com as demais taxas de crimes, é possível constar que o período que coincide com a aprovação do anpp não representa uma real diminuição proporcional no número de processos criminais. Na verdade, é possível inferir que a queda no número de processos criminais se deu em proporção aquém à queda da ocorrência de delitos como um todo.

⁷⁸Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2020. Disponível em: <https://static.poder360.com.br/2020/11/Anuario-Brasileiro-de-Seguranca-Publica-2020.pdf>. Acesso em 15 de agosto de 2021.

Por fim, ainda com base na tabela 11, observa-se que de 2019 para 2020 houve um aumento na quantidade de casos pendentes criminais, que foram de 5,3 milhões para 5,9 milhões. Ainda que tais números possam possuir relação com mudanças enfrentadas pela Justiça brasileira, que passou realizar audiências virtuais e aplicar a prática de home office, é possível constatar que o acordo de não persecução penal, por si só, não foi capaz de reduzir o acúmulo de processos criminais passíveis de julgamento na Justiça brasileira.

O segundo objetivo do acordo de não persecução penal, propósito de maior importância para a presente tese, é a capacidade do acordo de não persecução penal em diminuir a quantidade de presos no Brasil.

No que corresponde à quantidade de encarcerados em cadeias nacionais, tanto os dados do Conselho Nacional de Justiça quanto os dados do Infopen demonstram que o período entre o início de 2019 e o final de 2020 representou tanto uma queda na quantidade de execuções penais, quanto a diminuição no número de encarcerados. Em 2019, segundo o CNJ, havia 1,25 milhão de penas privativas de liberdade pendentes, enquanto que em 2020 tal número caiu para 1,14 milhão, representando uma diminuição de 8% no total de penas privativas de liberdade pendentes. No mesmo sentido, os dados fornecidos no Infopen atestam que havia 755.274 presos em 2019, número que caiu para 668.135, o que representa uma queda de 11,54% no total de presos.

Tais dados, caso sejam analisados de forma isolada, tendem a demonstrar que houve uma efetiva queda na lógica encarceradora que se faz presente no Brasil, o que representaria uma superação no cenário que se fez presente nas últimas décadas, marcadas pelo crescimento ininterrupto da quantidade de encarcerados. Assim, tal análise poderia levar a crer que o acordo de não persecução penal teria sido eficaz no seu objetivo de diminuir a quantidade de presos. Entretanto, da mesma forma que ocorreu na diminuição da quantidade de processos criminais, a queda no número de presos está intimamente ligada à ocorrência da pandemia iniciada em 2020. De tal sorte, a queda no número de mandados de prisão e no número de presos, que não superam a proporção de 12%, na verdade, nem mesmo acompanharam a queda na quantidade de crimes praticados. É dizer, ainda que tenha havido diminuição na quantidade de pessoas presas, tal diminuição se deu em proporção do que o esperado, descolada das taxas de queda de infrações, que chegaram a ser reduzidas em 37% no Brasil e no restante do mundo, conforme demonstrado anteriormente.

De tal sorte, a comparação entre a queda no número de crimes praticados e a queda no número de aprisionamentos indica que o acordo de não persecução foi incapaz de alterar significativamente a quantia de pessoas que são presas, uma vez que, caso a inovação legislativa fosse de fato efetiva quanto ao objetivo em questão, esperava-se reduções no número de encarcerados que ao menos acompanhasssem a redução na quantidade de crimes praticados.

Em suma, ainda que o anpp seja de aplicação recente, o que demandará um maior lapso temporal de análise para que seja possível calcular os efeitos exatos da aplicação de tal tratativa, é possível concluir que o acordo de não persecução penal, até o presente momento, não logrou êxito em atingir os dois objetivos declarados por trás da sua elaboração. Em que pese haver, em um primeiro momento, redução na quantidade de processos criminais e na quantidade do número de presos desde que a lei 13.964/19 entrou em vigor, uma análise mais aprofundada evidencia que o período que se iniciou em 2020 foi marcado pela eclosão de uma pandemia em nível global, que mudou os comportamentos da sociedade e, ao restringir o acesso das pessoas aos locais públicos, teve como efeito colateral uma significante redução na quantidade de crimes praticados, ou, ao menos, descobertos. Assim, embora tenha ocorrido uma efetiva diminuição na quantidade de processos criminais e no número de pessoas presas, tal diminuição se deu aquém da quantidade de crimes praticados, o que evidencia a ineficácia do anpp em atingir ou seus objetivos declarados.

3. A SELETIVIDADE PENAL E O ANPP

Conforme demonstrado no último tópico, foi possível observar que a despeito do acordo de não persecução penal estar sendo amplamente utilizado, este não foi capaz de reduzir a quantidade de processos penais nem foi capaz de levar à queda das porcentagens de prisões além dos números decorrentes de fatores ligados à pandemia iniciada no ano de 2020. De tal forma, o objetivo do presente tópico é compreender o motivo pelo qual o acordo de não persecução penal não foi e não é capaz de cumprir os seus objetivos declarados e, como veremos, a causa por trás de tal incapacidade está diretamente atrelada à existência e à aplicação da seletividade penal.

De imediato, conforme exposto anteriormente, faz-se necessário destacar a existência de graves desproporções no que tange a aplicação do anpp, assimetrias essas que são centrais para compreender o porquê da inovação legal não atingir de maneira satisfatória os seus objetivos declarados. Conforme já exposto, a análise do perfil de aplicação do anpp permite evidenciar que, dentre todas as condutas passíveis de serem beneficiadas pela aplicação da tratativa, os ministérios públicos aplicam uma espécie de filtro supralegal, que restringe o campo de atuação e aplicação dos acordos para além do que limita a lei. Dessa análise, foi possível concluir que a limitação em questão, que afasta a aplicação do anpp, ocorre em casos específicos, como nos crimes contra o patrimônio, crimes da lei de drogas e crimes do estatuto do desarmamento. Concluiu-se também que tais condutas, apesar de possuírem bens jurídicos completamente distintos, possuem um importante fator em comum: são criminalizadas quando praticadas pelas classes mais pobres. Da mesma observação, evidenciou-se também que, de forma diametralmente oposta, em determinados crimes os ministérios públicos afastam tal filtro supralegal, e passam a ser mais benevolentes quanto ao oferecimento do acordo, o que ocorre mediante os crimes contra a fé pública, crimes de trânsito, crimes contra a administração pública, crimes contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária. Tal grupo de condutas também não apresenta qualquer unidade de bem jurídico, porém apresenta um fator que permite apresentá-los como grupo: são praticados pelas elites.

Da análise dos dados apresentados pelos ministérios públicos foi possível constatar que, na prática, há um verdadeiro privilégio de uma minoria ao mesmo tempo que há

menosprezo de uma maioria, e é justamente tal lógica que afasta a possibilidade do anpp concluir os seus objetivos em tese. É dizer, há uma espécie de seleção supralegal que define aqueles que serão beneficiados pelo anpp, ao mesmo tempo que seleciona aqueles que não serão abrangidos pelo acordo, e que serão efetivamente penalizados, levando a crer que a aplicação prática do anpp pode ser amplamente influenciada pela seletividade penal.

Conforme discutido no início do presente trabalho, a lógica da seletividade penal afasta a ideia de que o direito penal é uma ferramenta absolutamente legítima do Estado que, de forma absolutamente imparcial, busca a proteção dos bens jurídicos mais importantes à existência da sociedade. É por meio da seletividade penal que podemos evidenciar que o direito penal, na verdade, busca o domínio das classes subalternas pelas classes dominantes, em uma verdadeira lógica de repressão e disciplina, que possui como resultado mais marcante a submissão dos mais pobres às nefastas penas privativas de liberdade, enquanto que os mais ricos, ainda que cometam condutas graves, praticamente gozam de imunidade a tais regimes. Assim, como decorrência imediata da seletividade, há no Brasil uma justiça altamente maleável, que assegura que sujeitos distintos, quando buscando a aplicação de um mesmo direito, recebam decisões completamente divergentes.

Tratando sobre o tema seletividade penal, Alessandro Baratta, de forma sucinta e completa, afirma:

A função discriminatória do sistema penal é assim descrita: a) na criminalização primária de criação dos tipos penais (i) os conteúdos incriminadores representam o sistema de valores do universo moral burguês, com destaque para o rigor punitivo dos crimes patrimoniais, em contraste com a imunidade ou menor rigor punitivo dos crimes de colarinho branco, e (ii) os não conteúdos configuram o caráter fragmentário do Direito penal, menos pela inidoneidade técnica de determinadas matérias, mais pela tendência de não criminalizar ações antissociais das classes hegemônicas, ou funcionais para acumulação do capital, criando as famosas zonas de imunização penal; b) na criminalização secundária, ativada por estereótipos e preconceitos da polícia e da justiça, o processo de criminalização é dirigido para os estratos sociais inferiores, nos quais o comportamento criminoso é fenômeno "normal, segundo a ideologia dominante⁷⁹.

E ainda:

A própria criminologia liberal, em suas pesquisas sobre criminalidade de colarinho branco, sobre cifra oculta da criminalidade e sobre criminalidade política revela que a criminalidade está distribuída por todos os grupos sociais,

⁷⁹ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 175-177.

mas a diferença aparece no processo de criminalização diferencial, com repressão dos comportamentos lesivos das classes sociais subalternas e imunização dos comportamentos lesivos das classes sociais hegemônicas - ou seja, a gestão diferencial das ilegalidades, segundo Foucault. O sistema de imunidades e de criminalização seletiva corresponde às relações de poder na sociedade capitalista: classes sociais superiores, imunidade pelas práticas antissociais; classes sociais subalternas, rigorosa criminalização⁸⁰.

De tal forma, o sistema penal, permeado pela sua seletividade, possui duas facetas, uma altamente repressiva e punitiva e uma outra faceta benevolente e complacente.

A faceta punitiva do direito penal busca proteger os interesses das classes dominantes ao mesmo tempo que objetiva punir com rigor as condutas ligadas às classes dominadas. Assim, a proteção dos interesses das classes dominantes pode ser observado pela ampla proteção legal que atinge o patrimônio, resguardado por dezenas de tipos penais; a criminalização das condutas ligadas às classes dominadas, por sua vez, não é restrita à punição dos crimes contra o patrimônio, naturalmente (ainda que não exclusivamente) praticados justamente por aqueles que são mais limitados de bens materiais, mas também se dá com a criminalização de condutas que, quando praticadas pelos mais pobres, são facilmente apuráveis e condenáveis, como o tráfico de drogas ou o porte ou posse de arma. Neste ponto, importante destacar que os principais órgãos repressores do Estado, que são suas polícias, atuam realizando rondas, batidas e outras atividades que não exigem mandados, não buscando adentrar grandes escritórios ou prédios comerciais e aferir a realização de fraudes contra credores ou sonegação de impostos, mas sim prender aqueles mais humildes que praticam condutas que são facilmente identificáveis, como furto, roubo, tráfico de drogas, e porte de arma de fogo.

A faceta benevolente do direito penal, por sua vez, busca quase que exclusivamente proteger os mais ricos. Boa parte das condutas nocivas praticadas pelas elites não são nem mesmo tidas como crimes, enquanto que a parcela de condutas tidas como criminosas, muitas vezes, não são alvo de atuação dos órgãos repressivos do Estado. É dizer, as polícias não atuam buscando crimes do colarinho branco ou outras criminalidades ligadas aos mais abastados, o que abre brecha para a existência de uma enorme cifra negra. Há, ainda, uma pequena parcela de condutas criminosas praticadas pelas elites que acaba caindo na malha das polícias e dos Ministério Públicos. Entretanto, a faceta complacente do direito penal não deixa de ser aplicada a tais casos, uma vez que, para tais infratores,

⁸⁰ BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999, p. 200.

que nem mesmo apresentam o estereótipo de criminoso, costumeiramente são encontradas alternativas amplamente benéficas e não encarceradoras.

A lógica da seletividade penal, então apresentada, mais especificamente no que tange à criminalização secundária, é exatamente a lógica aplicada ao acordo de não persecução penal. O mesmo direito penal que pode ser dividido em "punitivo" e "complacente", que pune com maior rigor os pobres, enquanto que trata os ricos com maior clemência, é o mesmo direito penal que permeia a prática de aplicação do anpp. O acordo de não persecução penal é objetivo no que tange a sua normatividade, porém completamente subjetivo no que diz respeito à sua aplicabilidade. Estipula o art. 28-A do Código de Processo Penal, dentre algumas particularidades e condições, que, não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 anos, o Ministério Público poderá propor o acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime. Por trás de tal norma de cunho penal e processual há uma enorme discrepância entre aqueles que são por ela beneficiados, agraciados pelo direito penal benevolente, e aqueles a quem ela não é aplicada, prejudicados pelo direito penal punitivo, escancarando a verdadeira subjetividade decorrente da sua aplicação.

Como foi exaustivamente abordado na presente tese, os números demonstram a existência de uma subaplicação do art. 28-A em relação aos crimes ligados às classes mais pobres, ao passo que há uma super aplicação deste artigo quanto aos crimes praticados pelas elites. Tais desproporções, que são aferidas na prática da aplicação do anpp, demonstram que para alguns há o benefício da aplicação da estrita letra da lei, tida quase que como um verdadeiro direito subjetivo do investigado, enquanto que para outros há a aplicação da exceção da "insuficiência para a reprovação e prevenção do crime", exprimindo a faceta de mera "faculdade do Ministério Público" em oferecer o anpp.

É dizer, a influência da seletividade penal nos órgãos de controle, mais especificamente no Ministério Público, faz com que uma mesma lei tenha interpretações absolutamente dissonantes a depender do crime e, principalmente, da classe social a que pertence o suposto infrator. Como resultado de tal lógica, que em uma minoria de casos, para um minoria de pessoas, tem o acordo como uma espécie de direito subjetivo, enquanto que para uma maioria de casos, para uma maioria de pessoas, o tem como mera

faculdade, cujos requisitos curiosamente não costumam ser cumpridos, o acordo de não persecução penal, e o seu potencial altamente despenalizador e descarcerizador, acaba sendo esvaziado. Na prática, o acordo de não persecução penal acaba seguindo uma lógica já pré estabelecida, que continua restringindo a pena privativa de liberdade para aqueles que pertencem às classes mais baixas da sociedade.

Observa-se, assim, que há todo um aparato legal e penal que busca, tanto na criminalização primária quanto na criminalização secundária, a um mesmo tempo, punir os mais pobres, possuidores do estereótipo de delinquente e de inimigo, e proteger os mais ricos, a quem não se aplica tais rótulos; e, inegavelmente, o acordo de não persecução penal, apesar de seus objetivos declarados, não foge à tal regra, mostrando-se, na verdade, como mecanismo que busca, antes de tudo, afastar o direito penal das classes dominantes.

CONCLUSÃO

O objetivo da presente tese foi analisar em que medida os objetivos declarados responsáveis pela criação do acordo de não persecução penal foram, de fato, colocados em prática. De tal forma, buscou-se por meio do presente trabalho aferir se o acordo de não persecução penal realmente busca e é apto a (i) diminuir a quantidade de processos criminais que sobrecarregam o judiciário e (ii) diminuir a quantidade de pessoas encarceradas e, em não havendo o efetivo cumprimento de tais objetivos, buscar a explicação por trás de tal fenômeno.

Da utilização de dados fornecidos pela Justiça de São Paulo e pelo Ministério Público Federal, bem como da análise de informações contidas no Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias, Anuário Justiça em Números e Atlas da Violência e outras referências, foi possível constatar que o acordo de não persecução penal, apesar de já encontrar ampla aplicação, não foi capaz de diminuir de maneira significante a quantidade de processos criminais, nem foi apto a diminuir de modo relevante a quantidade de pessoas atualmente presas. Utilizando os dados do Anuário Justiça em Números foi possível constatar que no período composto entre início e final de 2020, intervalo que coincide com a entrada em vigor do anpp, em que pese ter havido redução na quantidade de casos novos criminais, houve crescimento na quantidade de casos pendentes criminais. Além do mais, com base na utilização dos dados do Anuário Justiça em Números, em comparação com dados fornecidos pela Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo e em dados presentes em pesquisas de notória relevância, foi possível constatar que, em que pese ter havido uma real diminuição na quantidade de pessoas encarceradas a partir do início do ano de 2020, tal queda se deu em proporções inferiores à redução na quantidade de crimes praticados no mesmo período. É dizer, ainda que seja necessário seguir realizando a análise dos dados de processos criminais e de prisões realizadas anualmente no Brasil, é possível afirmar que a entrada em vigor do acordo de não persecução penal não foi capaz de, por si só, reduzir a quantidade de processos criminais e diminuir o número de presos. Assim, como conclusão da presente tese, temos que o acordo de não persecução penal não foi apto a cumprir com os seus objetivos declarados.

Ainda, com base no presente trabalho, conclui-se que o não cumprimento dos efeitos declarados do anpp é possível por conta de uma série de subjetividades contidas no

art. 28-A do Código de Processo Civil, mas que a real razão por trás da ineficácia de tal medida está ligada aos seus verdadeiros objetivos, que são outros que não aqueles declarados.

No que tange às possíveis brechas no art. 28-A⁸¹, que permitem uma aplicação insuficiente e discricionária do anpp, quando não arbitrária, o presente trabalho destacou que a redação do "caput" do artigo, e também do seu §2º, inciso II, acabam por inserir grandes subjetividades quanto a aplicação da tratativa. O "caput" do artigo dá uma verdadeira margem de escolha ao membro do Ministério Público quanto à adequação e suficiência da medida, uma vez que, com a expressões "poderá propor" e ainda, "desde que necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime", possibilita que o parquet possa não ofertar a tratativa quando assim optar, ainda que presentes os requisitos objetivos previstos em lei. O §2º, inciso II, por sua vez, permite que não seja aplicado o anpp quando estejam presentes elementos que indiquem que o investigado pratique conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, porém sem qualquer definição sobre o significado de tais expressões.

Além do mais, necessário destacar que a redação em questão, que dá ampla margem para a aplicação discricionária do anpp pelo Ministério Público, é corroborada pelos tribunais superiores, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, que entende que, ainda que presentes os requisitos descritos em lei, o novo sistema acusatório de discricionariedade mitigada não obriga o Ministério Público ao oferecimento do anpp, nem tampouco garante ao acusado verdadeiro direito subjetivo em realizá-lo. De tal forma, o acordo de não persecução penal teve o seu conteúdo amplamente esvaziado ao ter definida sua natureza jurídica como de mera acordo entre partes, sendo o seu oferecimento uma mera faculdade do Ministério Público.

Entretanto, inegável que as brechas presentes na lei, que abrem espaço para a discricionariedade e arbitrariedade por parte do MP, por si só, não produzem qualquer efeito. É dizer, as brechas na lei não são suficientes para explicar o motivo pelo qual o anpp falha em alcançar os seus objetivos declarados, uma vez que a ineficácia da lei não

⁸¹ Importante destacar que tratamos tais subjetividades como "possíveis brechas", uma vez que a presença de supostas "brechas" na lei podem não ter sido meras falhas por parte do legislador ao elaborar a lei, mas podem consistir em um verdadeiro objetivo de dar maior poder ao Ministério Público e permitir que este realizasse a criminalização secundária de forma a efetivamente selecionar quem seria beneficiado ou não pelo anpp.

está limitada a presença de falhas, mas sim a exploração de tais falhas por parte do parquet. De tal sorte, a presente tese buscou encontrar as razões capazes de explicar o que efetivamente motivou o Ministério Público a explorar tais brechas, a deixar de aplicar o acordo de não persecução penal mesmo quando legalmente possível, de forma a desviar a sua aplicação dos seus objetivos até então declarados. Como resposta à tal questionamento, concluiu-se que o acordo de não persecução penal é amplamente influenciado pela lógica de seletividade penal, sendo que seus verdadeiros objetivos também sofrem tal influência.

Conforme demonstrado, a seletividade penal está por trás não somente da incapacidade do acordo de não persecução penal em alcançar seus objetivos declarados, mas também é capaz de explicar o verdadeiro objetivo que motivou a criação da norma, que é a permanência de um modelo já estabelecido de controle e subordinação das classes mais pobres, por meio da manutenção da lógica do cárcere, ao mesmo tempo em que se protege as elites e delas se afastada a possibilidade de aplicação de penas que atinjam a sua liberdade.

Assim, a seletividade penal, ancorada pelas teorias do etiquetamento e do direito penal do inimigo, foi capaz de explicar os motivos pelos quais pode-se observar enormes discrepâncias na aplicação do anpp, que possui aplicações proporcionalmente baixas frente às criminalidades ligadas às classes mais baixas, enquanto que apresenta proporções notoriamente altas frente às condutas ligadas às classes mais altas.

De tal modo, é possível concluir que o afastamento e esparsa aplicação do acordo de não persecução penal, medida amplamente benéfica para o investigado, frente a crimes cometidos por pessoas tidas como "bandidos" ou "traficantes", bem como a significativa presença de tratativas mediante crimes ligados à cifra dourada ou ao colarinho branco não são meras coincidências, mas decorrências lógicas da aplicação do anpp em acordo com os seus objetivos verdadeiros e notoriamente seletivos.

BIBLIOGRAFIA

ADORNO, Sérgio. *Discriminação racial e justiça criminal em São Paulo*. Novos Estudos, São Paulo, n. 43, 1995.

AMORIM, Bruna Martins. AKERMAN, William. *Pacote anticrime: análise crítica à luz da Constituição*. 1. ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

ARAÚJO, Fernanda Carolina de. *A teoria criminológica do Labelling Approach e as medidas socioeducativas*. São Paulo, 2010.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo Penal*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 3. ed. Trad. Juarez Cirino dos Santos. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

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

BATISTA, Vera Malaguti - *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

BECKER, Howard Saul. *Outsiders: estudos de sociologia do desvio*. revisão técnica Karina Kuschnir. 1. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2011.

CARVALHO, Salo. WUNDERLICH, Alexandre. *Novos diálogos sobre os Juizados Especiais Criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

CASTRO, Lola Aniyar de. *Criminologia da reação social*. Trad. Ester Kosovski. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 1983.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

COHEN, Albert K. *The Study of Social Disorganization and Deviant Behavior*, Basic Books, Inc., 1959.

DA MATA, Jéssica. *A política do Enquadro*. São Paulo: Thomson Reuters, 2021.

DA ROSA, Alexandre Morais. *Guia do Processo Penal conforme a teoria dos jogos*. 6 ed. Santa Catarina: EMais, 2020.

DE ARAÚJO, Fernanda Carolina. *A teoria criminológica do labelling approach e as medidas socioeducativas*. Tese (Mestrado) - Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

DEZEM, Guilherme Madeira. SOUZA, Luciano Anderson. *Comentários ao Pacote Anticrime: Lei nº 13.964/2019*. São Paulo: RT, 2020.

DIETER, Maurício Stegemann, *Política Criminal Atuarial: a criminologia do fim da história*. Tese (Doutorado) - Universidade Federal do Paraná. Curitiba, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 1987.

GARLAND, David. *A cultura do controle: crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Trad. André Nascimento. Rio de Janeiro: Renavan, 2008.

JAKOBS, Günther. *Derecho Penal: Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*. 2. ed. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Mardi (Espanha): Marcial Pons, 1997.

JAKOBS, Güinther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Derecho penal del enemigo*. 1. e.d. Madrid: Thomson Civitas, 2003

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito Processual Penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MESSIAS, Mauro. *Acordo De Não Persecução Penal: Teoria e Prática*. 2. ed. São Paulo: Editora Lumen Juris Direito, 2020

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

ROXIN, Claus. Derecho Penal: Parte General. Tomo I. Fundamentos. *La Estructura de la Teoría del Delito*. 2. ed. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conledo e Javier de Vicente Remesal. Madri (Espanha): Thomson Civitas, 2006.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Criminologia da Repressão: uma crítica ao positivismo em criminologia*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *A criminologia radical*. 4. ed. Florianópolis: Tirant Blanch, 2018.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia: contribuição para a crítica da economia da punição*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2021.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal: parte geral*. 6. ed., ampl. e atual. Curitiba: ICPC Cursos e Edições, 2014.

SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.

Seminário *Depois do Grande encarceramento*. Organização Pedro Vieira Abramovay, Vera Malaguti Batista. Rio de Janeiro: Renavan, 2010.

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

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Drogas: Desafio Contemporâneos*. 1. ed. São Paulo: D'Plácido, 2018.

SOARES, Flávia Cristina. RIBEIRO, Ludmila Mendonça Lopes. *Rotulação e seletividade policial: óbices à institucionalização da democracia no Brasil*. Rio de Janeiro, 2018.

SUTHERLAND, Edwin. *White-collar criminality*. American Sociological Review, 1940.

TAFFARELLO, Rogério Fernando. *Drogas: falácia do proibicionismo e alternativas de política criminal*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP), 2009.

VALOIS, Luís Carlos. *O direito penal da guerra às drogas*. Belo Horizonte. D'Plácido, 2017.

WACQUANT, Loïc. *Punir os pobres: uma nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. De CARVALHO, Salo. *Novos diálogos sobre os juizados especiais criminais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. v. 1. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Trad. Vania Romano Pedrosa. Amir Lopez da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro: Renavan, 1991.

ZAFFARONI, E. Raúl. *El enemigo en el derecho penal*. Buenos Aires: Ediar. 2006.