

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES EM SUA FORMA PRIVILEGIADA COMO O CAMINHO PARA SE EVITAR A AUSÊNCIA DE CONSEQUÊNCIAS PUNITIVAS

NON-PROSECUTION AGREEMENTS AND THE PROVISION OF DRUG TRAFFICKING WITH SENTENCE REDUCTION AS A WAY TO AVOID THE ABSENCE OF PUNITIVE CONSEQUENCES

Anna Karina Omena Vasconcellos Trennepohl

Especialista em Direito e Processo Tributário. Promotora de Justiça no Ministério Público do Estado da Bahia. Colaboradora da Corregedoria do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Coordenadora do Centro de Apoio da Criança e Adolescente no MPE/BA. anna.omena@mpba.mp.br

Como citar este artigo:

TRENNEPOHL, Anna Karina O. V. O acordo de não persecução penal e o crime de tráfico de entorpecentes em sua forma privilegiada como o caminho para se evitar a ausência de consequências punitivas. **Revista do CNMP**. Brasília, 10ª ed., 2022, p. 271 - 296.

Recebido em: 25/4/2022 | Aprovado em: 10/8/2022

Resumo: O presente trabalho analisa o contexto atual, no Brasil, a possibilidade de aplicação do Acordo de Não Persecução Penal ao delito de tráfico de substâncias entorpecentes, em sua forma privilegiada, máxime com as recentes decisões dos tribunais, inclusive do Superior Tribunal de Justiça, que têm se demonstrado mais flexíveis, no que pertine à caracterização do delito, dificultando-se assim a condenação em uma ação penal e evitando-se que um possível cometimento de crime deixe de ter um algum resultado para o agente, vez que pior para a sociedade é ver a impunidade à aplicação do ANPP.

Palavras-chave: Crime; Tráfico de Entorpecentes; Ministério Público; Privilegiado; Tribunais; Acordo de Não Persecução Penal.

Abstract: *The present work analyzes the current context, in Brazil, the possibility of applying the Non-Prosecution Agreement to the crime of drug trafficking with sentence reduction, as established under the law, especially with the recent decisions of the courts, including the Superior Court of Justice, which have shown themselves to be more flexible, with regard to the legal characterization of the offense, thus making it more difficult to convict in a criminal action and preventing a possible crime from having any result for the agent, since the worst thing for society is to see the impunity that could be caused by the execution of such agreements.*

Keywords: *Crime; Drug Trafficking; Public Prosecutor; Sentence reduction; Courts of Law; Non-prosecution Agreement.*

Sumário: Introdução; 1. O enfrentamento do tráfico de drogas e os obstáculos encontrados nos tribunais superiores; 1.1. Nervosismo do agente ensejador de busca pessoal e ilicitude da prova; 1.2. Ônus da prova de autorização de acesso a imóvel; 1.3. Quantidade da droga apreendida e aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; 1.4. Existência de inquéritos ou ações penais em curso a fim de não se aplicar o §4º do art. 33 da Lei de Drogas; 2. O acordo de não persecução penal e o tráfico em sua forma privilegiada; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

O Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) se deu pela inclusão, no Código de Processo Penal, do art. 28-A, cuja redação discorre 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 quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante condições ajustadas cumulativa e alternativamente.

Para Aury Lopes Júnior¹, o Acordo de Não Persecução Penal vem na perspectiva de ampliação do chamado espaço de consenso ou justiça negociada no processo penal, ao lado da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Para que seja oferecido pelo Ministério Público, a lei exige que: a) não seja caso de arquivamento da investigação; b) o agente confesse

¹ LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Ebook, p.4552.

o crime; c) a pena em abstrato seja inferior a quatro anos; d) não seja crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa (doloso); e) não seja crime de violência doméstica; f) não seja o agente reincidente; g) não seja cabível a transação; h) o agente não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual (aplica-se a Súmula 444 do STJ ao caso); e l) não ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com ANPP, transação ou sursis processual.

Um problema enfrentado na prática é quando o membro do Ministério Público aduz que o tráfico é crime hediondo de forma genérica e afasta de plano essa possibilidade de aplicação do ANPP, sem atentar-se para essa modalidade com redução de pena, que não é crime hediondo, mesmo que o acusado preencha todas as exigências do dispositivo de lei, ou seja, primariedade, bons antecedentes, não se dedique a atividade criminosa nem integre organização criminosa, demonstrando de plano os preenchimentos dos requisitos.²

Para os contrários à propositura de ANPP nas hipóteses de tráfico privilegiado, a análise acerca do reconhecimento e da quantidade de pena deve ser feita eventualmente fixada em sentença condenatória, pois se faz necessária ampla e completa dilação probatória que, por regra, só se mostra acertada à fase da sentença.

Contudo o combate ao tráfico de entorpecentes não é feito com paridade de armas entre as organizações criminosas e o Estado. De um lado, há uma estrutura em crescimento, em que cada vez mais as pessoas ingressam no comércio de substâncias entorpecentes como uma forma de trabalho, além do crescente número de usuários. Lado outro, a dificuldade de caracterização do flagrante e investigação por parte das polícias, já que não só há maiores barreiras para a caracterização do flagrante delito, bem como do ato de traficância. Some-se a isso que, uma vez proposta a ação penal, o número de membros do judiciário e Ministério Público não condiz com o número necessário para que os

2 A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é incabível o oferecimento de ANPP (Acordo de Não Persecução Penal) pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes – cuja pena mínima é superior a quatro anos –, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, *caput*, do CPP. (AgRg no RHC 145.629/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 06/08/2021)

processos criminais, incluindo os por tráfico de drogas, sejam julgados de forma célere.

Ante todo esse quadro que vem se desenhando no cenário da investigação e apuração do crime de tráfico de drogas, analisar-se-á se o oferecimento de Acordo de Não Persecução penal – ANPP não é via mais adequada no momento, à luz da jurisprudência dos tribunais superiores.

1. O ENFRENTAMENTO DO TRÁFICO DE DROGAS E OS OBSTÁCULOS ENCONTRADOS NOS TRIBUNAIS SUPERIORES

1.1. Nervosismo do agente ensejador de busca pessoal e ilicitude da prova

Como é de notório conhecimento, a maioria dos crimes de tráfico são descobertos por meio de flagrantes perpetrados pelas autoridades policiais, tendo em vista que a ausência de aparato policial dificulta a investigação desse crime, salvo quando realizada por promotorias de Justiça especializadas ou grupos especializados, tais como o Gaeco.

Muitas dessas abordagens ocorrem por conta do nervosismo apresentado pelo acusado ao avistar policiais, encontrando-se, pois, em atitude suspeita.

Todavia, tais indicativos não podem mais ser utilizados, segundo entendimento da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, para que seja realizada a abordagem e, *in continenti* a busca em imóveis, que, em sede de Habeas Corpus (659.689), que considerou que a pessoa que demonstra excessivo nervosismo ao ver uma viatura policial passar não dá à Polícia Militar fundadas suspeitas para fazer busca pessoal, muito menos para invadir uma residência sem autorização judicial. Entendimento este que tem se mantido:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL REALIZADA NO RÉU. ILICITUDE DAS PROVAS. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. JUSTA CAUSA

NÃO VERIFICADA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Considera-se ilícita a busca pessoal e domiciliar executada sem a existência da necessária justa causa para a efetivação da medida invasiva, nos termos do art. 240 do CPP, bem como a prova dela derivada, **não sendo razoável considerar que o nervosismo do acusado ao avistar a autoridade policial, por si só, enquadre-se na excepcionalidade da revista pessoal ocorrida em seguida** (HC 680.214/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe de 5/11/2021).

2. Na hipótese, não houve a indicação de nenhum dado concreto e objetivo sobre a existência de justa causa para autorizar a busca pessoal, visto que a simples existência de denúncia anônima sobre o deslocamento de pessoas para o local dos fatos no intuito de exercerem a venda de drogas, **bem como o fato de que o suspeito aparentava suposto nervosismo diante da aproximação dos policiais (parâmetro subjetivo dos agentes policiais), não constituem fundamento idôneo para autorizar a busca pessoal, o que impõe o reconhecimento da ilicitude da prova obtida com a medida invasiva, bem como das provas dela derivadas.**

3. Agravo regimental do Ministério Público Federal a que se nega provimento.

(AgRg no AgRg no HC 706.522/SP, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022). (grifo nosso).

Vê-se que o novel entendimento é que o nervosismo *de per si* não é hábil para ensejar a busca pessoal e o acesso a imóveis. Sobre este último, prosseguiremos ainda na análise.

1.2. Ônus da prova de autorização de acesso a imóvel

Nessa mesma linha, nos últimos anos, o entendimento jurisprudencial sobre a possibilidade de agentes da polícia adentrarem em imóveis ou coisa que o valha, ou até mesmo realizar a busca pessoal em suspeito, tem sido modificado. Sendo este o posicionamento prevalente atualmente:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL APOIADO EM ATITUDE SUSPEITA DO ACUSADO. FUGA NO MOMENTO DA ABORDAGEM. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO COMPROVAÇÃO DA AUTORIZAÇÃO EXPRESSA DO AGENTE. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. ILEGALIDADE FLAGRANTE.

1. Tendo como referência o entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, **o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências.**

2. No caso em tela, a violação de domicílio teve como justificativa o comportamento suspeito do acusado - que empreendeu fuga ao ver a viatura policial, circunstância fática que não autoriza a dispensa de investigações prévias ou do mandado judicial para a entrada dos agentes públicos na residência, acarretando a nulidade da diligência policial.

3. Ademais, a alegação de autorização de entrada dos policiais pelo agente não merece acolhimento, porquanto não há outro elemento probatório no mesmo sentido, salvo o depoimento dos policiais que realizaram o flagrante, tendo tal autorização sido negada em juízo pelo réu.

4. **“Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador” (HC n. 685.593/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/10/2021, DJe 19/10/2021).**

5. Habeas corpus concedido para anular as provas decorrentes do ingresso forçado no domicílio, com a consequente absolvição do paciente.

(HC 685.681/SP, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022). (grifo nosso).

Assim, de acordo com o entendimento jurisprudencial hodierno, cabe à acusação provar que houve a autorização do morador (proprietário, possuidor ou mero locador), sob pena de estar eivada de nulidade a diligência. Todavia, na maioria das vezes, nos crimes de tráfico de drogas, apenas os agentes policiais são as testemunhas dos fatos, e a pessoa que uma vez autorizou a entrada no imóvel, por se parente ou amigo do acusado, pode não prestar compromisso em juízo e faltar com a verdade, negando ter dado a referida autorização. Por conta disso, a ação policial que ocorre de forma célere, em um flagrante, terá que ser diferida a fim de que seja documentada ou registrada de alguma forma a referida autorização.

Tal entendimento persiste ainda que uma ação policial tenha como resultado a apreensão de grande quantidade de entorpecentes. Isso não é suficiente para justificar a entrada de policiais na casa de um suspeito sem demonstrar a autorização do morador, sem ordem judicial e sem a existência de flagrante delito:

HABEASCORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA. NULIDADE. INGRESSO DE POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA OU DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. COMPROMETIMENTO DA MATERIALIDADE DELITIVA. **APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA (37,717 KG DE MACONHA, 2,268 KG DE COCAÍNA E 10,532 KG DE CRACK)**. ÔNUS DA PROVA. ESTADO ACUSADOR. PROVAS OBTIDAS EIVADAS DE VÍCIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO.

1. Esta Corte Superior tem entendido, quanto ao ingresso forçado em domicílio, que não é suficiente apenas a ocorrência de crime permanente, sendo necessárias fundadas razões de que um delito está sendo cometido, para assim justificar a entrada na residência do agente, ou, ainda, autorização para que os policiais entrem no domicílio.

2. Segundo a nova orientação jurisprudencial, o ônus de comprovar a higidez dessa autorização, com prova da

voluntariedade do consentimento, recai sobre o estado acusador.

3. Ao que se observa, o fato de o indivíduo correr com uma mochila nas costas, mesmo após evadir-se da presença policial, não configura a fundada razão da ocorrência de crime (estado de flagrância) que justifique afastar a garantia da inviolabilidade do domicílio, estabelecida no art. 5º, XI, da Constituição Federal.

4. Ordem concedida para reconhecer a nulidade do flagrante em razão da invasão de domicílio e, por conseguinte, das provas obtidas em decorrência do ato.

(HC 668.062/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (grifo nosso).

Veja que, no caso em testilha, houve a apreensão de aproximadamente 50 quilos de substância entorpecente de mais de uma espécie, e, mesmo assim, a quantidade da droga apreendida não foi suficiente para justificar a ação policial.

1.3. Quantidade da droga apreendida e aplicação do §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06

Ainda no que pertine à quantidade de drogas apreendida, o STJ, por meio da 6ª Turma, entendeu que a aplicação da minorante do tráfico não fica condicionada ao disposto no art. 42 da Lei de Drogas, sendo, pois, um direito subjetivo do réu, e, conseqüentemente, uma vez preenchidos os requisitos legais, faz-se obrigatória a aplicação da causa redutora de pena.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. IMPUGNAÇÃO SUFICIENTE. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NEGATIVA PELA SIMPLES QUANTIDADE DE DROGAS. FUNDAMENTO NÃO IDÔNEO. PENA REDUZIDA. AGRAVO PROVIDO PARA CONHECER DO RECURSO ESPECIAL. PARCIAL PROVIMENTO.

1. Impugnada suficientemente a decisão de inadmissão do recurso especial, é de ser conhecido o recurso.

2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, **“A aplicação da minorante do tráfico não fica**

condicionada ao disposto no art. 42, da Lei de Drogas. Trata-se de direito subjetivo do réu, de sorte que, atendidos os requisitos legais, mister a aplicação da referida causa redutora de pena” (AgRg no REsp 1902218/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021) 3. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe parcial provimento, a fim de reduzir a condenação para 2 anos e 6 meses de reclusão e 250 dias-multa (reduzidor de 1/2), fixando-se o regime semiaberto para o cumprimento da pena reclusiva.

(AgRg no AREsp 1881622/MG, Rel. Ministro Olindo Menezes (Des. Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). (grifo nosso).

O Supremo Tribunal Federal já entendeu de forma idêntica que poderia ser considerado como tráfico privilegiado, em que pese a quantidade e a natureza da droga apreendida: 197 kg de maconha. A Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional, mas tal tese não se sagrou vencedora no Pretório Excelso:

Ementa Penal e processual penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedentes. Necessidade de elementos concretos e não indevidas presunções para seu afastamento. Agravo provido e ordem concedida. (HC 207225, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator(a): Min. Edson Fachin, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 18/12/2021, Publicação: 10/03/2022)

A quantidade de substância entorpecente não tem servido sequer para fundamentar a prisão cautelar do acusado, como se extrai de recentes julgados³, tal qual o que entendeu que 13,6 kg de drogas,

3 HC 206745 AgR / SP - São Paulo, Ag.Reg. no Habeas Corpus, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 09/03/2022, Publicação: 15/03/2022, Órgão julgador: Segunda Turma, Publicação: processo eletrônico dje-049 divulg 14-03-2022 public 15-03-2022, Ementa: Agravo regimental em habeas corpus.

máquinas de contagem de cédulas e embalagem a vácuo, por si só, não são suficientes para a decretação da prisão preventiva,

1.4. Existência de inquéritos ou ações penais em curso a fim de não se aplicar o §4º do art. 33 da Lei de Drogas

Já que se trouxe à baila o art. 42 da Lei de Drogas, não é só a quantidade da pena que deixou de ser considerada como fator imprescindível para a não aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no §4º do art. 33.

O Ministro Alexandre de Moraes, em recente decisão monocrática, entendeu que a existência de anotações desfavoráveis ao réu também não pode impedir a caracterização do tráfico privilegiado, por entender que consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de não haver registro de que o paciente integre organização criminosa:

Consideradas as especiais circunstâncias e condições em que se desenvolveu a ação, assim como o fato de não haver registro de que ele integre organização criminosa, não vislumbro fundamentação apta a justificar o afastamento do denominado tráfico privilegiado. De modo que melhor se amolda ao caso a conclusão pela aplicação da causa especial de redução de pena prevista no §4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, cujo dispositivo é voltado a hipóteses como a presente, que retratam quadro de traficância eventual ou de menor gravidade. Nesse mesmo sentido: HC 143.577-AgR/SP, Rel. Min. ALEXANDRE DE MORAES, Primeira Turma, DJe de 27/10/2017; HC 129.466/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe de 16/10/2015; *RHC* 118.195/DF, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, DJe de 4/10/2013; HC 101.265/DF, Rel. Min. AYRES BRITTO, Red. p/ acórdão, Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, DJe de 6/8/2012. (RHC 202123, Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, Julgamento: 17/03/2022, Publicação: 21/03/2022)

2. Decisão monocrática concessiva da ordem. 3. Prisão preventiva. Tráfico de drogas. 4. A quantidade da droga apreendida, por si só, não é apta a caracterizar a periculosidade do agente. Os indícios de que o paciente praticava o tráfico não legitimam sua constrição cautelar. 5. Agravo regimental desprovido.

Essa foi a mesma linha que a 5ª e 6ª Turmas do STJ utilizou para unificar a posição dos colegiados de direito penal do Superior Tribunal de Justiça (STJ) ao decidir que a aplicação da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, prevista na Lei de Drogas (Lei nº 11.343/2006), não pode ser afastada com fundamento em investigações ou processos criminais em andamento.

Com esse entendimento, os ministros reduziram a pena de um condenado por tráfico de drogas, de cinco anos de reclusão em regime fechado para um ano e oito meses no regime aberto, e substituíram a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execução.

O caso chegou ao STJ após as instâncias ordinárias não reconhecerem a causa redutora de pena do tráfico privilegiado, pois o réu também responde a um processo por roubo, o que revelaria a habitualidade delitiva.

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS
SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.
INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE
DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.
11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO
PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO.
MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA.
UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE
AS TURMAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM
CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte - HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 - e o Supremo Tribunal Federal - AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 -, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício.

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que “A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.

3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.

(HC 664.284/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021). (grifo nosso).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA. DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESP ROVIDO.

1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em

razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte.

2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de “que ‘A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal’ (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior” (HC 664.284/ES, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 27/9/2021).

3. “Embora o crime de porte de armamentos e munições trate-se de delito de mera conduta e de perigo abstrato, nos casos de apreensão de pequena quantidade de munição desacompanhada do armamento capaz de deflagrá-la, é devido o reconhecimento da atipicidade material da conduta, em razão da ausência de lesão ou probabilidade de dano ao bem jurídico tutelado pela norma penal” (HC 610.323/PR, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/4/2021, DJe 4/5/2021).

4. Quanto ao primeiro paciente, o acórdão preferido pelo Tribunal de origem decidiu que a apreensão de apenas uma muda da planta de maconha caracterizou o crime do art. 28 da Lei Antidrogas. Embora tenha sido preso em posse também de uma munição de arma de fogo, juntamente com o corréu, a Corte de origem desvinculou a sua conduta com a do tráfico de drogas praticada pelo outro paciente. Nesse contexto fático, cabível a aplicação do princípio da insignificância e a absolvição do paciente, no caso concreto, em relação ao crime do art. 14 da Lei n. 10.826/03, por atipicidade material da conduta.

5. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022). (grifo nosso).

Essa provavelmente será a tese que afastará a incidência no art. 28-A, §2º, II, do CPP aos casos em que o acusado detiver ações penais e inquéritos policiais em curso:

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

(...)

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

(...)

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; (grifo nosso).

Pela leitura da jurisprudência alhures trazidas, constata-se a dificuldade de se fazer a prova do crime de tráfico, e, uma vez este provado, há inúmeras hipóteses em que a minorante do tráfico privilegiado pode ser aplicada, mesmo que a quantidade da droga seja expressiva e existam processos penais ou inquéritos em curso.

Dessa feita, todo um processo penal que teve seu trâmite pode resultar em uma condenação por tráfico privilegiado, que é passível de acordo de não persecução penal, na melhor das hipóteses, para não se pensar em uma absolvição ou desclassificação para o crime disposto no art. 28 da mesma lei especial, como foi o disposto no julgado em que STJ afastou a condenação em segunda instância por tráfico⁴, donde

4 “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. POSSIBILIDADE. EXCEPCIONALIDADE DO CASO DOS AUTOS. ORDEM CONCEDIDA.

1. No processo penal brasileiro, em razão do sistema da persuasão racional, o juiz forma sua convicção “pela livre apreciação da prova” (art. 155 do CPP), o que o autoriza a, observadas as limitações processuais e éticas que informam o sistema de justiça criminal, decidir livremente a causa e todas as questões a ela relativas, mediante a devida e suficiente fundamentação.

2. A Lei n. 11.343/2006 não determina parâmetros seguros de diferenciação entre as figuras do usuário e a do pequeno, médio ou grande traficante, questão essa, aliás, que já era problemática na lei anterior (n. 6.368/1976).

3. O alargamento da consideração sobre quem deve ser considerado traficante acaba levando à indevida inclusão, nesse conceito, de cessões altruístas, de consumo compartilhado, de aquisição de drogas em

se conclui que a condenação por tráfico, quando apreendida grande quantidade, já é difícil, quiçá quando a quantidade é pequena, situação esta costumeira entre traficantes que buscam suscitar porte para uso, e não traficância, caso sejam presos.

conjunto para consumo próprio e, por vezes, até de administração de substâncias entorpecentes para fins medicinais.

4. Na espécie em julgamento, em que pese a existência de condenação definitiva anterior por crime da mesma natureza em desfavor do acusado, em nenhum momento foi ele surpreendido comercializando, expondo à venda, entregando ou fornecendo drogas a consumo de terceiros. Também não há nenhuma referência a prévio monitoramento de suas atividades, a fim de eventualmente comprovar a alegação do Ministério Público de que o réu “foi surpreendido trazendo consigo e transportando, para fins de tráfico, 06 (seis) porções de cocaína.

5. Considerada a ínfima quantidade de droga apreendida (1,54 gramas de cocaína) e o fato de que o réu, em juízo, negou a traficância, retratando-se da suposta confissão informal realizada perante os policiais militares responsáveis pela sua abordagem, opera-se a desclassificação da conduta a ele imputada, em respeito à regra de juízo, basilar ao processo moderno e derivada do princípio do favor rei e da presunção de inocência, de que a dúvida relevante em um processo penal resolve-se a favor do imputado.

6. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza, além de qualquer dúvida razoável (*beyond a reasonable doubt*), pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte *objecti*, quer a parte *subjecti*. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa decorra de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas.

7. Por tal motivo, não se pode transferir ao acusado a prova daquilo que o Ministério Público afirma na imputação original e, no ponto, não se pode depreender a prática do crime mais grave – tráfico de drogas – tão somente a partir da apreensão de droga em poder do acusado ou de seu passado criminoso. Salvo em casos de quantidades mais expressivas, ou quando afastada peremptoriamente a possibilidade de que a droga seja usada para consumo próprio do agente – e a instância de origem não afastou essa hipótese –, cumpre ao titular da ação penal comprovar, mediante o contraditório judicial, os fatos articulados na inicial acusatória, o que, no entanto, não ocorreu, como se depreende da leitura da sentença e do acórdão.

8. É de considerar-se, outrossim, que do Ministério Público, instituição que, acima de tudo, se caracteriza pela função fiscalizatória do direito (*custos iuris*), espera-se mormente ante a necessidade de direcionar seus limitados recursos e esforços institucionais com equilibra ponderação uma atuação funcional imbuída da percepção de que o Direito Penal é o meio mais contundente de que dispõe o Estado para manter um grau de controle sobre o desvio do comportamento humano, e que, por isso mesmo, deve incidir apenas nos estritos limites de sua necessidade, não se mostrando, portanto, racionalmente defensável que a complexidade do atual perfil de atribuições «converta os agentes de execução do Ministério Público em simples «despachantes criminais», ocupados de pleitear meramente o emprego do rigor sistemático de dogmática jurídico-penal, ademais de meros fiscais da aplicação sistemática e anódina da pena.» (Paulo César Busato, *O papel do Ministério Público no futuro Direito Penal brasileiro*. In: *Revista de Estudos Criminais*. Doutrina Nacional. v. 2, n. 5, p. 105-124).

9. Ordem concedida, para cassar o acórdão impugnado e, por conseguinte, restabelecer a sentença que, desclassificando a imputação original, condenou o paciente pela prática do crime previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006 (Processo n. 0000013-48.2017.8.26.0569). Fica mantida inalterada a condenação relativa ao cometimento do delito descrito no art. 333 do Código Penal.

(HC 705.522/SP, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O TRÁFICO EM SUA FORMA PRIVILEGIADA

O pacote anticrime (Lei nº 13.964/2019), sob o rótulo do combate ao crime organizado e à corrupção, idealizado pelo ex-Ministro da Justiça Sérgio Moro, mas profundamente modificado pelo Legislativo, altera diversos diplomas normativos, entre eles, Código de Processo Penal (CPP), Lei de Execução Penal, Lei de Organização Criminosa e a Lei de Improbidade Administrativa (LIA). No texto aprovado, na onda da valorização do consenso, foram inaugurados, no nosso sistema punitivo legal, em sentido amplo, os acordos de não persecução penal (ANPP) e não persecução cível (ANPC), ambos negócios jurídicos-consensuais já disciplinados pelo Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) pelas Resoluções nº 181 e nº 179 do ano 2017.

O cerne do acordo de não persecução é, como a própria nomenclatura sugere, a promessa de não processar ou de não levar ao Judiciário a pretensão, desde que cumpridas certas condições ajustadas entre as partes, entre as quais algumas têm nítido caráter sancionatório. Em razão disso, Saulo Mattos (2020, p.12), ao discorrer sobre o ANPP, diz que é um *“negócio para punir, e não somente para evitar a existência de um novo processo sobre um fato aparentemente delitivo.”*

O acordo de não persecução penal (ANPP) se deu pela inclusão, no CPP, do art. 28-A, cuja redação é a seguinte:

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

No CPP, o acordo não corresponde a uma inovação propriamente dita e não difere, em sua essência, da colaboração premiada, mas supera a aplicação restrita da justiça penal negociada (legislada) aos

crimes de menor potencial ofensivo – por meio da transação penal ou suspensão condicional do processo descritos na Lei nº 9.099/95 – e às organizações criminosas, abarcando um sem-número de delitos, previstos no Código Penal e nas leis penais esparsas, cujas penas mínimas abstratas sejam inferiores a quatro anos – consideradas as causas de aumento e de diminuição de pena – e desde que cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa.

Ainda, no ANPP, é necessária a confissão do investigado e a estipulação das seguintes condições, cumulativa ou alternativamente: reparação do dano causado à vítima, quando houver; renúncia de instrumentos, produto ou proveito do crime; prestação de serviço à comunidade; e pagamento de prestação pecuniária.

O viés punitivo do ANPP, a seu turno, exige a presença de justa causa para a ação penal, melhor dizendo, exige a prévia colheita de elementos de prova suficientes da ocorrência do crime (materialidade) e da sua autoria, superando a hipótese de arquivamento da investigação. De tal modo que a confissão formal e circunstanciada (ainda que na fase pré-processual), como requisito expresso, não pode suprir a carência de elementos probatórios da investigação⁵. Nesse ponto, o acordo não se afasta da regra de que a confissão tem valor probatório relativo e deve ser confrontada com os demais elementos coletados tampouco se elidem as normas que regem a coleta de provas (art. 158 e art. 197 do CPP)⁶.

Calha registrar, tal como na colaboração premiada, que o ANPP deve ser submetido à homologação judicial para o crivo da legalidade e do atendimento ao pressuposto da voluntariedade. Todavia, nesse ponto, a reforma ainda autorizou a recusa do acordo pelo Magistrado quando considerar as condições inadequadas, insuficientes ou abusivas, remetendo-a às partes para que seja reformulado, merecendo as valorosas críticas doutrinárias.

5 A exigência de justa causa para o ANPP visa evitar o que muitos estudiosos chamam de “excesso da acusação” em decorrência das distorções porventura causadas pela obrigatoriedade da confissão.

6 Art. 158. Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado.

Art. 197. O valor da confissão se aferirá pelos critérios adotados para os outros elementos de prova, e para a sua apreciação o juiz deverá confrontá-la com as demais provas do processo, verificando se entre ela e estas existe compatibilidade ou concordância.

1. Para o Doutor Leonardo Augusto Marinho Marques, ao concluir sua análise sobre o novo instituto,
2. A necessidade de revisar o conteúdo produzido nas fases antecedentes e de controlar os atos praticados é um sinal inequívoco de que não compreendemos a racionalidade da justiça consensual. Nos países anglo-saxões, o magistrado verifica apenas se o acordo atendeu os requisitos mínimos. (2020)

Traçadas apenas as linhas gerais desse novo instrumento de justiça consensual no processo penal, adentramos na viabilidade de que este seja firmado nos casos de tráfico privilegiado.

Neste ponto, deve ser feita a análise pelo legítimo autor da ação penal, membro do Ministério Público, se é hipótese de tráfico privilegiado, vez que, uma vez proposta a ação penal, não caberia mais o ANPP.

Nesse sentido, entende o Supremo Tribunal Federal:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da *denúncia*. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o tempus regit actum. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da *denúncia*. 3. O recebimento da *denúncia* encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos

antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*”.

Tese

O acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*.

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator, e fixou a seguinte tese: o acordo de não persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a *denúncia*. Primeira Turma, Sessão Virtual de 30.10.2020 a 10.11.2020.(HC 191464 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Julgamento: 11/11/2020 Publicação: 26/11/2020)”

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. PROPOSIÇÃO APENAS EM PROCESSOS EM CURSO ATÉ RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INTIMAÇÃO PESSOAL DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. RÉU SOLTO. DESNECESSIDADE. DEFENSOR DATIVO DEVIDAMENTE CIENTIFICADO. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. O acordo de não persecução penal (ANPP) previsto no art. 28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, terá aplicação somente nos procedimentos em curso até o recebimento da denúncia (ARE 1294303 AgRED, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 19/4/2021).

2. “A jurisprudência desta Corte Superior se firmou no sentido de que, consoante o disposto no art. 392, II, do Código de Processo Penal, tratando-se de réu solto, é suficiente a intimação do defensor constituído acerca da sentença condenatória, não havendo qualquer exigência de intimação pessoal do réu que respondeu solto ao processo (AgRg no REsp 1710551/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 18/9/2018, DJe de 3/10/2018).

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 661.692/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 25/05/2021, DJe 28/05/2021). (grifo nosso).

Em um primeiro plano, têm-se que o delito em comento, previsto no art. 33 da Lei de Drogas – a despeito de ter sido praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa –, possui pena mínima superior a quatro anos, o que, inicialmente, inviabilizaria eventual proposta de ANPP, como já entendeu o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. AUSÊNCIA REQUISITO OBJETIVO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REAVALIAÇÃO. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. É incabível o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes cuja pena mínima é superior a 4 anos, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, caput, do CPP.

2. É inviável a análise acerca do reconhecimento do tráfico privilegiado e da quantidade de pena a ser eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado sobre a condenação final.

3. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts.

312, 313 e 315 do Código de Processo Penal.

4. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas.

5. A revisão de ofício da necessidade de manutenção da prisão cautelar a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único, do CPP) cabe tão somente ao órgão prolator da decisão, ou seja, ao juiz ou tribunal que decretou a custódia preventiva.

6. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no RHC 145.629/MG, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 06/08/2021). (grifo nosso).

Todavia, em que pese tenha sido imputada a prática do crime de tráfico disposto no *caput* do artigo 33 da referida Lei, pela análise do caso concreto e verificação de existência de antecedentes do acusado, pode o membro ministerial averiguar se é o caso de reconhecimento de tráfico privilegiado.

Assim, também pela narrativa dos fatos, verifica-se que a conduta em tela, quando da dosimetria da pena, demandaria o reconhecimento do privilégio inculpidado no §4º do mesmo artigo.

Considerando, para tanto, a não relevante quantidade de droga apreendida, as condições pessoais do agente, notadamente primariedade e bons antecedentes, desassociados de circunstâncias que indiquem sua dedicação a atividades criminosas ou organizações criminosas, o que autoriza, *a priori*, o reconhecimento da minorante. Atente-se, contudo, que, como exposto anteriormente, mesmo que considerável a quantidade de droga apreendida e existentes inquéritos policiais e ações penais em curso, o STJ e STF já entendem por cabível a aplicação do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, para reconhecer como tráfico privilegiado.

Nesse sentido, não é demais lembrar o entendimento o Enunciado 29 do CNPG (Conselho Nacional de Procuradores-Gerais) e GNCCRIM (Grupo Nacional de Coordenadores e Centro de Apoio Criminal), o qual dispõe que, para aferição das penas mínima e máxima do delito, com vistas ao oferecimento de ANPP – cujos requisitos encontram-se listados no art. 28-A do CPP –, devem-se considerar as causas de aumento em seu grau mínimo e as causas de diminuição em seu grau máximo.⁷

Dessa forma, considerando a redutora disposta no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em seu grau máximo, tem-se que a conduta praticada se amolda aos requisitos objetivos para oferecimento de ANPP, razão pela qual cumpre ao *Parquet* avaliar a aplicabilidade deste ao caso

⁷ Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o artigo 28-A, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto, na linha do que já dispõem os Enunciados Sumulados nº 243 e nº 723, respectivamente, do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal.

concreto, quando da análise do inquérito policial, e não aguardar a sentença de primeiro grau.

CONCLUSÃO

A consensualidade no ordenamento jurídico brasileiro veio para ficar, com respaldo na Constituição Cidadã de 1988, não escapando dela o direito sancionador, aí incluídos os sistemas penais e extrapenais de responsabilização pela prática de atos ilícitos.

A guinada para a solução consensual dos conflitos, abandonando a concepção de supremacia da intervenção estatal na resolução dos litígios, não foi repentina, mas construída ao longo das últimas décadas, com raízes nos negócios jurídicos processuais típicos entre particulares e nos compromissos de ajustamento de conduta, tomados pela Administração Pública, com vistas à cessação do ato ilícito e à adequação da conduta do infrator às exigências legais.

No direito sancionador, a mudança foi mais tardia, influenciada pelos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil e impulsionada pela falência do modelo de judicialização (dispendioso e moroso) de toda e qualquer demanda para responsabilização, ainda que desprovidas de gravidade concreta a conduta.

Superando os dogmas doutrinários que enxergam no princípio da indisponibilidade do interesse público a impossibilidade de negociação pelo poder público, no exercício do seu poder punitivo, do conteúdo das sanções penais, civis, administrativas e de improbidade administrativa, vários diplomas normativos, com supedâneo na Constituição, introduziram instrumentos de composição, os quais se traduzem em negócios jurídicos híbridos, já que tocam o processo em si (provas, prazos, ritos etc.) e também o direito material em jogo.

Ainda, no peculiar enfrentamento do endêmico fenômeno de tráfico de drogas no Brasil, é sentida a relevância do pacote anticrime (recém-aprovado) que introduziu, no microssistema anticorrupção, os acordos de não persecução penal e não persecução civil. Ambos os institutos romperam os marcos legais que somente admitiam a

composição no direito sancionador brasileiro, de modo expresso, nos delitos de pequeno potencial ofensivo ou na criminalidade organizada.

O posicionamento dos tribunais superiores sobre a aplicação da minorante prevista no §4º do art. 33 da Lei de Drogas impulsiona o entendimento de que essa análise da existência de tráfico privilegiado deve ser feita pelo legitimado pela propositura da ação penal pública incondicionada, qual seja, o Ministério Público, antes de proposta a denúncia, vez que não já se pacificou o entendimento de que não cabe oferecimento de ANPP uma vez oferecida a denúncia.

Assim, obtém-se um resultado mais célere, e, uma vez que o acordante de ANPP não pode firmar outro pelos próximos cinco anos⁸ e uma vez 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, cf. §10 do art. 28-A do CPP.

Portanto, se de fato detiver envolvimento no tráfico de drogas e novamente for descoberto, não só responderá a ação penal, se o ANPP já não tiver sido finalizado, como também pode vir a responder por uma ação penal pelo novo delito. Isso pode impulsionar a busca pela não reincidência, ou, se esta ocorrer, até ensejar uma prisão preventiva, alcançando-se, assim, um resultado prático para o aprimoramento do Sistema de Segurança brasileiro.

Além disso, é importante frisar que cabe ao juiz o exame da justa causa para evitar abusos processuais quando não for proposto o ANPP, tal como ocorre na transação penal, quando se encontrem preenchidos os requisitos: “A atuação judicial é fundamental para filtrar as acusações e impedir os abusos, tolhendo a iniciativa do Ministério Público naqueles casos em que não há justa causa para a ação penal.”⁹

Vê-se, pois, que, uma vez adotada essa prática, entende-se que se terá resultados práticos, com menos encarceramento cautelar

8 “Art. 28-A. (...)”

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

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”

9 PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 108.

ou definitivo, contudo ainda é uma linha de atuação que encontra resistência entre muitos membros ministeriais, razão pela qual a análise em conjunto de todo o arcabouço jurisprudencial se faz necessária para que essa conduta possa ser adotada de forma mais ampla e unificada pelo Ministério Público, o que, inclusive, já foi objeto de alguns enunciados e demonstra que não é um entendimento ainda pacífico, quais sejam: enunciado 51 do MPSP¹⁰ e Enunciado 2 do MPPI¹¹.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Comentários ao anteprojeto de lei anticrime**. Bahia: Juspodivm, 2019.

CABRAL, Antônio do Passo. **Convenções processuais**. Salvador: JusPodivm, 2016.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. Plea bargaining e justiça criminal consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Custos Legis. **Revista Eletrônica do Ministério Público Federal**. Vol. 4. 2012. 26p. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2022.

CENTRO DE APOIO OPERACIONAL ÀS PROMOTORIAS DE PROTEÇÃO À MORALIDADE ADMINISTRATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA – CAOPAM. **Enunciados Acordo de não persecução cível**. Mar/2020. Disponível em: <<http://infomail.mpba.mp.br/wp-content/uploads/2020/03/enunciados-acordo-de-n%C3%A3o-persecu%C3%A7%C3%A3o-c%C3%ADvel-2.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Relatório - Metas Nacionais do Poder Judiciário. Abril/2020**. Disponível em: <<https://www>>.

10 Enunciado PGJ-CGMP nº:51. O crime de tráfico ilícito de drogas privilegiado ou minorado, previsto no art. 33, §4º, da Lei n.º 11.343/06, embora desprovido de caráter hediondo, não prescinde da análise, no caso concreto, das circunstâncias do fato, de maneira a verificar se estão presentes os requisitos subjetivos exigidos para a formulação do acordo e não persecução penal.

11 Enunciado 2 aprovado no I Ciclo de Debates Criminais – Acordo de não Persecução Penal: É possível a celebração do Acordo de Não Persecução Penal nos crimes de Tráfico Privilegiado, devendo os requisitos para a configuração do privilégio estarem devidamente comprovados, bem como presentes os pressupostos da confissão formal e circunstanciada do fato e de se tratar de medida apta a prevenir e reprimir a prática de crimes.

cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/04/Relatorio_de_Metas_Nacionais_do_Poder_Judiciario_2019_2020_04_30.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2022.

DIDIER JR., Fredie. Princípio do respeito ao autorregramento da vontade no Processo Civil. In: CABRAL, Antônio do Passo; NOGUEIRA, Pedro Henrique Pedrosa (Coords.). **Negócios processuais**. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. volume único. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. **Direito processual penal** / Aury Lopes Junior. 19. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2022. Ebook.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Código de processo civil comentado**. livro eletrônico – Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero – 3ª edição – São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não persecução: um novo começo de era(?). **IBCCRIM**. Boletim - Ano 28 – n. 331 – Jun/2020, p. 9-12. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/media/publicacoes/arquivos_pdf/revista-01-06-2020-13-55-53-567613.pdf>. Acesso em: 3 jun. 2020.

MATTOS, Saulo. Acordo de não persecução penal: uma novidade cansada. **Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal Ano 3** - n.º 7, fevereiro/2020. p.11-12. Disponível em: <<http://www.ibadpp.com.br/novo/wp-content/uploads/2020/03/TRINCHEIRA-FEVEREIRO-2019.2.pdf>>. Acesso em: 1º jun. 2022.

PRADO, Geraldo. **Em torno da Jurisdição**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 103-108. Disponível em: <<https://geraldoprado.com.br/artigos/a-transacao-penal-quinze-anos-depois/>>. Acesso em: 8 ago. 2022.