



UMA ANÁLISE DA SELETIVIDADE PENAL PELO PRISMA DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E OS DITAMES DO PLEA BARGAINING

RIBEIRO, Batistel Amanda¹
Glauco Roberto Marques MOREIRA²

Resumo: O presente trabalho pretende a partir de criminologia abordar os parâmetros gerais do Acordo de Não Persecução Pena, que foi inspirado pela Plea Bargain do direito americano como uma saída para tornar todo o sistema jurídico mais eficiente e sua relação com a seletividade penal, reforçando assim a ótica de que o direito penal deve se amoldar a evolução da sociedade por meio do expansionismo penal. O surgimento de novo tipo penais será um reflexo dos novos crimes que vieram a surgir, um deles seria os crimes de âmbito econômico que se demonstram como reflexos de indivíduos que antes não eram alvo do direito penal, assim nesse sentido com novos crimes, novas formas de solução para eles são aplicadas e nesse sentido a barganha penal é realizada por meio de acordo distintos, com fulcro em requisitos como posição do agente entre outros. Além disso usasse os métodos de pesquisa dedutivo para a elaboração das pesquisas e análises críticas da bibliografia sobre o tema.

¹ Discente do curso de Direito do Centro Universitário “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Pesquisadora bolsista no Grupo de Iniciação Científica “Direito Penal na Modernidade” do Programa de Iniciação Científica do Centro Universitários “Antônio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente (Edital PROAC nº 1 de 16 de fevereiro de 2021). Email: amandabatistelribeiro@gmail.com.

² Doutor e Mestre em Direito pela ITE (Instituição Toledo de Ensino de Bauru/SP); graduado em Direito pela Toledo Prudente Centro Universitário (1991); professor de Direito Penal da graduação e pós-graduação da Toledo Prudente Centro Universitário; atua principalmente nos seguintes temas: pena, Constituição, direitos fundamentais.

Palavras chaves: Plea Bargain. Acordo de Não Persecução Penal. Expansionismo.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho pretendeu realizar o estudo a partir de uma análise crítica da bibliográfica sobre o tema que versa sobre o ANPP (acordo de não persecução penal) como uma releitura do plea bargain norte americano enquanto reflete sobre seus impactos dentro da sociedade, desta forma a seletividade penal será estudada sobre o parâmetro do plea bargain em detrimento da expansão penal

Originado a partir do punitivismo e da repressão social encontrada tanto na sociedade brasileira como ao redor mundo, o Estado busca demonstrar sua força e afirmar ainda mais a sua legitimidade dentro de um sistema que se encontra deficiente, com o objetivo de trazer uma maior garantia social e usando métodos que acompanhar o expansionismo o direito penal exemplifica sua adequação dentro da sociedade.

Um grande exemplo na sociedade brasileira que se encontra na tentativa de avançar, seria a instituição do plea bargain pela Lei Anticrime que abordou o instrumento do acordo de não persecução penal, sua maior finalidade além de tornar so sistema judiciário mais eficaz seria o combate à criminalidade, e apesar de trazer mudanças positivas a nova lei também ocasionou o recrudescimento penal.

Será analisada a expansão penal e o seu impacto na sociedade, abordando os crimes dessa modernidade que estão vinculadas as questões econômicas e como tais crimes estão influenciando as transformações. Posteriormente será analisada o instituto do plea bargaining dentro do direito brasileiro com a Lei Anticrime e o Acordo de Não Persecução Penal. Por fim, se estuda a seletividade penal em encontro com os novos métodos de solução de conflitos, denominado direito penal negocial.

A pesquisa foi feita partir de estudos bibliográficos sobre a temática abordada, simultaneamente as pesquisas não só jurisprudenciais como também aquelas que versam sobre a legislação penal e a sua evolução desde a primazia da sociedade até o seu estado atual na contemporaneidade.

2 O EXPANSIONISMO PENAL E SEUS REFLEXOS DENTRO DA SOCIEDADE

Durante o crescimento da sociedade houve o desdobramento absurdo da criminalidade por conta da deficiência do Estado em conseguir controlar o avanço da violência, o que ensejou a necessidade do direito penal de se adaptar as novas realidades vivenciadas. É nesse sentido que na contemporaneidade temos uma política criminal, caracterizada pela expansão do direito³.

O direito penal se torna cada vez mais seletivo, abandonando os estigmas liberais pela qual tinha sua base, por conta de que há uma construção seletiva da criminalidade, ocasionando assim que ocorra uma produção tanto material quanto ideológica das diferenças sociais presentes em nossa sociedade e não com o foco no combate a criminalidade, proteção dos bens jurídicos, sendo distanciado do seu objetivo primário da segurança jurídicas e pública⁴.

Além disso, deve ser ressaltada a proliferação das leis penais com a finalidade de dar uma “resposta à sociedade”, não só abordando um ideal de tranquilidade utópico, mas também inserir nesse meio uma política de produção de leis, acentuando assim os problemas políticos-criminais que se convertem em problemas fundamentais por conta do direito penal moderno⁵.

É uma linha de raciocínio que busca de certa forma, tranquilizar o cidadão por conta das ampliações das leis e penas, isso seria classificado até mesmo com uma medida rude, simplesmente por ser colocado como algo aplicado aos que cometem atos delitivos, criando um estereótipo para esses indivíduos na qual não são possuidores de direitos e garantias processuais.

Outrossim, é relevante pontuar o avanço midiático e tecno logico que ocorreram ao longo do tempo em nossa sociedade que proporcionou uma certa insegurança jurídica, por conta de uma difusão do medo, na qual a mídia

³ JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, p. 55, 2007.

⁴ ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 187, 2003.

⁵ CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**. / Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, p. 21, 2012.

exercendo uma grande influência social trazia para sociedade um elevado grau da denominada sensibilidade de risco⁶.

A crescente expansão da globalização acarreta preocupações para a comunidade jurídica, tendo como exemplo quando há uma notícia sobre um crime pode ocasionar o cometimento de outros crimes como um “efeito manada”. Assim se compreende que o uso do direito penal pela sociedade começa a se tratar como a forma de preservação de poder e desta forma garantir a sobrevivência de um sistema capitalista em geral.

Nota-se a atribuição de política de enfrentamento do crime, principalmente neste momento de expansão do direito penal por conta da sociedade que respira o crescimento, uma dessas soluções forma as abordadas teorias de conflito que versam sobre a harmonia social decorrente tanto da força quanto da coerção, isto pois, existe uma relação do dominante com o dominado que por sua vez não vai haver a voluntariedade entre ambos para pacificação social o que decorre da imposição e coerção usados⁷.

A teoria do Etiquetamento, ou também denominada Labelling Approach, é uma das mais relevante que teve sua origem nos Estados Unidos no ano de 1960 com dois precursores Erving Goffman e Howard Becker.

No Brasil, tivemos a influência do pensador italiano Alessandro Baratta abordou que não havia como compreender a criminalidade se não ocorresse um estudo da ação do sistema penal, como será definido e quais são suas reações, começando essas análises pelas normas abstratas até as instancias oficiais⁸ nesse sentido aquele *status* social de delinquente será ocasionado pelos efeitos das atividades exercidas nas instancias oficiais do controle social da delinquência.

É desta forma que pela sociedade e com anuência do Estado, temos os rótulos sobre as atividades que tornam ou não um indivíduo delinquente, isso acontece pelo julgamento de que uma conduta seria ou não perigosa e

⁶ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. : São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 409, 1995.

⁷ PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. Ed. Saraiva. São Paulo, p.65, 2015.

⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, p.86, 2002.

desviante, assim a solução para tais acabar com tais condutas seriam impor sanções para quem as cometesse.

Quando abordamos os efeitos da teoria do etiquetamento, o principal seria esta rotulação que vai induzir as condutas desviantes que apesar de ser diretamente ligado à reação social, sua base também será com a criminologia do Passar à Ação⁹. O *labelling approach* não só manteria os interesses de uma classe, mas também abordaria muito do que chamamos de abuso do poder estatal.

Não houve somente a criação de teorias e instrumentos que pudessem trazer uma maior segurança jurídica no momento de evolução da sociedade e também dos crimes, mesmo que a expansão acarretasse um grande conflito entre as questões dogmáticas ou de política-criminal, ela não iria de certa forma apresentar uma garantia da qualidade do direito penal¹⁰.

Outrossim, à rigor pela preservação da segurança jurídica o direito penal então será analisado a partir do prisma do ordenamento jurídico garantidor dessa segurança, contudo existe o conflito inerente ao ordenamento de liberdade.

Quando se trata dos riscos tanto atuais quanto futuros normalmente se possui incertezas sobre o que está por vir e em como haverá a prevenção contra tais riscos. Nesse sentido, o ordenamento de liberdade se limita aos poderes do Estado, quanto a intervenção junto com a sociedade, porque está seria a melhor forma de proteção encontrada e divergindo a esse ponto teríamos o ordenamento de segurança que vai requerer que o direito penal se amplie e amplie e os poderes do Estado, para combater os novos riscos¹¹.

Neste contexto temos que o direito penal então irá tutelas os bens jurídicos através do uso de leis penais em branco, para haver uma nova forma de tipificação principalmente daquelas que versam sobre o perigo eminente,

⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual**. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 36, n. 3, p. 545-566, set.-dez. 1983, p. 563.

¹⁰ D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Liberdade e Segurança em Direito Penal**. O problema da Expansão da Intervenção Penal. Revista eletrônica de Direito Penal. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

¹¹ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 262.

concreto e abstrato dos ideais expansionistas agora em jogo que se encontram sustentados pela mídia globalizada¹².

2.1 DOS CRIMES ECONÔMICOS QUE IMPLICAM NAS TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E JURÍDICAS

O expansionismo penal não somente trouxe uma absurda evolução na economia, política e também no âmbito social, nesse contexto é possível inclusive analisar a mudança até no contexto do crime na contemporaneidade além da criminalização de novas condutas e uma gama de novos bens jurídicos que agora são tutelados.

Nesse contexto, um dos crimes que mais ganhou força ao longo da história, principalmente no contexto do direito brasileiro fora os crimes empresariais que ainda continuam inconsistentes pela lei, um exemplo deles seria os próprios *White-collar crimes* na qual o agente irá possuir uma posição econômica respeitosa e de alto status¹³ além de que irá agir sem recorrer a violência, pois o objeto desejado será somente o ganho financeiro.

Embora estejamos falando de crimes empresariais, eles são um ramo dos *White Collar Crimes*, além de haver essas particularidades tem-se a necessidade de exemplificar a estrutura da empresa que vai estar intrinsecamente ligada ao delito.

Pode-se diferenciar tais crimes por conta dos bens jurídicos e do próprio agente que o comete, além de citar o potencial lesivo desse tipo penal afinal mesmo que haja um contexto de realidade para o agente deste crime, o Estado de forma alguma deve desdenhar as garantias fundamentais e puni-los desarrazoadamente, como vem ocorrendo com grande frequência no país.

Ao tratar dos agentes criminosos no direito penal econômico, tem-se que o crime deve ser analisado não só sobre a premissa das classes menos favorecidas, haja vista que agora o crime não se encontra exclusivo nessas classes¹⁴. Existe assim uma organização um tanto oposta nesta

¹² FARIA COSTA, José de. **Direito penal econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 41-42

¹³ SUTHERLAND, H. Edwin. **White Collar Crime**. New York: The Dryden Press. P. 272, 1949.

¹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176, 2014.

contemporaneidade principalmente ao se tratar dos “valores criminais”, na qual o delinquente será quase como um profissional do crime precisando assim de um “ensinamento” para que possa delinquir¹⁵.

Por conta do seu status na sociedade se entende então que os criminosos de colarinho branco possuem um tratamento diferenciados, não se confundindo com os criminosos comuns, isso gerava uma certa intimidação por parte dos aplicadores, isto pois, muito tinham “medo” de sofrer consequências ao enfrentar um criminoso daquele porte, detentor de poder econômico e influência.

Sendo assim, nesta perspectiva mais seletiva, podemos observar que quanto abordada a vulnerabilidade dos indivíduos comuns e comparados aos dos crimes de colarinho branco, a diferença é latente, isso porque quanto menor o seu esforço pessoal para ser incluído pelo punitivismo penal. O inverso também é recorrente, aos indivíduos que não tem esse grau de vulnerabilidade, se demanda um esforço muito maior para haver a imposição da pena pelo Estado¹⁶.

É fato que os tipos compreendidos por essa ramificação do crime econômico, tem uma alta taxa de impunidade devido a baixa vulnerabilidade dos agentes, na qual se diverge muito dos crimes grosseiros como tráfico de drogas, furto, roubo que tem uma alta repressão do sistema penal¹⁷.

Deste norte, a vulnerabilidade e a perspectiva da criminalização do agente que irá depender muito de seu grau de vulnerabilidade, pois atinge aquelas partes hipossuficientes da sociedade que será controlada por conta de repressão advinda das agencias judiciárias, em contrapartida aqueles crimes de colarinho branco realizados pelos agentes de menor vulnerabilidade são os que deveriam ser de certa mais reprimidos, principalmente pelo seu potencial lesivo para a coletividade.

Devemos lembrar que os crimes de colarinho branco possuem também a interpretação de tipos penais com especial branqueadura, com um

¹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176, 2014.

¹⁶ GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal: uma questão social**. Belo Horizonte: Editora. D'Plácido, 2018

¹⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 177.

tratamento desigual, ocasionando certas injustiças palpáveis, desta forma há uma carência de demandas medidas específicas mais severas para a punição, principalmente nas instancias mais formais do controle.

À rigor, o legislador ao compreender tais necessidades advindas de um crime novo surgindo em nossa sociedade, os ordenamentos jurídicos internos trouxeram o Direito Penal do Inimigo, punindo o sujeito pelo o que ele é e pelo fato que cometeu, sendo respectivamente o direito penal do autor e do fato. Na prática a lei estabelecida, foi a Lei 12.846/2013 para o combate dos crimes econômicos, verificando um tratamento penal mais rigoroso aos seus agentes, sem que deixe de analisar, contudo, a ótica das garantias fundamentais e processuais.

Tais transformações e novidades inclusas em nosso ordenamento jurídico são consequências do avanço tecnológico e progresso econômico, com uma nova criminalidade, nesse sentido a carência de leis para realizar o seu combate foi algo evidente¹⁸. Este é um tipo de crime que irá surgir quando houver em seu histórico a necessidade de uma política econômica que será tanto dirigida quando mais centralizada¹⁹.

As tendências empresarias quanto aos crimes empresariais se moldam muito a partir do denominado princípio da insignificância (ou princípio da bagatela), entendimentos por volta deste se destacam ao afirmar que crime que ultrapassam u valor de R\$20.000,00 (dez mil reais) deixam de ser crimes que pode ser aplicado o princípio da insignificância para se tornar crimes inaptos para a aplicabilidade de tal princípio.

Contudo ainda existem aspectos que fragmentam tal entendimento jurisprudencial, haja vista que muitos dos condenados serão os ócios de empresas ou parte da diretoria, independente de uma participação no delito. Além disso, outra situação que aborda uma insegurança jurídica seria a característica central da criminalidade empresarial, por conta de uma carência na uniformização das decisões, ademais a aplicação do conceito de crime organizado que se torna algumas vez muito avulsa em um conjunto geral, a

¹⁸ DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.21, 2015.

¹⁹ BALCARCE, Fabián. **Derecho Penal Económico: Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General**. CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Córdoba, 2007

jurisprudência caminha novamente para um sentido de adaptação e moldagem de suas decisões.

Uma amostra dessa adaptação é a própria operação lava-jato que teve seu ápice central no ano de 2018 e em alguns tópicos serve de base para outros tribunais decidirem seus parâmetros de análise e fundamentação nas sentenças.

3 O PLEA BARGAIN ATRAVÉS DA SOMBRA DO JULGAMENTO

O plea bargain tem sua origem no *common law*, com influência direta anglo-saxônica, seu uso é mais frequente nos países como os Estados Unidos da América, na qual teve maior recorrência a partir do século XIX, isto pois, os julgamentos principalmente no âmbito penal tinham maior celeridade processual não sendo necessária assim a implementação de outro instrumento²⁰.

De maneira genérica, o *plea bargaining* seria uma negociação feita entre o Ministério Público e o acusado, isso ocorreria sem a participação de um juiz, na qual sua finalidade tem como base obter uma declaração de culpa do acusado (*o guilty plea*) ou uma declaração na qual ele não pretende contestar a acusação (*plea of nolo contendere*)²¹.

Nesse sentido, o réu aceitaria confessar sua culpa em troca de algum benefício ou concessão por parte do Estado, que pode optar por duas situações a redução no número ou quando se trata da gravidade das acusações contra o acusado e também na redução da pena ou em alguma recomendação se sentença que foi feita pela acusação.

A partir dos pressupostos abordados anteriormente se entende que os pilares do plea bargaining seriam a renúncia parcial do direito de defesa, haja vista que ocorre a imposição de uma punição antecipada por conta de o acusado receber algum tipo de benefício, evitando assim uma sanção. Essa renúncia do direito é feita por meio da aceitação do réu para com a acusação, sendo a geralmente a confissão²².

²⁰ LANGBEIN, John H. **Tortura e Plea Bargaining**. In: **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017

²¹ ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007

²² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. São Paulo, p. 68, 2015.

Se assevera que tal instrumento não seria nada mais uma modalidade negociada para o direito penal, incentivando a resolução do litígio por um acordo entre acusado acompanhado de seu representante legal e o ministério público. Além disso, pode ser analisado como um processo pelo qual promotores, acusados e juizes buscam assegurar benefícios e evitar os custos processuais, à sombra do processo penal²³.

Com efeito, existe a necessidade de cada uma das partes abdicar de algo para atingir o que se considera seu resultado satisfatório, ou seja, no momento em que há a confissão do réu e a não contestação da acusação, o ministério deixa de oferecer a denúncia qualificação benéfica do fato ou, ainda, a possibilidade de uma redução da pena²⁴.

Para ocorrer o plea bargaining o acusado irá abrir mão de muito dos seus direitos, admitir sua culpa significa negar à presunção de inocência e o direito de exigir a comprovação do fato por parte do ministério público, sacrificando assim muitos de seus direitos que em tese devem ser respeitados quando o processo vai para julgamento, o que leva a análise de que tal instrumento não respeitaria os princípios constitucionais previstos em lei²⁵.

Contudo mesmo possuindo tais atribuições, ainda é visto como os atores buscam os benefícios para implementação deste recurso dentro do sistema penal, um destaque é dado pelo absurdo volume de casos levados às cortes, contudo alguns doutrinadores como Malcolm M. Feeley que critica o fato desta explicação ter seu âmago ligado a um esvaziamento da relevância do júri criminal do que a uma efetiva constatação advinda de pesquisas²⁶.

Outra perspectiva seria de que com o expansionismo penal houve uma complexidade dos casos criminais, que deixou assim de exigir dos sujeitos processuais o conhecimento de somente alguns crimes, para uma grande variedade, tal argumento é usado com a ideia dos grandes volumes de casos

²³ SMITH, Bruce P. **Plea Bargaining and the Eclipse of the Jury**. Annu. Rev. Law Soc. Sci. VI. 1 (2005). p. 131-49

²⁴ BRYAN, A. Garner, editor. **Black's Law Dictionary**, rev. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.

²⁵ RAPOZA, Hon. Phillip. **A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra**. Revista Julgar. Lisboa, n. 19, jan-abr, 2013.

²⁶ FEELEY, Malcolm M. **Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining**. Israel Law Review. 1997, p. 183-190.

atualmente recorrentes, assim juntas ambas justificativas se completam pela concepção dos modelos teóricos racionais²⁷.

Esse modelo explicativo para John Langein que reitera uma nítida situação na qual a prática do plea bargaining dentro da sociedade é algo inquestionável, isto pois, a ausência deste instrumento nos séculos anteriores somente se daria por conta de que (em referência podemos citar o século XVIII) tínhamos julgamento na qual hoje poderiam ser tratados como procedimentos não judiciais, isso na ótica do common law, já o tribunal do júri seria classificado como um procedimento sumário, assim sendo no intervalo de tempo entre séculos e na evolução do direito penal se originou um sistema adversarial que estaria ligado ao desenvolvimento das disposições sobre provas que ocasionaram uma transformação no júri clássico do common law, retirando a sua eficiência anterior e obsoleta²⁸.

Tal pensamento de que os acordos ocorrem por conta do volume de casos e sua complexidade pode ser a justificativa para o rápido crescimento e protagonismo de tal sistema²⁹ de práticas negociais. Assim com esse novo sistema de troca de benefícios do acusado e o Estado temos que há uma auferição dos benefícios do Estado que concede ao acusado uma forma de tratamento mais leniente³⁰.

À luz dos elementos abordados anteriormente, mostra-se como existe argumentos para sua aplicação além demonstra quão benéfico o plea bargaining para o ordenamento jurídico, contudo ele foi analisado a partir de premissas do common law e assim é necessário que avaliar tais premissas são o suficiente e possíveis para que consigam ser implementadas no ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 A INFLUÊNCIA DO PLEA BARGAINING NO DIREITO BRASILEIRO: O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

²⁷ SMITH, Bruce P. Op. Cit. p. 133-135.

²⁸ LANGBEIN, John H. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. Law & Society Review. VI. 13. (1979) p. 261-272

²⁹ LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. Harvard International Law Review. VI. 45. No. 1 (Winter 2004) p.1-64.

³⁰ ALSCHULER, Albert W. **The prosecutor's role in the plea bargaining**. University of Chicago Law Review. VI. 50 (1968) p. 50-112

O direito penal negocial teve suas aspirações para sua entrada no ordenamento jurídico brasileiro com a Lei Anticrime, desenvolvido pelo ex-ministro Sergio Moro no governo do atual presidente Jair Bolsonaro, propondo uma reforma em alguns dispositivos penais, incluindo assim a negociação sobre sanções por meio de acordos nos instrumentos do common law.

Vale destacar que no Brasil, existem recursos vigentes no sistema jurídico penal que pesam similaridades com a delação premiada e a transação penal, nesse sentido podemos até evidenciar um diálogo entre os institutos, isto pois, o plea bargaining não foi completamente implantado em sua integralidade aqui, mas ele também não rejeita suas premissas.

O seu primeiro aparecimento dentro da sociedade brasileira foi com a lei dos crimes hediondos ou também denominada Lei 8.072/1990, posteriormente sua recorrência foi destaca na edição da lei dos juizados criminais e da suspensão condicional do processo em 1995. Outro instituto que presenciou alguns lembretes do plea bargaining foi da lei de proteção as vítimas e testemunhas e também na lei de combate aos crimes organizados.

Ao versar sobre a colaboração premiada têm-se que inicialmente era somente um instrumento para estimular o agente participante de uma organização criminosa revelasse os fatos perante uma promessa do Estado de conceder vantagens processuais e penais em troca de tais informações estando assim ambos atrelados³¹.

Contudo ainda assim, tivemos uma guinada em todo o sistema brasileiro, principalmente quando se é abordado o acordo de não persecução penal instituído pela Lei Anticrime, pois se concretiza assim a entrada de justiça penal negocial em nosso ordenamento.

A justiça negocial será como uma forma de acordo pela aceitação das duas partes, ministério público e acusado, na qual o réu terá o afastamento da sua posição de resistência para que se facilite assim a imposição de uma sanção moderada, pois aqui se leva em conta a cooperação do agente³².

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava jato**. Portugal, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 146º nº 4000, set-out, 2016.

³² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Op. Cit. p. 50.

Vale destacar que optar pelo meio consensual para a justiça criminal é uma variante do exercício da política criminal, isto pois, podemos analisar que as fontes do direito penal material são o cerne principal desta política criminal que definem em partes as normas incriminadoras³³.

Contudo é importante salientar que ao tratar da política criminal temos que abordar as fronteiras penais e o que elas englobam, não sendo unicamente um conjunto legislativo, mas também uma maneira prática e teórica que está presente no sistema jurídico-penal além de qualquer outra ação oficializada pelo Estado que tenha com objetivo a gestão de relações, interesses e os litígios sociais que tenha uma conexão intrínseca com o direito penal³⁴. À rigor, a expansão do direito penal e processo penal, foi usado como uma ramificação desta política criminal³⁵.

Ao tratar do ANPP, temos uma modalidade de política criminal classificada como despenalizadora que vai refletir na ótica da punibilidade do agente, em vista disso têm-se uma natureza jurídica mista da norma que induz a extinção da punibilidade do agente e, portanto, será colocada como uma norma processual e norma penal³⁶. A respeito disso a política criminal vai ser um padrão crítico de direito constituído, principalmente quanto se versa sobre limites e de sua legitimação³⁷.

O acordo de não persecução penal, será o instrumento brasileiro da justiça penal negociada, na qual se encontra em uma circunstância de obrigatoriedade da ação, o que se contrapõe com o exercício da oportunidade através do poder discricional do parquet, desta forma a deflagração da ação é dispensada sendo submetida à acusação em juízo, finalizando o rito jurisdicional.

³³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Política criminal: realidades e ilusões do discurso penal. Discursos Sediciosos.** Crime, Direito e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 7, n. 12, jul./dez., 2002, p. 53.

³⁴ DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal.** Tese (Doutorado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 430.

³⁵ AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador.** Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017.

³⁶ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal.** 18. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal.** cit., p. 126.

³⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas.** São Paulo: RT. 1999, p. 42.

É interessante pontuar a importância do respeito aos princípios da legalidade, obrigatoriedade e oportunidade, pois o ANPP precisa estar compatível com tais princípios, tanto para esclarecer os domínios da atuação do próprio instituto e os pressupostos para a sua entrada no ordenamento jurídico.

No ordenamento jurídico brasileiro, com a Constituição Federal de 1988³⁸ e o Código de Processo Penal³⁹, temos a consagração de um sistema acusatório, na qual sua característica mais marcante é a divergência entre os órgão e funções de acusar e julgar. Nosso sistema é a verdadeira força que impulsiona todo um sistema de ordem jurídica que o acolhe.

Tais definições tratam dos elementos básicos sobre autoria e a materialidade que está na acusação penal privativa do ministério público, o que delimita a atuação de qualquer outro órgão nesse momento. Neste cenário que se encontra a discussão sobre a sintonia com o princípio da obrigatoriedade, de maneira geral, inerente à ação penal pública deve estar a persecução penal, contudo para que isso aconteça o parquet deve se afastar da ideia de oferecimento da denúncia, haja vista a dinâmica com o princípio da oportunidade para instituir a não persecução penal.

É a partir disso que pela obrigatoriedade não haverá espaço pela discricionariedade, isto pois, no momento em que se deflagrar uma ação penal haverá a existência de um crime e com os indícios evidentes de autoria e materialidade o parquet não poderá exercer sua obrigação quanto vinculação com os fatos ilícitos e o investigado⁴⁰.

A partir de tal entendimento é relevante afirmar que o ministério público não será colocado com mero aplicador do direito, mas sim como um agente político, em suma, será capaz de reconhecer os critérios legais e as necessidades de realizar a ação penal⁴¹.

Nesse sentido ao compreender os papéis de agentes na execução do acordo de não persecução penal e a sua aplicação no Brasil em conjunto com

³⁸ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 15

³⁹ CPP – Art. 3º-A. O processo penal terá estrutura acusatória, vedadas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019)

⁴⁰ PACHELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. Op.cit., p. 102

⁴¹ ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros; SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): **Acordo de não persecução penal**. 3. ed., Salvador: Editora JusPodivm, p. 291-348, 2020.

os ditames dos princípios constitucionais que funcionam como garantias fundamentais para o réu, se destaca que o tal acordo viabiliza uma concretização do processo de forma mais célere, sem precisar recorrer a via judicial e o poder punitivo do Estado, tudo através de uma confissão espontânea do réu que possui benefícios penais e processuais.

4 A OBSTINADA SELETIVIDADE PENAL EM CONJUNTO COM OS NOVOS MÉTODOS DE SOLUÇÃO DE CONFLITO CRIMINAIS

No direito penal a seletividade é algo que se encontra presente tanto quando se versa sobre a fase legislativa e também na fase judicial, na qual sua preferencia será uma parcela da população que subsiste em locais e situação muito longínquos da realidade concreta dos direitos fundamentais.

É desta maneira que todo o discurso advindo do direito penal com ideais de trazer a segurança jurídica e a promessa de redução e combate a criminalidade, todavia é importância citar o quanto tais premissas são utópicas, pois na verdade o direito penal é algo devastador, sendo não só mais letal que o próprio crime como também constrói ele mesmo a criminalidade e a reprodução das divergências sociais.

Inicialmente é relevante afirmar o quanto o direito penal se encontra baseado na concepção de um sistema que deve ser repressivo para haver a prevenção, logo seus primeiros anseios se moldam a partir da punição com a aplicação da pena com a finalidade de desestimular os indivíduos de violarem a lei, geralmente nessa situação os criminosos atingidos são aqueles de classes mais baixas que cometem crimes de cunho patrimonial. Posteriormente, têm-se as formas em que o direito penal usa para estabelecer a prevenção, é possível distinguir que em cada local será diferente, haja vista a necessidade de se habituar com os sistemas econômicos do lugar em questão, com fundamento nas condições pré-estudadas anteriormente que a política criminal vai se estabelecer e articular assim o direito penal no cerne social⁴².

À rigor, as classes sociais que são oprimidas pelo direito penal são aquelas pelas quais o direito vai se articular, então em uma perspectiva

⁴² RUSCHE, Georg. **I1 mercato di lavoro e l'esecuzione della pena: riflessioni per una sociologia della giustizia penale**. La Questione criminale, Bolonha, v.2, n.3, p. 523, 1976.

capitalista se compreende que as condições de classe acabam por fim determinando os rumos da política criminal. Por conseguinte, a estrutura material é o que irá determinar as relações de domínio sociais, o que em tese gera a consolidação das instituições sociais e por esse ângulo acabam se favorecendo de sua reprodução⁴³.

Assim o sistema penal se encontra com a premissa de ser igualitário, pois atingiria a população e suas condutas em geral, algo justo que tem como base a prevenção dos delitos que restringiriam seus limites de necessidade. Contudo o seu desempenho se difere, partindo da suposição de uma repressão, seja por meio de linhas preventivas ou por conta de uma incapacidade que é ocasionada pelas respostas penais, sejam elas legais ou não, sendo ações repressoras que acabam na sombra das boas intenções com suas falhas operacionais⁴⁴.

Assim no presente cenário em que abordamos a seletividade penal é devidamente necessário transportar as alusões ao acordo de não persecução penal e a Lei Anticrime que tem como base essa influência do panorama jurídico internacional em nosso sistema jurídico, pautado na maior celeridade processual que acelera os procedimentos os tornando mais eficazes.

Entretanto podemos visualizar uma segregação nesse momento principalmente ao pontuar os requisitos do ANPP, isto pois, se reserva ao mais vulneráveis a privação de sua liberdade, haja vista que a maior parte dos agentes criminosos no Brasil são pessoas que tiveram condutas relacionadas aos crimes patrimoniais e tráfico ilícito de entorpecentes, o que não se encaixa no rol para oferecimento do acordo.

A seletividade penal muito foi gerada como consequência do próprio expansionismo penal, isto pois, quando houve a criação de novos tipos penais essa seleção social foi alcançada por todo o poder punitivo exercido com o intuito de combater à criminalidade.

Além disso, essa impunidade estar dialogando intrinsecamente com o baixo grau de vulnerabilidade daqueles pertencentes a hierarquia social gera privilégios para esses indivíduos, principalmente quando o acordo entrar em

⁴³ GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, p. 38, 2006. (Pensamento criminológico; v.12).

⁴⁴ BATISTA, Nilo. Introdução crítica ao direito penal brasileiro. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 25-26, 2007

vigor, tais privilégios demandam situações como nunca estarem no radar punitivo do Estado, ao mesmo tempo que os vulneráveis não serão incluídos no ANPP e assim a punição estatal vai os atingir.

Os contornos da seletividade penal, ou também, a chamada seleção criminalizantes, realizada pelos acordos que tem estereótipos que vão recair sobre essa criminalização grosseira das classes mais vulneráveis e carentes em nossa sociedade o que torna explícito que a grande maioria da população marginalizada não são por conta da ilicitude do injusto social, e sim pela forma grosseira expressa no alcance do sistema penal⁴⁵.

Essa importação de um sistema americano de resolução, inicialmente seria uma hipótese, contudo se demonstrava algo que resolveria um problema processual contudo acabaria criando outros muito maiores, atualmente nos Estados Unidos os acordos do plea bargain são alvos de críticas, haja vista que levam muitos inocentes a confessarem crimes que nem cometeram diante do custo financeiro absurdo que é enfrentar um processo⁴⁶.

Ademais, esse expansionismo do direito penal irá perpetuar o sistema de seletividade penal inserido em nosso sistema jurídico, podendo ser chamado de maneira geral como uma barganha da criminalidade que dependendo da posição do agente, conforme seu status social vai definir as medidas aplicáveis para tal. A utopia do combate ao crime com a justificativa de celeridade processual, mas na realidade se trata somente de uma falácia para aplicação da pena sem seguir realimento direito fundamentais e sim os preceitos seletivos.

5 CONCLUSÃO

O presente trabalho buscou através de mecanismos como a Lei Anticrime e o acordo de não persecução penal que demonstrara a seletividade penal em seu cerne quais seriam as camadas sociais que recebiam as punições, foi possível já que a sociedade não estaria destinada a receber um tratamento penal de maneira uniforme.

⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Culpabilidade por vulnerabilidade. Revista Discursos Seditiosos, Rio de Janeiro, ano 9, n. 14, p. 37, 2004.

⁴⁶ LANGBEIN, John H. **Tortura e Plea Bargaining. In: Sistemas Processuais Penais.** Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, p. 141, 2017.

Acompanhou o desenvolvimento e os processo de expansionismo do direito penal, até o momento em que chegamos na contemporaneidade com os acordos que viabilizaram uma forma mais célere e eficaz do processo, que, contudo, prejudicou de maneira desoladora as parcelas mais carentes de uma sociedade com um direito já extremamente punitivo.

Constou-se que a justiça negocial no Brasil violou de certa forma, muitos dos preceitos definidos pela Constituição Federal de 1988, na qual houve uma necessidade para que o processo penal prosseguisse em conjunto com o Estado Democrático de Direito, no entanto as consequências desviaram desta premissa anterior e assim a persecução penal brasileira no tocante a desigualdade se tornou um trampolim para consequências extremamente negativas que somente se agravaram mais ainda com essa expansão do direito.

Frente a este sistema decadencial a vulnerabilidade presente nas massas só se prejudicou, ao passo que as instituições coercitivas ficaram ineficientes na tentativa de cumprir com suas obrigações principalmente diante ao novo sistema inserido pela Lei Anticrime.

Ademais, com as análises de vulnerabilidade sociais e a seletividade penal respaldou-se que as desigualdades se tornam ainda mais evidentes por conta desta negligência do Estado, quanto as mudanças processuais punitivistas o problema da criminalidade tornou-se uma questão de âmbito social somente alavancado, por conta de tais mudanças desenfreadas em um sistema jurídico ainda obsoleto.

REFERÊNCIAS

AIRES, Murilo Thomas; FERNANDES, Fernando Andrade. **A colaboração premiada como instrumento de política criminal: a tensão em relação às garantias fundamentais do réu colaborador**. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, v. 3, n. 1, p. 253-284, jan./abr. 2017.

ALBERGARIA, Pedro Soares de. **Plea Bargaining. Aproximação à justiça negociada nos E.U.A.** Coimbra: Almedina, 2007

ALSCHULER, Albert W. **The prosecutor's role in the plea bargaining**. University of Chicago Law Review. VI. 50 (1968) p. 50-112

ARAS, Vladimir. **Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do direito comparado**. In: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu Barros;

SOUZA, Renee do Ó; CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira (org.): **Acordo de não persecução penal**. 3. ed., Salvador: Editora JusPodivm, p. 291-348, 2020.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo versus cidadania mínima: códigos da violência na era da globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 187, 2003.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. **El movimiento de la teoría criminológica y evaluación de su estado actual**. *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Madrid, v. 36, n. 3, p. 545-566, set.-dez. 1983, p. 563.

BALCARCE, Fabián. **Derecho Penal Económico: Origen multidisciplinario, caracteres y matices de su Parte General**. CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Córdoba, 2007

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**. 3ª ed. Rio de Janeiro: editora Revan: Instituto Carioca de Criminologia, p.86, 2002.

BATISTA, Nilo. **Introdução crítica ao direito penal brasileiro**. 11. ed. Rio de Janeiro: Revan, p. 25-26, 2007

BRYAN, A. Garner, editor. **Black's Law Dictionary**, rev. 9th ed. St. Paul, Minn.: West, 2009.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 177. GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal: uma questão social**. Belo Horizonte: Editora. D'Plácido, 2018. CARVALHO, Salo de. **Antimanual de criminologia**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pag. 177.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; BRANDÃO, Nuno. **Colaboração premiada e auxílio judiciário em matéria penal: a ordem pública como obstáculo à cooperação com a operação Lava jato**. Portugal, Revista de Legislação e Jurisprudência, ano 146º nº 4000, set-out, 2016.

CONDE, Francisco Munoz. **Direito Penal do Inimigo**./ Francisco Munoz Conde; tradução de Karyna Batista Sposato – Juruá, p. 21, 2012.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. **Liberdade e Segurança em Direito Penal**. O problema da Expansão da Intervenção Penal. Revista eletrônica de Direito Penal. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redpenal/article/view/7142>. Acesso em: 10 de agosto de 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais de direito penal revisitadas**. São Paulo: RT. 1999, p. 42.

DIEZ RIPOLLÉS, Jose Luis. **A Política Criminal na Encruzilhada**. Trad. André Luis Callegari. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p.21, 2015.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. **Processo penal e política criminal: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal**. Tese (Doutorado em

Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2014, p. 430.

FARIA COSTA, José de. **Direito penal econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 41-42

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. : São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 409, 1995.

FEELEY, Malcolm M. **Legal complexity and the transformation of the criminal process: the origins of plea bargaining**. Israel Law Review. 1997, p. 183-190.

GUILHERME, Lázaro Samuel Gonçalves. **Coculpabilidade penal: uma questão social**. Belo Horizonte: Editora. D'Plácido, 2018

GIORGI, Alessandro de. **A miséria governada através do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan: ICC, p. 38, 2006. (Pensamento criminológico; v.12).

JAKOBS, Gunther; MÉLIA, Manuel Cancio. **Direito penal do inimigo: noções e críticas**. 2ª Edição. Editora Livraria do Advogado. Porto Alegre, p. 55, 2007.

LANGBEIN, John H. **Tortura e Plea Bargaining**. In: **Sistemas Processuais Penais**. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017

LANGBEIN, John H. **Understanding the Short History of Plea Bargaining**. Law & Society Review. VI. 13. (1979) p. 261-272

LANGER, Máximo. **From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure**. Harvard International Law Review. VI. 45. No. 1 (Winter 2004) p.1-64.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed, São Paulo: Saraiva Educação, 2021, p. 256; BEM, Leonardo Schmitt de; MARTINELLI, João Paulo. O limite temporal da retroatividade do acordo de não persecução penal. In BEM, Leonardo Schmitt de. MARTINELLI, João Paulo. **Acordo de não persecução penal**. cit., p. 126.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2020, p. 15

PENTEADO FILHO, Nestor Sampaio. **Manual Esquemático de Criminologia**. Ed. Saraiva. São Paulo, p.65, 2015.

RAPOZA, Hon. Phillip. **A experiência americana do plea bargaining: a exceção transformada em regra**. Revista Julgar. Lisboa, n. 19, jan-abr, 2013.
SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: a nova parte geral**. Rio de Janeiro. Ed. Forense, p. 24, 1985.

RUSCHE, Georg. **Il mercato di lavoro e l'esecuzione della pena: riflessioni per una sociologia della giustizia penale**. La Questione criminale, Bolonha, v.2, n.3, p. 523, 1976.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 6ª. Ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 176, 2014.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira. Org: José de Faria Costa. **Temas de Direito Penal Econômico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005. p. 262.