



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

NOVOS ESPAÇOS DE CONSENSO COMO MECANISMO EFETIVO AO
COMBATE DA MACROCRIMINALIDADE

Stella Silva Alves de Sena

Rio de Janeiro
2021

STELLA SILVA ALVES DE SENA

NOVOS ESPAÇOS DE CONSENSO COMO MECANISMO EFETIVO AO
COMBATE DA MACROCRIMINALIDADE

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação
Lato Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro. Professores
Orientadores:
Mônica C. F. Areal
Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2021

NOVOS ESPAÇOS DE CONSENSO COMO MECANISMO EFETIVO AO COMBATE DA MACROCRIMINALIDADE

Stella Silva Alves de Sena

Graduada pela Faculdade de Direito do
Instituto Brasileiro de Mercados e Capitais.
Advogada.

Resumo– o acordo de não persecução penal é um novo instituto de justiça negocial no processo penal brasileiro e traz questões intrigantes. Com o passar do tempo, nota-se uma necessidade de inovação da estrutura de persecução penal do nosso ordenamento. Cada vez mais se percebe que os crimes de colarinho branco são delitos difíceis de ser investigados, processados e julgados, o que exige essa inovação. Contudo, por uma opção política normativa, os delitos de colarinho branco foram abrangidos pelo benefício do acordo de não persecução, que ao final leva a exclusão da culpabilidade do beneficiário do acordo. A essência do trabalho é abordar justamente a efetividade dessa escolha política diante do cenário de influências políticas e sensação de impunidade no nosso ordenamento penal.

Palavra-chave – Direito Processual Penal. Justiça Negocial. Pacote Anticrime. Crimes de colarinho branco. Acordo de não persecução penal.

Sumário – Introdução. 1. A repercussão da justiça negocial no sistema de política criminal: o novo acordo de não persecução penal. 2. Corrupção, crimes de colarinho branco e os espaços de consenso no processo penal brasileiro: combate ou impunidade? 3. O acordo de não persecução penal e a seletividade do sistema criminal. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa científica discute a efetividade do Acordo de Não Persecução Penal aos chamados “crimes do colarinho branco”, em especial os crimes contra a Administração Pública e o crime de lavagem de dinheiro. Procura-se demonstrar que o limite imposto pela Lei nº 13.964, de 2019, que inclui o art. 28-A do Código de Processo Penal, gera consequências de interesse social sendo possível visualizar uma seletividade na política criminal. Para tanto, abordam-se as posições doutrinárias a respeito do tema para discutir a eficácia dos institutos de justiça negocial trazidos ao longo do tempo para o processo penal brasileiro a ponto de justificar a opção política criminal com a criação do novo instituto.

A atual redação do Código de Processo Penal estabelece que será possível a elaboração de um Acordo de Não Persecução Penal para infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, dentre outros requisitos que

uma vez preenchidos, oferecem como benefício ao acusado de não ser processado judicialmente correndo o risco de responder por uma pena privativa de liberdade. Muitas infrações penais que não estão incluídas nessa possibilidade são na maioria dos casos, as mais violentas e que mais afetam a sociedade brasileira, o que justifica a não aplicação do instituto negocial. No entanto, sob o ponto de vista global do sistema de persecução penal, algumas infrações que assolam atualmente a realidade política e criminal que estariam abrangidas pelo instituto causam uma estranheza pela doutrina, que vem discutindo sobre uma eventual seletividade e efetividade do instituto de forma a não estar submetido a processo e julgamento criminais os crimes cometidos por agentes políticos e empresários. Essa situação favorece as seguintes reflexões: há uma discricionariedade do Ministério Público para aplicar condição ao acusado de modo que seja mais efetiva para repreender a infração praticada? Houve, de fato, uma seletividade na elaboração da alteração legislativa a fim de não punir com o encarceramento os que cometeram “crimes de colarinho branco”?

O tema é novo e por isso é controvertido na doutrina e merece atenção, uma vez que toca interesses políticos e sociais. Para melhor compreensão do tema, busca-se apresentar o instituto do Acordo de Não Persecução Penal e compreender como esse instituto foi trazido para o ordenamento jurídico pátrio ao longo dos anos, principalmente com influência do direito comparado. Pretende-se, ainda, despertar a atenção para a possibilidade de haver uma discricionariedade por parte do Ministério Público para impor condição compatível e efetiva para repreender a prática de infrações penais objeto do acordo.

Inicia-se o primeiro capítulo do trabalho apresentando a evolução dos institutos de justiça negocial e trabalhar os requisitos do Acordo de Não Persecução Penal, a repercussão deste no sistema de política criminal e no tratamento dos institutos contemporâneos vinculados a esse ramo do Direito. Segue-se ponderando, no segundo capítulo, que o objetivo tutelado pela inclusão deste instituto na ordem jurídica brasileira, com o objetivo de aferir de que maneira se verifica, em concreto, a efetividade ao combate ao crime e sua real efetividade aos “crimes de colarinho branco”.

O terceiro capítulo pesquisa a possibilidade de alteração do instituto para não ser possível de aplicação aos “crimes de colarinho branco”. Procura-se explicitar como o instituto não seria efetivo na repressão de tais infrações penais, diante da impossibilidade de se perseguir processualmente e de se aplicar pena privativa de

liberdade ao final do julgamento. Para tanto, é necessário refletir sobre os aspectos sociais, políticos e criminais da atualidade sobre a visão do novo instituto.

A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético-dedutivo, uma vez que o pesquisador pretende eleger um conjunto de proposições hipotéticas, as quais acredita serem viáveis e adequadas para analisar o objeto da pesquisa, com o fito de comprová-las ou rejeitá-las argumentativamente.

Para tanto, a abordagem do objeto desta pesquisa jurídica é necessariamente qualitativa, porquanto o pesquisador pretende se valer da bibliografia pertinente à temática em foco, analisada e fichada na fase exploratória da pesquisa, para sustentar a sua defesa.

1. A REPERCUSSÃO DA JUSTIÇA NEGOCIAL NO SISTEMA DE POLÍTICA CRIMINAL: O NOVO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Há uma inegável relação entre o Direito Penal e o Processo Penal, pois não há crime e pena se não houver processo penal para apurar este crime e impor pena, de modo que o processo penal é um instrumento essencial de concretização do direito penal material. A partir dessa premissa, inicia-se elucidar o modelo processual atualmente adotado no Direito Brasileiro e sua íntima relação com a política criminal objetivada.

Ao longo da evolução do processo penal, houve introdução de mecanismos de justiça negocial que flexibilizam de alguma forma premissas fundamentais do processo penal o que gerou muita resistência pela doutrina e jurisprudência brasileiras. Dentre alguns argumentos contrários, afirma-se que com a justiça negocial ocorre a degradação das funções processuais das partes, pois torna-se um processo pautado em negociações e concessões, o que afronta com as funções processuais de limitação do poder punitivo do modelo garantista¹, pois torna-se um serviço à disposição dos interesses daqueles que detém poder punitivo estatal. Dessa forma, percebe-se um processo de mercantilização do processo penal, sob o argumento de que inicialmente a teoria do direito se pautava na

¹VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2 ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018, p. 159.

religiosidade, e com a evolução transformou-se em um direito fundado na negociação, de modo que a barganha se tornou um mecanismo de justiça criminal².

Por outro lado, a justiça negocial trouxe soluções para críticas de uma persecução penal lenta e ineficiente com o fim de garantir direitos fundamentais mais caros à sociedade ao réu, o que, todavia, trazia também uma sensação de impunidade. A evolução destes institutos trouxe uma solução alternativa, pois proporciona celeridade, prioriza recursos financeiros dos órgãos do Ministério Público e Judiciário e reduz os efeitos sociais prejudiciais da pena, desafogando o atual sistema prisional superlotado. No Brasil, pode-se afirmar como principais institutos destes espaços de consenso: a transação penal, acordo de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, este último sendo inovação trazida pela Lei nº 13.964, de 2019³ conhecido popularmente como Pacote Anticrime originalmente criado pela Resolução nº. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público⁴ e objeto deste trabalho.

Em primeiras impressões, o Acordo de Não Persecução Penal consiste em um negócio jurídico pré-processual de natureza extrajudicial entre o Ministério Público e o investigado com seu defensor nos casos de infração penal sem violência ou grave ameaça, na qual a lei comine pena mínima inferior a quatro anos, mediante o cumprimento de determinadas condições, decretando-se, ao final, a extinção de punibilidade e, conseqüentemente, se evitando a deflagração da ação penal. Importa mencionar as condições impostas ao investigado não são de caráter privativo de liberdade e que somente será extinta a punibilidade diante do seu integral cumprimento.

Nota-se pela leitura do artigo 28-A do Código de Processo Penal⁵ há necessidade de um respaldo probatório capaz de viabilizar a pretensão acusatória pois é um requisito obrigatório a confissão formal, feita perante autoridade pública, e circunstancial, com especificação das principais características, da prática do delito pelo investigado. Nesse sentido, o Acordo de Não Persecução Penal se difere dos demais

²SCHÜNEMANN, Bernd. Do templo ao mercado? Como a justiça penal aparentemente transforma a teoria econômica do direito em prática, governo em governança e soberania em cooperação. In: _____; Greco, Luíz (Coord.). *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013, p. 309.

³BRASIL. *Lei nº 13.964*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

⁴BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181*. Disponível em: <<https://www.cnpm.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-181-1.pdf>> Acesso em: 06 mar. 2021.

⁵BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

institutos de justiça negocial no ordenamento brasileiro, que não exigem confissão, a exemplo da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Observa-se que foi uma escolha do legislador com a introdução do novo instituto admitir a possibilidade do Ministério Público não denunciar o investigado, quando preenchidos os requisitos legais. Sobre isso, há controvérsia doutrinária se significaria uma exceção ou uma mitigação do princípio da obrigatoriedade. Segundo Roberto Avena⁶, o princípio da obrigatoriedade pode ser conceituado da seguinte forma:

Os órgãos aos quais é atribuída a persecução penal não possuem poderes discricionários para agir ou deixar de agir em determinadas situações segundo critérios de conveniência e oportunidade. Destarte, tratando-se de crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (neste último caso, desde que presentes a representação do ofendido ou a requisição do ministro da justiça, conforme a hipótese), a autoridade policial possui a obrigação de instaurar o inquérito policial sempre que tomar conhecimento acerca da ocorrência de um crime. Também o Ministério Público está obrigado ao ajuizamento da ação pública quando dispuser dos elementos necessários a essa finalidade.

Para aqueles que entendem que é uma exceção ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o argumento é de que o Acordo de Não Persecução Penal guarda relação muito próxima com o princípio da oportunidade, que se utiliza como critério de seleção orientado o princípio da intervenção mínima, de forma que permitiria que o Ministério Público estipulasse regras de seleção conforme apolítica criminal adotada pela instituição⁷. Por outro lado, há quem entenda que há uma mitigação do princípio da obrigatoriedade de forma que é um verdadeiro dever do Ministério Público agir, seja denunciando seja realizando acordo, não considerando, neste último caso, omissão ou desídia do Parquet⁸.

Mas fato é que a terminologia “acordo” remete à ideia de que a parte que propõe está interessada em optar por uma via processual alternativa, não optando por uma ação penal e abrandando a aplicação o princípio da obrigatoriedade, por entender que naquela hipótese concreta, a composição entre as partes é mais vantajosa que a persecução criminal tradicional. É uma escolha de política criminal usada para resolução dos processos penais de maneira diversa daquelas ordinariamente adotadas no processo criminal, de forma a solucionar antes de qualquer declaração de culpa.

⁶AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019, p. 138.

⁷LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo*. Salvador: JusPodvm, 2020, p. 251.

⁸LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 75. jan./mar. 2020, p. 179.

Observa-se que, como instituto de justiça negocial, o Acordo de Não Persecução Penal resulta do consenso, de modo que é equivocado afirmar que seria um direito subjetivo do investigado. Pelo contrário, é uma faculdade do órgão acusatório em propor o Acordo quando preenchidos os requisitos, o que pode se denominar verdadeira discricionariedade regrada. Dessa forma, a negativa da celebração do acordo por parte do Ministério Público mesmo que preenchidos os requisitos pelo investigado não permite que o juiz conceda, pois é ato privativo do titular da ação penal pública optar por realizar o acordo. Assim, a atuação judicial quando da realização do Acordo de Não Persecução Penal se dá na função de expectador, podendo residualmente atuar na manutenção das garantias do investigado.

Portanto, para que o Ministério Público exerça sua discricionariedade regrada e seja proposto o Acordo deve o investigado preencher os requisitos previstos no art. 28-A do Código de Processo Penal, tais como: confissão formal e circunstanciada, a infração penal cometida ter pena mínima inferior a quatro anos, a infração penal deve ser cometida sem violência ou grave ameaça à pessoa, não pode ser o caso de arquivamento do procedimento investigatório, dentre outras condições previstas no inciso I ao V do referido artigo⁹.

Primeiramente, é necessária a confissão do investigado da conduta delitiva, o que significa prévio reconhecimento de culpabilidade do agente, assemelhando-se ao instituto da colaboração premiada. Aqui, não há que se falar de violação ao princípio da presunção da inocência ou não culpabilidade, discussão que deve ser ultrapassada, pois há consenso e equilíbrio de interesses entre as partes. Pois, a partir do momento que o investigado opta por confessar a ele é oferecida uma benesse, tanto em uma fase pré-processual como ocorre no Acordo e na colaboração premiada, como na fase processual em forma de atenuante, o que se verifica, portanto, verdadeiro exercício da sua ampla defesa em que opta por uma solução que mais atrai a seus interesses.

No que se refere ao delito não ter sido cometido com violência ou grave ameaça, é importante mencionar que é uma tendência de política criminal os delitos que se utilizam desse *modus operandi* serem considerados graves e por este motivo não são agraciados por benesses de institutos de justiça consensual, sendo considerada a violência que impede o Acordo aquela praticada contra pessoa e presente na conduta do agente. Além disso, a violência e grave ameaça deverão ser praticadas a título doloso, o

⁹BRASIL, op. cit., nota 05.

que significa dizer que se admitir a celebração do acordo na hipótese de eventual crime culposo com resultado violento desde que presentes os demais requisitos.

Por fim, em relação à exigência de uma pena mínima do delito ser inferior a 4 anos, deve se observar que para o cômputo da pena, leva-se em consideração as causas de aumento e de diminuição de pena, as das qualificadoras e as dos concursos de crimes. A primeira crítica que se faz a este requisito se dá em relação à escolha política-criminal do legislador. Isto porque o legislador ao definir pena mínima como parâmetro para admitir a proposta do Acordo de Não Persecução Penal possibilitou que fosse realizada para a maioria dos chamados “crimes de colarinho branco” e isso afeta significativamente o interesse público¹⁰.

Esta escolha política tem reflexos, pois os referidos crimes não são considerados pela lei penal brasileira como violentos ou hediondos, mas tem grande repercussão econômica e social. É por isso que essa seletividade processual penal do legislador será o protagonista deste trabalho.

2. CORRUPÇÃO, CRIMES DE COLARINHO BRANCO E OS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO: COMBATE OU IMPUNIDADE?

Primeiramente, a questão dos crimes de colarinho branco no âmbito da criminologia foi abordada pelo sociólogo norte-americano Edwin Hardin Sutherland, em 1940 em um artigo denominado *White Collar Criminality*¹¹, no qual criticava a criminalidade do colarinho branco, ou seja, os delitos praticados pelas classes econômicas mais elevadas. Sutherland criou o termo “crime de colarinho branco” para dar ênfase à posição social dos criminosos, que na maioria estavam relacionados a condutas de empresários, homens de negócios, e políticos, como autores de crimes profissionais e econômicos. Para ele, essa posição social e econômica seria o fator determinante do tratamento penal diferenciado, pois o prejuízo causado por tais crimes à sociedade como um todo era bem maior do que os prejuízos da espécie de criminalidade tradicionalmente considerada como problema social.

¹⁰BRASIL. Senado Federal. *Parecer da CCJ sobre o PL nº 6.399 de 2019*. Relator: Senador Alessandro Vieira. Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20C3%A9,p%C3%BAblica%20\(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20C3%A9,p%C3%BAblica%20(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C)> Acesso em: 01 out. 2020.

¹¹SUTHERLAND, E. H. *Is 'White Collar Crime' Crime?*. American Sociological Review. Washington. v. 10.n. 2. 1945, p. 9.

O poder de tais criminosos está na influência social, em razão do seu status social e as ações criminosas dos crimes do colarinho branco estão ligadas à obtenção de vantagens no campo profissional, no contexto empresarial e econômico. Esse contexto corporativo possui vantagem por manter uma estrutura organizada para racionalizar as ações criminosas, com seleção dos delitos que envolvam menor risco de descoberta, com dificuldade para produção de prova e com instrumentos de solução menos gravosos comparados à pena, o que muito tempo foi ignorada pela justiça criminal.

Essas características influenciam a forma como tais delitos são combatidos pelo Estado, pois impermeáveis frente às instâncias formais de controle. Por este motivo que ao longo dos anos alguns instrumentos processuais foram sendo criados, sobretudo para dar efetividade à responsabilização dos agentes envolvidos em crimes do colarinho branco. Contudo, novos instrumentos destinados ao combate a essa criminalidade organizada não gerará efeitos práticos se permanecerem as mesmas estruturas do sistema penal brasileiro. Percebe-se, hoje, uma evidente dificuldade de imposição de penas privativas de liberdades a esse tipo de criminalidade.

Dentre essas reformas legislativas podemos mencionar a Lei nº 12.846 de 2013¹², chamada Lei Anticorrupção, que possibilitou os acordos de leniência. Contudo, esta lei implementou um regime administrativo sancionador para atribuir responsabilidades às pessoas jurídicas, em vez de focar na responsabilidade dos sócios e administradores. Além disso, houve a edição da Lei de Organização Criminosa¹³, que introduziu importantes institutos como os acordos de colaboração premiada aos investigados por crime organização criminosa que contribuirão efetivamente com a investigação ou processo criminal.

Mais recentemente, com a entrada em vigor do “Pacote Anticrime”, ou seja, a Lei nº 13.964 de 2019¹⁴ houve ampliação significativa dos mecanismos de solução consensual com a possibilidade de celebração de acordo de não persecução penal, se cumpridos alguns requisitos trazidos pela lei. Dentre eles, ressalta o contido na letra “c” que prevê o limite de quatro anos como pena mínima, o que inclui a possibilidade de celebrar acordo de não persecução penal em um rol bastante extenso de delitos,

¹²BRASIL. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹³BRASIL. *Lei de Organização Criminosa*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#art27> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁴BRASIL. *Lei Anticrime*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 15 mar. 2021.

inclusive os chamados “crimes de colarinho branco”. É possível citar alguns como, por exemplo, os crimes de peculato, concussão, corrupção passiva, tráfico de influência, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, dispensa ou inexigibilidade ilegal de licitação, fraude à licitação, dentre outros.

Ao longo dos últimos anos na Europa, foi observado que milhões de euros eram subtraídos à comunidade europeia através destes crimes, exigindo-se, para isso, um amplo debate para o desenvolvimento de uma política pública. Já na Alemanha, teve um aumento grande da popularidade da negociação penal na década de 90, em razão da intensificação da prática de crimes do colarinho branco, de crimes contra a economia, evasão tributária, crimes ambientais e delitos relacionados as drogas. No Brasil, o julgamento do Caso do Mensalão teve grande repercussão, principalmente na mídia – para além do debate acadêmico – dos institutos da barganha e colaboração premiada como meios eficazes e satisfatórios de abrandamento da pena:

Ao mesmo tempo em que evidenciou a possibilidade real de condenados por “crimes do colarinho branco” receberem penas severas em caso de recusa à adesão a esses institutos, o que certamente repercutiu na Lava Jato, deixando muitos investigados propensos à aceitação dos acordos de delação premiada, como se tem visto. Some-se a isso que a Lei 12.850/13, ao prever um rito procedimental mais claro e preciso para a homologação e posterior ratificação do acordo de colaboração firmado com o parquet, trouxe real segurança jurídica e confiabilidade para os termos de tal negócio jurídico, como foi reconhecido pelo STF recentemente (“Questão de Ordem na Petição 7074”), tornando mais atrativa a adesão de imputados no mecanismo de barganha, que atualmente está amplamente consagrado na Operação Lava Jato, proporcionando até hoje (27/07/2017) mais de 158 acordos de colaboração premiada, além da condenação de 157 pessoas.¹⁵

Percebe-se então, uma tendência da utilização de institutos de “barganha penal” como uma nova estratégia de persecução penal. De certo que a justiça negocial tem se mostrada vantajosa no sentido prático, pois ameniza custos, promove economia processual, e se torna mais efetiva do ponto de vista da concordância do destinatário da medida.

Inicialmente, o instituto do Acordo de Não Persecução Penal foi definido na Resolução nº 181 de 2017 do Conselho Nacional do Ministério Público¹⁶. Após sofrer inúmeras críticas sobre sua constitucionalidade por suposta violação do princípio da

¹⁵IBCCRIM. *Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal*. Disponível em: <<https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/152>> Acesso em: 9 mar. 2021.

¹⁶BRASIL. op. cit., nota 04.

legalidade, o instituto foi repaginado no Projeto de Lei 882 de 2019¹⁷. Neste projeto de lei havia ainda mais uma possibilidade de justiça negociada que seria o acordo de não aplicação imediata de penas, inspirado na *pleabargain*, amplamente utilizado no sistema de justiça dos Estados Unidos, no entanto, o Congresso Nacional não aprovou a *pleabargain*, encontrando resistência na possibilidade de aplicação imediata de penas através a partir de uma negociação no âmbito da justiça criminal. Juntamente com a rejeição dessa proposta de *pleabargain*, o Congresso Nacional ao aprovar o projeto de lei, decidiu ampliar o âmbito de abrangência dos acordos de não persecução para permitir também os acordos nos casos de improbidade administrativa. Assim, o legislador optou por expandir a justiça criminal negocial, trazendo o acordo de não persecução penal como uma provável solução para a superlotação das demandas penais, com a possibilidade de acordo entre o Ministério Público e a defesa do acusado de praticar crime de médio potencial ofensivo, ou seja, cuja pena mínima do delito em concreto, seja inferior a quatro anos.

Os crimes de colarinho branco na maioria das vezes são cometidos por aqueles que estão em uma situação de poder, político e/ou econômico, e isso de certa forma influencia na produção legislativa do Congresso Nacional. Ora, os agentes políticos que fazem parte do processo legislativo podem ser potencialmente futuros beneficiários do instituto do acordo de não persecução penal. É necessário, portanto, fazer uma análise sendo fundamental conhecer em detalhe e debater os fatores que estiveram no lastro do tempo dos principais processos de criminalidade econômico-financeira.

Como se observa do artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁸, o acordo de não persecução penal é uma terceira “alternativa” ao membro do Ministério Público diante de indícios de prática de um crime. A princípio, o promotor de justiça poderá denunciar ou promover o arquivamento da investigação criminal, e com o advento da Lei nº 13.964 de 2019¹⁹, é possível ainda, preenchidos os requisitos, o promotor deixar de promover a ação penal. Assim, será feito um acordo entre o promotor e o investigado por meio do qual este se compromete preencher e cumprir algumas condições em troca daquele não perquirir com a persecução penal, ou seja, não denunciar. Esta forma de benefício já fora prevista no ordenamento jurídico pátrio no artigo 4º parágrafo quarto

¹⁷BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei 882/2019*. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353>> Acesso em: 15 mar. 2021.

¹⁸BRASIL. op. cit., nota 05.

na popularmente chamada Lei de Organização Criminosa. Desta forma, assim como ocorre no acordo de não persecução penal, o investigado será beneficiado com uma “não denúncia” quando preenchidos requisitos e ao final, se cumpridos todos os termos do acordo pelo beneficiado, ele não responderá por nenhuma pena a ser imposta.

O que se pretende debater é justamente a particularidade do caráter preventivo e repressivo e sua efetividade no combate à criminalidade, pois, afirma-se que o acordo de não persecução penal é mecanismo de facilitação da investigação porque se exige a confissão do investigado para a formalização do acordo – dentre outros requisitos –, mas por outro lado, traz uma sensação de uma resposta fácil para o investigado do aparato repressivo do Estado. Em razão disso, é preciso analisar se a utilização do acordo de não persecução penal é instrumento que afasta a impunidade, porque evita que haja um processo totalmente burocratizado, longo e custoso que leve à prescrição. E de outro se é um instrumento alternativo para se livrar do cárcere ou maior limitação da liberdade das penas não corporais, que é um ganho relevante para o agente.

Como se visa eficiência da resposta estatal ao combate à criminalidade, aparenta-se que o acordo de não persecução penal não deve representar uma renúncia estatal ao direito de punir, mas sim uma forma de antecipação da sanção penal de forma preventiva e retributiva própria, e que se dê de forma consensual. Esse consenso seria potencialmente capaz de melhorar a finalidade restaurativa do agente e com a necessidade de antecipada reparação. Há vantagens de todos os lados, mas na prática, o que irá prevalecer será questionado nos próximos anos após a vigência do acordo de não persecução penal na prática da justiça penal.

3. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E A SELETIVIDADE DO SISTEMA CRIMINAL

Tendo em vista toda análise do instituto do acordo de não persecução penal, do ponto de vista histórico da política criminal, importante é analisar agora no campo prático e suas consequências nos próximos capítulos do sistema processual penal brasileiro.

Os argumentos a favor do acordo de não persecução penal como instrumento de combate aos crimes de colarinho branco são de que os acordos promovem investigações mais céleres, eficientes e desburocratizadas, sendo efetivo a desvendar variáveis de uma parte da criminalidade difícil de ser perseguida, em razão de seus

agentes de alto status social, influência e poder perante a sociedade. Um acordo solucionaria o problema das tramitações morosas e burocráticas nas varas criminais, que acabam gerando prescrição, sendo uma opção de intervenção menos traumática do Estado para determinados delitos.

Os argumentos contrários são no sentido de que manter a pena mínima é estar contra aos interesses da sociedade, pois por permite o acordo de não persecução penal em crimes que afetam significativamente o interesse público. Admitir a celebração de acordos de nesses crimes significaria inviabilizar a aplicação de pena privativa de liberdade aos praticantes desses delitos. Tais argumentos se pautam nos efeitos do acordo, efeitos semelhantes ao instituto da transação penal da Lei nº 9.099/95²⁰, uma vez que o cumprimento das condições impostas no acordo resulta no não oferecimento da denúncia pelo Ministério Público (não persecução penal), com a consequente declaração de extinção da punibilidade (artigo 28-A, §10 e § 13 do CPP²¹).

Para os que não defendem o acordo de não persecução penal para os delitos de colarinho branco a sensação de impunidade é percebida em razão dessa regulamentação não parecer preocupada diretamente com excesso de demanda no Judiciário ou com a facilitação das investigações. A redação do *caput* do artigo 28-A do Código de Processo Penal na prática impossibilita que os acusados ou investigados pelas práticas desses delitos recorrentes no país celebrem acordo dessa natureza. O requisito de que o delito praticado seja sem violência ou grave ameaça já afasta a possibilidade do acordo de não persecução penal para vários delitos mencionados acima. E ainda que não existisse tal vedação legal, as penas daqueles outros delitos também não permitiriam a incidência do acordo de não persecução penal, pois há previsão do requisito da pena mínima inferior a 4 anos – com exceção do furto, posse, uso e disparo de arma de fogo, que são delitos com penas mínimas inferiores a 4 anos.

Segundo um levantamento realizado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018²², apenas 1,46% das pessoas que estão em cárcere no Brasil estão pela prática de crimes contra a Administração Pública. Por outro lado, os principais tipos penais mais recorrentes imputados às pessoas privadas de liberdade são roubo, tráfico de drogas,

²⁰BRASIL. *Lei nº 9.099*, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 2 abr. 2021.

²¹BRASIL. op. cit., nota 05.

²²BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. Disponível em: <<https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf>> Acesso em: 2 abr. 2021.

homicídio, furto e posse, porte, disparo e comércio de arma de fogo ilegal, perfazendo cerca de 77,10% dos delitos imputados a situação de cárcere.

Assim, diante da realidade carcerária brasileira apresentada e a notória criminalidade do colarinho branco diariamente noticiada na imprensa, a sensação da escolha legislativa do acordo de não persecução penal não é aliviar a demanda no Judiciário ou o sistema carcerário com medidas impostas ao criminoso de forma mais efetiva, mas deixar impune a uma pena privativa de liberdade os responsáveis por atingir interesses de toda a coletividade, como ocorre nos casos dos crimes de colarinho branco. Até porque, como fora salientado acima, outros delitos também de grande preocupação da sociedade não chegam a ser atingidos no âmbito da possibilidade de um acordo de não persecução penal.

Importante mencionar ainda sobre a retroatividade da norma do acordo de não persecução penal para alcançar os processos em curso. Pois a norma do art. 28-A do Código de Processo Penal é de natureza mista, o que significa que trata tanto de direito penal material quanto de direito processual penal, e em razão disso aplica-se lógica da retroatividade por ser mais benéfica ao acusado. Conseqüentemente, o acordo de não persecução penal poderá ser aplicado nos processos em andamento, mesmo que com data anterior a promulgação da Lei nº 13.964/2019. Contudo, o limite da retroatividade da norma despenalizadoras é tema ainda não é unânime na doutrina e na jurisprudência do país. Alguns doutrinadores²³ entendem a retroatividade seria limitada aos casos em que não tenha sido proferida sentença condenatória (encerramento da fase de conhecimento em primeiro grau de jurisdição). A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela aplicação do acordo de não persecução penal em processos em curso somente até o recebimento da denúncia²⁴. Por outro lado, a Sexta Turma tem aceitado a aplicação do acordo de não persecução penal aos processos em curso até o trânsito da condenação²⁵.

Ultrapassadas as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o novo instituto, o que este artigo pretende demonstrar é a percepção de que o acordo de não persecução penal leva a conseqüências tanto no âmbito constitucional, como no âmbito

²³MAZLUM, Ali; MAZLUM Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. CONJUR. 2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opiniao-acordo-naopersecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso>> Acesso em: 26 mar. 2021.

²⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *HCnº 185.913 Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf>> Acesso em: 2 abr. 2021.

processual penal e no sistema de política pública criminal. Pois, para além da possibilidade de aplicação dos acordos de não persecução penal aos chamados delitos de colarinho branco, há ainda a possibilidade de aplicação dos acordos aos processos e investigações já em curso. Ou seja, todos os investigados ou processados pelos crimes de colarinho branco antes da sua vigência poderão ser beneficiados por tal instituto, e ao final do acordo quando cumpridas todas as suas condições, terão a punibilidade extinta.

Busca-se não apenas criticar o instituto do acordo de não persecução penal, que é de grande importância para a evolução do sistema processual penal do nosso ordenamento frente às novas mudanças sociais e em relação ao direito comparado. Pelo contrário, é trazer a discussão da sua efetividade diante do nosso cenário histórico e social de criminalidade e corrupção. O acordo de não persecução penal é de fato necessário e suficiente para reprovação e prevenção de crimes?

O que aparenta ser uma alternativa a um sistema que não funciona mais, terá que se mostrar na prática se é mais um novo modelo de prevenção efetiva, aposentando a cada dia o modelo de aspecto repressivo já existente, ou ao revés, e objeto de questionamento aqui, se se revelará pouco eficiente na prevenção da criminalidade do colarinho branco, de modo a que ser efetivo na responsabilização dos agentes envolvidos em atos de corrupção, o que enseja uma frustrante sensação de impunidade. Rogério Schietti Cruz²⁶ aponta acertadamente sobre essa dualidade de sentimentos frente aos novos institutos de índole mais preventiva ao lado da necessidade de se combater a criminalidade:

As duas frentes da seletividade do nosso sistema têm sido atacadas: os crimes econômicos, a passos lentos, estão sendo removidos da sombra tranquila da impunidade: e os Poderes Legislativo e Judiciário, assim como a própria sociedade, vêm despertando para os males da cultura do aprisionamento, com a criação de medidas despenalizadoras, a realização de mutirões carcerários, a implantação de audiências de custódia e o afastamento de leis desproporcionalmente rigorosas ou violadoras de direitos fundamentais.

Caberá aos intérpretes e aplicadores do Direito, nos próximos anos de aplicação do instituto do acordo de não persecução penal aos crimes de colarinho branco, concluir pela sua real efetividade. Só será possível na prática aferir se os investigados irão sair impunes, no sentido de futura reiteração criminosa e sem efeito na esfera social e pessoal do acusado, ou se as medidas impostas no acordo de não

²⁶CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspovium, 2020, p 365-366.

persecução penal serão mais viáveis, possíveis e efetivas como instituto preventivo do combate ao crime.

CONCLUSÃO

Esta pesquisa constatou, como problemática essencial, a existência de um conflito entre a necessidade de se otimizar os mecanismos de combate à criminalidade do colarinho branco e à impunidade com a adoção de uma nova opção política legislativa consubstanciada em um mecanismo de justiça negocial capaz de afastar a responsabilidade criminal do agente criminoso. O embate materializa-se pela análise do instituto do acordo de não persecução penal. De um lado, se faz necessário evoluir a o sistema processual, com adoção de mecanismos internacionalmente reconhecidos que auxiliem na persecução penal dos delitos da macrocriminalidade; de outro, a dificuldade de repressão de tais crimes, com possibilidade de aplicação de um instituto que não impõe sanções penais de natureza pessoal, incentivando assim que os delitos continuem sendo praticados.

Fruto das reflexões fundamentadas que se desenvolveram no decorrer da pesquisa, foi possível chegar à conclusão deque em razão da grande influência de poder nas variadas camadas da sociedade pelos criminosos do colarinho branco, fez com que atingisse também na criação deste instituto do acordo de não persecução. Na prática, ao invés do acordo permitir que se persiga variados crimes e outros possíveis autores da empreitada criminosa, uma vez que exige a confissão do beneficiado do instituto, ele cria uma nova hipótese de extinção da punibilidade ao término do cumprimento do acordo, permitindo assim que criminosos do colarinho branco sejam apenas beneficiados e sejam livrados de uma sanção penal. Afinal, esta já era uma realidade no cenário político e carcerário de que a maioria das pessoas que estão encarceradas no Brasil não é investigada por crimes de colarinho branco, mas sim crimes patrimoniais e crimes contra a vida.

O entendimento a que chegou este pesquisador é de que há o risco do acordo de não persecução penal se desvirtuar do seu objetivo inicial no sistema penal brasileiro. Em outras palavras, corre risco do instituto se tornar uma alternativa do sujeito que cometeu os delitos do colarinho branco escapar do cárcere ao invés de ajudar na investigação e responsabilização penal de toda a malha criminosa que tais delitos envolvem. Isso se dá, sobretudo, por uma escolha legislativa de definir a aplicação ou

não do instituto com base em pena mínima, o que acabou por incluir tais delitos – o que na visão deste pesquisador não se deu de forma espontânea, mas por uma grande influência política, uma vez que na maioria das vezes pessoas políticas e empresários contratados com poder público estão envolvidos nesses grandes esquemas criminosos.

Assim, ficou evidente que a proposta do autor consiste na tese de que caberá na prática e ao intérprete e aplicar do Direito analisar no caso concreto e concluir pela real efetividade do acordo de não persecução penal. O acordo de não persecução penal tem grande capacidade de mudar positivamente nosso sistema penal, o que se questiona é o parâmetro e o âmbito de aplicação de tal instituto.

Deve haver preocupação constante com a repressão dos delitos de colarinho branco, que historicamente persiste a ser uma triste realidade no Brasil. Será necessário tanto tempo, como prática e muito estudo de caso pelos juristas a fim de se verificar a necessidade de uma alteração legislativa para uma melhor adaptação do instituto de forma que não passe uma sensação de impunidade para o criminoso do colarinho branco e sim de repressão para que tais delitos sejam cada dia menos uma realidade no cenário brasileiro.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto. *Processo Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2019.

BRASIL. Senado Federal. *Parecer da CCJ sobre o PL nº 6.399 de 2019*. Relator: Senador Alessandro Vieira. Disponível em: <[https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%BAblica%20\(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C](https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8068190&ts=1582035990427&disposition=inline#:~:text=Manter%20a%20pena%20m%C3%ADnima%20%C3%A9,p%C3%BAblica%20(corrup%C3%A7%C3%A3o%20ativa%20e%20passiva%2C)> Acesso em: 01 out. 2020.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. *Lei nº 13.964 de 2019*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Lei/L13964.htm> Acesso em: 06 mar. 2021.

_____. *Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm> Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. *Lei Anticorrupção*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112846.htm Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. *Lei de Organização Criminosa*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm#art27 Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *HC nº185.913 Distrito Federal*. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/dl/hc-gilmar-retroatividade-anpp.pdf> Acesso em: 2 abr. 2021.

_____. Câmara Dos Deputados. *Projeto de Lei nº 882/2019*. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192353> Acesso em: 15 mar. 2021.

_____. Conselho Nacional de Justiça. *Cadastro Nacional de Presos*. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2019/08/bnmp.pdf> Acesso em: 2 abr. de 2021.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. *Resolução nº 181 de 2017*. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf> Acesso em: 15mar. 2021.

CRUZ, Rogério Schietti. *Prisão cautelar, dramas, princípios e alternativas*. 5. ed. Salvador: Juspovium, 2020.

IBCCRIM. *Do Mensalão à Lava Jato: a ascensão da barganha e da colaboração premiada no processo penal*. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/noticias/exibir/152> Acesso em: 9 de mar. 2021.

LAI, Sauveí. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro* nº 75. jan./mar. 2020.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Pacote Anticrime: Comentários à Lei nº 13.964/19 – Artigo por artigo*. Salvador: JusPodvm, 2020.

MAZLUM, Ali; MAZLUM Amir. *Acordo de não persecução penal é aplicável a processos em curso*. CONJUR. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-fev-07/opinioao-acordo-naopersecucao-penal-aplicavel-aco-es-curso> Acesso em: 26 mar. de 2021.

SUTHERLAND, E. H. Is ‘White Collar Crime’ Crime?. *American Sociological Review*, Washington. v. 10; n. 2, 1945.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed. BeloHorizonte: D’Plácido, 2018.