



O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E SUA (IN)APLICABILIDADE AO CRIME DE RACISMO

Isabella Braga

Graduada em Direito pela Universidade
Federal Rural do Rio de Janeiro. Advogada.

Resumo – o acordo de não persecução penal, originalmente trazido pela Resolução nº 181 do CNMP e posteriormente introduzido no ordenamento jurídico pátrio no artigo 28-A do CPP pelo Pacote Anticrime (Lei nº 13.964/19), trouxe uma nova possibilidade no campo de ação do Ministério Público. Diante disso, surgiram inúmeros questionamentos quanto à aplicação do acordo e suas características. Dentre eles, a substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade, a natureza jurídica do instituto e sua aplicabilidade a determinados crimes. O objetivo do trabalho é abordar tais questões controvertidas e determinar se a aplicação do ANPP ao crime de racismo está de acordo com as normas constitucionais.

Palavras-chave – Direito processual penal. Acordo de não persecução penal. Constitucionalidade. Princípio da obrigatoriedade. Racismo.

Sumário – Introdução. 1. Mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública. 2. Direito subjetivo do acusado diante do preenchimento dos requisitos objetivos para aplicação do ANPP. 3. Da inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa busca fazer um breve estudo sobre o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP), novo movimento do processo penal brasileiro como método de resolução de questões criminais baseado na justiça criminal negociada, tendo como foco a temática da aplicação ou não do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, tendo em vista a proteção que o constitucionalista originário lhe conferiu.

O objetivo desse novo instituto é a realização de um acordo para evitar a deflagração de uma ação penal. Se constitui em mais uma ferramenta disponibilizada ao titular da ação penal para realização da Justiça criminal negocial, sendo uma forma de mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação pública.

Assim, o ANPP é mais uma alternativa visando impedir a deflagração de um processo, em razão de sua inadequação a certos crimes, resguardando a atuação estatal para crimes de maior relevância, com penas mais graves para casos de reincidência, criminosos habituais que necessitam de maior reprimenda do Estado.



Diante das inúmeras mudanças trazidas com ele, surgem novos questionamentos sobre sua aplicação que ainda não possuem uma resposta definitiva, pois a lei não trata diretamente sobre o assunto. É o caso da aplicação do instituto ao crime de racismo, que ainda que em tese preencha os requisitos objetivos necessários, terá um tratamento diferenciado tendo em vista a importância no ordenamento jurídico e na sociedade.

No primeiro capítulo é analisado se há violação ao princípio da obrigatoriedade, que informa o dever de agir do Ministério Público, não lhe conferindo discricionariedade para se valer de quaisquer critérios de oportunidade e conveniência na propositura da ação penal.

Já no segundo capítulo, debate-se se esse novo instituto é um direito subjetivo do acusado ou uma faculdade do promotor de justiça diante do caso e se diante do preenchimento dos requisitos objetivos para aplicação do acordo de não persecução penal, ele poderá ser aplicado ao crime de racismo, levando-se em consideração os princípios norteadores do Direito e a orientação do MP/SP e de outros Ministérios Públicos Estaduais.

Por fim, no terceiro capítulo é defendido que, tendo em vista o *status* e a proteção constitucional dada ao crime de racismo, é inconstitucional a aplicação do acordo de não persecução penal a esse crime.

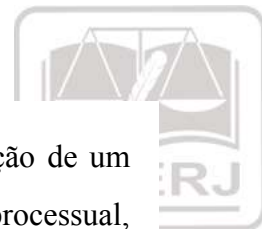
A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, a fim de elencar especulações a serem comprovadas com base em estudos, análises sociais e fáticas.

A pesquisa bibliográfica concentra-se na análise de livros e artigos a respeito do acordo de não persecução penal. A abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

1. MITIGAÇÃO DO PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

O acordo de não persecução penal se enquadra na chamada justiça consensuada, que teve início no Brasil em 1995 com a implementação da Lei dos Juizados Especiais (9.099/1995)¹, e incentiva o acordo de vontades entre as partes, que participam da solução da lide atuando como verdadeiras protagonistas do processo. Assim, trata-se de negócio jurídico processual, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

¹ BRASIL. *Lei dos Juizados Especiais*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.



Tem como finalidade ser uma medida alternativa, objetivando a realização de um acordo para evitar a deflagração de uma ação penal. É algo que ocorre na fase pré-processual, ou seja, quando ainda não há processo. Se constitui em mais uma ferramenta disponibilizada ao titular da ação penal para realização da justiça criminal, que deverá analisar a incidência do art. 28-A do CPP² e a possibilidade de realização do ANPP.

Ademais, possui impactos diretos no estado de liberdade e inocência do imputado, uma vez que quando celebrado evita-se que seja formalizado um processo e, com isso, evita-se um julgamento e uma eventual condenação. Logo, é um instituto processual material, uma vez que cumprido o acordo haverá a extinção da punibilidade, conforme artigo 28-A, §13, do Código de Processo Penal³.

Assim, o acordo busca viabilizar soluções rápidas para crimes de menor ofensividade e otimizar os recursos humanos e financeiros, do Ministério Público e do Poder Judiciário, resguardando a atuação estatal para crimes de maior relevância, com penas mais graves para casos de reincidência, criminosos habituais que necessitam de maior reprimenda do Estado, sendo a justiça penal consensual uma tendência mundial.

Neste contexto, o Ministério Público, que é instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁴, será o responsável pelo oferecimento do ANPP, conforme preconiza o artigo 28-A do CPP⁵.

Ocorre que a carta constitucional também atribui ao MP, como uma de suas funções institucionais, promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. A ação penal será pública quando o titular do direito da ação for o próprio Estado, visando a tutela dos interesses sociais e a manutenção da ordem pública.

No Brasil essa ação é regida, dentre outros, pelo princípio da obrigatoriedade. Assim, verificando o MP que as condições da ação estão presentes, deve oferecer a denúncia. Segundo grande parte da doutrina esse princípio pode ser extraído do art. 24 do CPP⁶, que dispõe que a ação será promovida por denúncia pelo Ministério Público, mas dependerá,

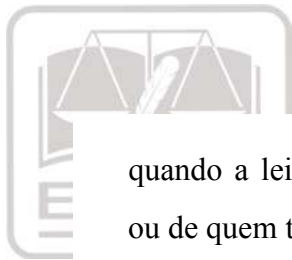
² BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

³ Ibid.

⁴ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.

⁶ Ibid.



quando a lei o exigir, de requisição do Ministro da Justiça, ou de representação do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo.

Pode ser assim conceituado o princípio da obrigatoriedade, segundo os ensinamentos de Renato Brasileiro⁷:

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Diante dessa visão, em um primeiro momento parece evidente que há afronta a esse princípio com o oferecimento do acordo de não persecução penal, uma vez que o Ministério Público deixa de deflagrar a ação penal em face do imputado, embora possua justa causa para tanto, em prol da celebração do acordo.

Ocorre que o princípio da obrigatoriedade vem passando por uma releitura, uma revisão moderna pelo processo penal. Isso se dá pois o sistema tradicional da obrigatoriedade não se mostra suficiente para atender todos os reclames sociais, já que o Estado não possui estrutura ou mecanismos suficientes para perseguir todos os crimes praticados. Sendo assim, mostra-se necessário dar maior ênfase aos crimes que causam maior prejuízo social e aos causadores de menor prejuízo precisa se dar uma solução mais rápida e simples, enquadrando-se o ANPP a essa hipótese.

Neste cenário, não obstante a aparente contrariedade ao princípio da obrigatoriedade, não há afronta à legalidade da ação penal pública, sendo esse o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover⁸. Segundo essa visão não se tem uma ação penal pública obrigatória, mas sim uma ação regida pelo princípio da legalidade, uma vez que está sendo exercida pelo Ministério Público na forma da lei.

Assim, não há uma ruptura com esse princípio pois os pressupostos de admissibilidade e requisitos do acordo estão todos delineados em Lei, no artigo 28-A, caput e

⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*. 4. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020 p. 323.

⁸ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p.95



no parágrafo segundo do CPP⁹. Isto significa que a mesma lei que estabelece como regra a preempriedade da ação penal pública, estabelece a possibilidade do Ministério Público deixar de ofertar a denúncia em prol do acordo de não persecução penal. Em hipótese nenhuma o MP deixaria de agir à margem da lei, pelo contrário, continua agindo em conformidade com a Lei.

Logo, o que ocorre na realidade é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, uma vez que o Ministério Pública opta por uma medida alternativa à proposição da denúncia, de acordo com as opções legislativas que possui, buscando a solução mais promissora ao caso, a depender da política criminal adotada. Essa mitigação é também chamada de princípio da discricionariedade regrada por Renato Brasileiro¹⁰.

Neste sentido, Aury Lopes Júnior¹¹ já havia se posicionado, no que diz respeito a transação e suspensão do processo, que também são institutos que mitigam o princípio da obrigatoriedade:

Quanto à rigidez do princípio, concordamos com RANGEL no sentido de que a Lei n. 9.099 a amenizou (mas não muito) em relação aos delitos de menor potencial ofensivo (aqueles cuja pena máxima não supere 2 anos). Isso porque, nesses delitos, poderá o Ministério Público deixar de propor a ação penal e, em seu lugar, ofertar a transação penal (art. 76 da Lei n. 9.099). Trata-se de relativização do princípio da obrigatoriedade, ou, ainda, de uma nova concepção a ser incorporada no sistema processual penal brasileiro: discricionariedade regrada. Mas, é importante destacar, está muito longe de qualquer consagração de oportunidade e conveniência. Trata-se apenas de situações muito restritas e devidamente disciplinadas em que o Ministério Público tem uma pequena (e bem circunscrita) esfera de negociação com o imputado (dentro de rígidos critérios legais).

Cumpramos ressaltar que parcela minoritária da doutrina defende que há nitidamente uma mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, em prol do princípio da oportunidade e da criação de espaços de consenso no processo penal, afastando-se da consagrada justiça conflitiva¹².

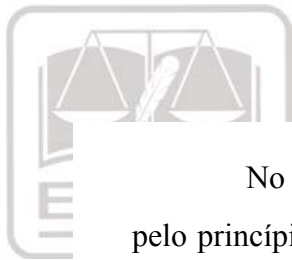
De acordo com isso, com a implementação de diversos institutos no modelo de justiça penal negociada, como o ANPP e a transação penal, o que se tem na ação penal pública hoje é na realidade a aplicação do princípio da oportunidade, o qual já rege as ações penais privadas e é aplicado em diversos outros países, como no sistema norte americano.

⁹ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁰ LIMA, op. cit., p. 324.

¹¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2015, p.199.

¹² SOARES, Rafael Junior Soares; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Ano 20, v. 5, p. 213-231, 22 maio 2020.



No ordenamento jurídico pátrio, na ação penal privada, a vítima querelante é regida pelo princípio da oportunidade ou conveniência, isso significa que tem discricionariedade no exercício da ação penal privada. Assim, ela irá oferecer queixa se assim desejar, presentes as condições da ação, não sendo necessária uma justificativa para o não oferecimento.

Segundo Renato Brasileiro¹³:

Por conta deste princípio, cabe ao ofendido ou a seu representante legal o juízo de oportunidade ou conveniência acerca do oferecimento (ou não) da queixa-crime. Consiste, pois, na faculdade que é outorgada ao titular da ação penal para dispor, sob determinadas condições, de seu exercício, com independência de que se tenha provado a existência de um fato punível contra um autor determinado.

Nos demais ordenamentos jurídicos em que o princípio da oportunidade é aplicado também às ações penais públicas, isso se dá por uma opção de política criminal. Nesses casos, o órgão de acusação não está obrigado a exercer a ação penal, tendo a possibilidade de aplicar a justiça penal consensual mesmo em infrações de médio ou maior potencial ofensivo, por meio de institutos como o *plea bargain*.

Nesses casos o órgão acusador possui uma ampla e ilimitada possibilidade de negociação, podendo se utilizar de diferentes estratégias para a conclusão do acordo, e há negociação sobre a própria pena do acusado. Conforme aduz Buch¹⁴:

Neste modelo, o acusado pode optar por exercer seus direitos e garantias processuais e constitucionais ou deixá-los em troca de algum benefício, podendo também declarar-se culpado das acusações do Ministério Público, recebendo como contraprestação a atenuação no número de acusações e/ou na gravidade das penas a serem aplicadas. Trata-se em última análise de um contrato firmado entre a parte acusatória e a parte ré, sem a participação de um juiz e portanto sem imparcialidade. Ao Judiciário cabe unicamente o papel de executor do pactuado.

Isso não ocorre no acordo de não persecução penal brasileiro, não tendo sido aqui admitido esse modelo. Como anteriormente mencionado, o acordo ocorre na fase pré-processual, em crimes de médio potencial ofensivo, não sendo discutida aplicação de pena, uma vez que ainda não há um processo, e diante do preenchimento de determinados requisitos previstos no artigo 28-A do CPP¹⁵. Não há uma ampla e ilimitada

¹³ LIMA, op. cit., p. 326.

¹⁴ BUCH, João marcos. *Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro*. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

¹⁵ BRASIL, op. cit., nota 2.



discricionariedade por parte do Ministério Público em se tratando de sua aplicação. Neste sentido, Buch corroborando esse entendimento¹⁶:

A adaptação ao Brasil deste modelo estadunidense, já pouco utilizado na Europa e alvo de fortes críticas nos próprios Estados Unidos (vide superencarceramento, supressão de direitos como a não autoincriminação e o julgamento por corpo de jurados imparciais), é inviável. E isso porque há completa ausência de alinhamento cultural e descompasso entre os sistemas jurídicos de civil law e common law. É de clareza solar em todos os meios acadêmicos que no Brasil, diferentemente do modelo estadunidense, impera o sistema romano-germânico, mais conhecido como civil law, que se define pelo fenômeno da codificação do direito. Por isso a impossibilidade de implementação em nosso país o plea bargain estadunidense

Ademais, parte da doutrina aponta que o *plea bargain* não se coaduna com os princípios constitucionais pátrios, violando o princípio da presunção da inocência e o devido processo legal, uma vez que o acusado aceita se submeter a uma pena sem a total execução de um processo criminal, podendo se revelar ainda como um instrumento de pressão para fazer o investigado confessar falsamente, ou entregar informações inverídicas apenas para se ver livre do aparato estatal acusador e das agruras de um processo penal.

Segue esse entendimento Aury Lopes Junior¹⁷:

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor.

Portanto, não há uma substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade, mas apenas sua mitigação. Desse modo, o dever de agir do Ministério Público diante dessa visão da nova política criminal não será exercido apenas com a opção do oferecimento da denúncia, mas de acordo com as opções legislativas que possui, devendo escolher a melhor estratégia legal para o caso apresentado. Neste aspecto, o acordo é uma escolha do Estado para diminuir a instauração de processos, que em certos casos não está surtindo o efeito esperado com o cumprimento de pena.

¹⁶ BUCH, op. cit.

¹⁷ LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimeremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 03 abr. 2021.



2. DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DO ANPP

Diante do apresentado no capítulo anterior, surge um questionamento: verificando-se que estão previstos os requisitos legais para sua aplicação, será ele um direito subjetivo do acusado ou uma faculdade do promotor de justiça?

Os requisitos objetivos para aplicação do acordo de não persecução penal encontram-se no artigo 28-A do Código de Processo Penal¹⁸, trazido pela Lei Anti Crime (Lei nº 13924/2019), com a seguinte redação:

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.

Se entender-se que trata-se de um direito subjetivo do acusado, diante do preenchimento dos requisitos objetivos, verifica-se que em um primeiro momento que o ANPP poderia ser aplicado ao crime de racismo, aqui especificamente analisado, pois as penas mínimas não excedem a 4 anos, bem como não há violência ou grave ameaça contra a vítima, em regra. É isso o que se extrai do artigo 20 da Lei nº 7.716/89¹⁹, que assim dispõe:

Art. 20. Praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional.
Pena: reclusão de um a três anos e multa.

Esse é o entendimento de Aury Lopes Jr²⁰. Essa posição baseia-se na interpretação do artigo 28-A, §14, do CPP²¹, o qual prevê que no caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 do CPP.

A principal interpretação dada a tal artigo é que será feito um pedido de revisão pelo acusado, em um prazo de 30 dias, que será enviado ao órgão superior, Procurador Geral, e esse poderá manter a decisão ou designar outro membro do MP para oferecer o acordo.

¹⁸ BRASIL, op. cit., nota 2.

¹⁹ BRASIL. Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 06 ago. 2021.

²⁰ LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020, p. 315.

²¹ BRASIL, op. cit., nota 2.

Porém, Aury Lopes Junior²² traz outra possível interpretação ao artigo, como se pode observar:

Como se trata de direito público subjetivo do imputado, presentes os requisitos legais, ele tem direito aos benefícios do acordo. Não se trata, sublinhe-se, de atribuir ao juiz um papel de autor, ou mesmo de juiz-ator, característica do sistema inquisitório e incompatível com o modelo constitucional-acusatório por nós defendido. Nada disso. A sistemática é outra. O imputado postula o reconhecimento de um direito (o direito ao acordo de não persecução penal) que lhe está sendo negado pelo Ministério Público, e o juiz decide, mediante invocação. O papel do juiz aqui é o de garantidor da máxima eficácia do sistema de direitos do réu, ou seja, sua verdadeira missão constitucional.

Contudo, a posição a posição que prevalece na doutrina, conforme demonstrado por Renato Brasileiro²³, entende que não há direito subjetivo do acusado para propositura do acordo de persecução penal, sendo uma discricionariedade do Ministério Público. Primeiramente, cabe observar que na justiça consensuada não há direito subjetivo de nenhuma das partes. O que há é uma horizontalidade, ou seja, as partes estão no mesmo patamar, possuindo os mesmos direitos.

Assim, o Ministério Público não pode fazer a sua vontade sucumbir à vontade do acusado e nem o acusado fazer a sua sucumbir a do MP. Como o próprio nome do instituto já evidencia, deve haver um acordo, chegando as partes a um consenso.

Neste sentido, entende Renato Brasileiro²⁴:

Partindo da premissa de que o acordo de não persecução penal deve resultar da convergência de vontades, com necessidade de participação ativa das partes, não nos parece correta a assertiva de que se trata de direito subjetivo do acusado, sob pena de se admitir a possibilidade de o juiz determinar sua realização de ofício, o que, aliás, lhe retiraria sua característica mais essencial, qual seja, o consenso.

A orientação do Ministério Público segue no mesmo sentido, conforme enunciado 21 PGJ-CGMP, do Ministério Público de São Paulo²⁵:

A proposta de acordo de não persecução penal tem natureza de instrumento de política criminal e sua avaliação é discricionária do Ministério Público no tocante à necessidade e suficiência para reprovação e prevenção do crime.

²² Ibid., p. 321.

²³ LIMA, op. cit., p. 276.

²⁴ Ibid.

²⁵ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Enunciado 21 PGJ-CGMP*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2021.



Trata-se de prerrogativa institucional do Ministério Público e não direito subjetivo do investigado”

O próprio texto do artigo 28-A, *caput*, do CPP, traz o elemento discricionário do ANPP. Primeiramente, o artigo diz que o Ministério Público poderá propor o acordo e não que deverá. Segundamente, estabelece que isso poderá ser feito desde que o acordo seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, sendo esse o elemento que estabelece uma discricionariedade.

Isso porque, muitas vezes pode acontecer do acusado preencher todos os requisitos estabelecidos em lei e não esteja enquadrado em nenhuma das vedações previstas, mas por conta desse trecho o Ministério Público pode deixar de oferecer o acordo.

Logo, fica evidente que existe uma discricionariedade do Ministério Público. Contudo, optando por não oferecer o acordo de não persecução penal, deverá justificar sua escolha, tratando-se então de uma discricionariedade regrada.

Neste sentido, é o entendimento de Higyna Josita²⁶:

Como já decidiu o STJ (AgRg no RHC 74.464/PR), a suspensão condicional do processo não é direito subjetivo do acusado, mas sim um poder-dever do Ministério Público, titular da ação penal, a quem cabe, com exclusividade, analisar a possibilidade de aplicação do referido instituto, desde que o faça de forma fundamentada. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado para o instituto do ANPP, já que ambos têm o mesmo caráter de instrumento da Justiça penal consensual. O MP não é obrigado a ofertar o acordo, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo.

Corroborando o entendimento de que não se trata de um direito subjetivo do acusado, ainda que a doutrina apresente divergências, o Supremo Tribunal Federal julgou recentemente o Habeas Corpus nº 194.677/SP²⁷, nessa perspectiva:

O Poder Judiciário não pode impor ao Ministério Público a obrigação de ofertar acordo de não persecução penal (ANPP). Não cabe ao Poder Judiciário, que não detém atribuição para participar de negociações na seara investigatória, impor ao MP a celebração de acordos.

No que tange à possibilidade de oferecimento de acordo de não persecução penal ao crime de racismo, ao analisar a Lei nº 7.716/89²⁸ percebe-se que a maioria dos crimes

²⁶ JOSITA, Higyna. *Curso prático de audiências criminais para o advogado que tem pressa*. Salvador: Juspodivm, 2020 p. 87.

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 194.677/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1262960177/habeas-corpus-hc-194677-sp-0109515-802020100000/inteiro-teor-1262960272>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

²⁸ BRASIL, op. cit., nota 19.



previstos é cometido sem violência ou grave ameaça e tem pena mínima inferior a quatro anos. Logo, em tese, esses crimes admitiriam o ANPP.

Entretanto, o Ministério Público de São Paulo fixou posição no sentido de não ser possível celebração do acordo, tendo em vista o tratamento diferenciado dado pela Constituição a esses crimes. Conforme boletim 95 de 2020 do MP/SP²⁹:

Neste cenário, a Procuradoria-Geral de Justiça e a Corregedoria-Geral do Ministério Público, entenderam por bem expedir a presente orientação conjunta de atuação aos Membros da Instituição, frisando que todos os órgãos de execução devem evitar qualquer instrumento de consenso (transação penal, acordo de não persecução penal e suspensão condicional do processo) nos procedimentos investigatórios e processos criminais envolvendo crimes de racismo, compreendidos aqueles tipificados na Lei 7.716/89 e no art. 140, §3º, do Código Penal, pois desproporcional e incompatível com infração penal dessa natureza, violadora de valores sociais, sendo tais modalidades de Justiça Consensual insuficientes para a prevenção e reprovação pela prática de tais delitos.

Essa orientação foi seguida pelo Ministério Público de diversos outros Estados, como MP/GO e MP/RN. Assim, como visto, em tese seria possível oferecer acordo, uma vez que o crime de racismo preenche os requisitos objetivos previstos em lei. Porém, por não se tratar de um direito subjetivo do acusado e não se mostrar suficiente para reprovação e prevenção do crime, o ANPP não deverá ser aplicado.

3. DA INCONSTITUCIONALIDADE DA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO

Em uma breve contextualização histórica acerca da criminalização do racismo no Brasil, tem-se que a primeira lei que tipificou o racismo classificou-o apenas como contravenção penal, ou seja, uma infração de menor potencial ofensivo. Essa foi a Lei nº 1.390/51³⁰, chamada Lei Afonso Arinos que, segundo algumas fontes³¹, foi inspirada em um

²⁹ BRASIL. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Boletim criminal comentado nº95*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202%20-.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

³⁰ JUSBRAZIL. *Lei Afonso Arinos*. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

³¹ OAB SÃO PAULO. *Katherine Dunham e a Lei Afonso Arinos*. Disponível em: <<https://oabrp.org.br/katherine-dunham-e-a-lei-afonso-arinos/>> Acesso em: 11 ago. 2021.



episódio de racismo individual sofrido pelo motorista do parlamentar que propôs tal lei, em que ele teria tido sua entrada negada em uma confeitaria do Estado do Rio de Janeiro.

Essa lei foi importante pois, simbolicamente, foi o primeiro ato a dizer que a discriminação seria um ilícito penal. Porém, sua aplicabilidade foi muito aquém do desejado, pois limitava o racismo a apenas alguns espaços físicos, sendo uma lei de aplicabilidade restrita. Dessa forma, passava uma mensagem de que o racismo fora dos espaços físicos previstos em lei era tolerado.

Ocorre que antes da Lei Afonso Arinos havia um processo de criminalização dos negros, como o 2º Ato Complementar à Constituição de 1824, que proibia negros e leprosos de frequentar a escola. A própria Lei Áurea, por exemplo, declarou extinta a escravidão no Brasil, mas não estipulou o destino desses indivíduos recém libertos. Essa parcela da sociedade foi jogada das senzalas para os cortiços, favelas e hoje constituem a maioria da população carcerária do país.

Posteriormente, tem-se ainda diversas leis que dificultaram a inserção dos negros ex-escravos na sociedade como povo liberto e outras que impedem a vinda de negros para o país, como o Decreto nº 528/88, que proibia a entrada de africanos e asiáticos no Brasil, salvo com autorização do Congresso Nacional.

Portando, o que se observa é que o Brasil, a partir da Lei nº 1.390/51, não começou a criminalizar o racismo, mas começou na verdade uma descriminalização do negro, pois não era simplesmente um Estado omissivo, mas criminalizava o negro e o resultado é que a sociedade ainda hoje colhe os frutos venenosos desse passado escravocrata.

Com a Constituição de 1988 houve uma mudança de paradigma, passando o racismo a ter um tratamento mais rigoroso na Constituição, estando previsto no artigo 3º, inciso IV da Constituição Federal³², como objetivo fundamental, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Além disso, o artigo 5º, inciso XLII passou a prever que a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei. No ano seguinte à promulgação da Carta Constitucional foi editada a Lei nº 7.716/89, também conhecida como Lei Caó, prevendo o crime de racismo no artigo 20 e parágrafos.

³² BRASIL, op. cit., nota 4.



Dessa forma, nas palavras de Thimotie Aragon Heemann³³:

O Poder Constituinte Genuíno foi claro como a luz solar: todos aqueles regidos pela Constituição Federal de 1988 possuem o direito de viver em um país sem preconceitos, independente de etnia, raça e cor, onde todos recebem o mesmo respeito e a mesma consideração por parte do Estado e da sociedade na qual estão inseridos.

Como se não fosse suficiente, o constituinte originário, no artigo 4º, inciso VIII, da Constituição³⁴ elenca, como um dos princípios que rege o Brasil em suas relações internacionais, o repúdio a apenas dois crimes: o terrorismo e o racismo. Portanto, percebe-se que o Constituinte originário buscou ser claro e não deixar margem para dúvidas: o Brasil não compactuará com práticas racistas, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional³⁵.

No que tange à imprescritibilidade do crime, essa especial característica estipulada pelo constituinte, por si só, já se mostra totalmente incompatível com o oferecimento do acordo de não persecução penal, entende neste sentido Heemann³⁶:

O manto da imprescritibilidade é a exceção da exceção no direito brasileiro, sendo conferido apenas às condutas mais abjetas e perniciosas da sociedade e possuindo como única *raison d'être* a punição do autor independentemente do período de tempo transcorrido. Portanto, inserir o crime de racismo no catálogo de infrações penais que comportam a celebração do acordo de não persecução penal significa contrariar a *mens constitutionis*, que, ao conferir o manto da imprescritibilidade ao delito em análise por conta de sua gravidade, objetivou a punição do autor independentemente do decurso de tempo.

Ademais, o crime de racismo atinge diretamente a dignidade da pessoa humana, que é a pedra angular fundamental do ordenamento jurídico brasileiro. Um dos pré-requisitos para o ANPP é a indenização da vítima, mas como aferir quanto vale a dignidade de alguém ou o quanto vale a dor da discriminação sofrida? Não se pode mensurar. Até mesmo porque a definição de dignidade humana é extremamente subjetiva, podendo significar uma coisa diferente para cada pessoa, sendo um conceito amplo.

³³ JOTA. *A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-e-m-casos-de-racismo-09012021>>. Acesso em: 12 ago. 2021.

³⁴ BRASIL, op. cit., nota 4.

³⁵ JOTA, op. cit., nota 32.

³⁶ Ibid.



Por último, mas não menos importante, cabe lembrar que quando se fala em racismo está se abrangendo também a transfobia e a homofobia, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal na ADO n° 26. Conforme tese fixada³⁷:

O conceito de racismo, compreendido em sua dimensão social, projeta-se para além de aspectos estritamente biológicos ou fenotípicos, pois resulta, enquanto manifestação de poder, de uma construção de índole histórico-cultural motivada pelo objetivo de justificar a desigualdade e destinada ao controle ideológico, à dominação política, à subjugação social e à negação da alteridade, da dignidade e da humanidade daqueles que, por integrarem grupo vulnerável (LGBTI+) e por não pertencerem ao estamento que detém posição de hegemonia em uma dada estrutura social, são considerados estranhos e diferentes, degradados à condição de marginais do ordenamento jurídico, expostos, em consequência de odiosa inferiorização e de perversa estigmatização, a uma injusta e lesiva situação de exclusão do sistema geral de proteção do direito.

A realidade é que o racismo se recria a todo tempo. Observa-se que apesar de constituírem a maioria da população, negros ainda não ocupam lugares de poder na mesma proporção e o Brasil segue sendo o país que mais mata transgêneros no mundo.

Um exemplo do primeiro caso é o próprio Ministério Público, que segundo a pesquisa “Ministério Público: Guardião da democracia?”, realizada com base em entrevistas e informações dos membros do MP, que revela que 70% deles são homens e 77% deles são brancos. 20% se consideram pardos, apenas 2% pretos e 1% amarelos³⁸.

Dessa forma, resta evidente que não basta a mera previsão de tutela penal estabelecida pela Constituição Federal ou pelos demais diplomas legais, por se tratar de um problema social e estrutural. Sendo assim, o papel do judiciário deve ser buscar a maior efetividade possível das normas e uma das formas de se conseguir isso é com a não aplicação do ANPP ao crime de racismo.

Se o próprio constituinte originário repudiou o racismo, demonstraria-se contraditório admitir a não persecução criminal do autor do delito de racismo quando confrontada com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e com o tratamento dado pelo Estado brasileiro ao tema na ordem internacional, uma vez que o Brasil

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de inconstitucionalidade por omissão n° 26*. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754019240>>. Acesso em: 11 ago. 2021.

³⁸ CENTRO DE ESTUDO DE SEGURANÇA E CIDADANIA. *77% do MP é branco e 70% homem; só 2% é preto*. Disponível em: <<https://cesecseguranca.com.br/reportagens/77-do-mp-e-branco-e-70-homem-so-2-e-preto/>>. Acesso em: 11 ago. 2021.



é signatário de diversos documentos internacionais de direitos humanos que o Brasil se obrigou a reprimir de forma eficiente e suficiente.

Portanto, não se demonstra proporcional o Ministério Público oferecer qualquer tipo de acordo a quem comete tal crime, por não ser suficiente para a reprovação e prevenção do crime, considerando a realidade brasileira e o racismo estrutural praticado na sociedade, o que acarretaria em uma proteção deficiente do Estado levando-se em conta a gravidade abstrata do crime, além de ser claramente inconstitucional.

CONCLUSÃO

A pesquisa buscou trazer um breve estudo sobre o acordo de não persecução penal, especialmente quando aplicado ao crime de racismo, uma vez que ainda que em tese preencha os requisitos objetivos necessários, terá um tratamento diferenciado tendo em vista a importância no ordenamento jurídico e na sociedade.

O Ministério Público, responsável pelo oferecimento do ANPP, possui como uma de suas funções institucionais, promover privativamente a ação penal pública, na forma da lei. Essa ação será regida pelo princípio da obrigatoriedade, devendo ser oferecida a denúncia pelo MP quando presentes as condições da ação.

Contudo, constatou-se que não haverá afronta a esse princípio com o oferecimento do acordo de não persecução penal, tendo em vista que pela releitura que o princípio vem passando, o que ocorre, na realidade, é uma mitigação do princípio da obrigatoriedade, tendo o MP o dever de agir de acordo com as opções legislativas que possui.

Sendo assim, não há que se questionar se há controvérsia quanto a ser o acordo de não persecução penal um direito subjetivo do investigado ou uma faculdade do promotor, exercida de forma totalmente discricionária. Conforme defendido na pesquisa, se está diante de uma discricionariedade regrada do Ministério Público, podendo ser oferecido o acordo se preenchidos os requisitos previstos em lei e devendo ser observados ainda os princípios norteadores do Direito.

Diante disso, resta evidente a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, tendo em vista a Constituição elencar o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e ainda como um dos princípios reitores do Brasil em suas relações internacionais.



Tratando o racismo de um crime que viola diretamente a dignidade da pessoa humana, os valores constitucionais e se tratando de um problema social e estrutural de tanta importância, o papel do Ministério Público e do Judiciário deve ser buscar tutelar as vítimas da melhor maneira possível e garantir efetivamente sua repressão. Logo, para esses objetivos serem alcançados, concluiu-se que não se pode aplicar o acordo de não persecução penal ao crime de racismo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 04 ago. 2021.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 mar. 2021.

_____. *Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7716.htm>. Acesso em: 06 ago. 2021.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Boletim criminal comentado nº 95*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Boletim_Semanal/boletim%20CAOCrim%20JUNHO%202020-.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2021.

_____. Ministério Público do Estado de São Paulo. *Enunciado 21 PGJ-CGMP*. Disponível em: <[http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20\(1\)-%20alterado.pdf](http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Criminal/Criminal_Juri_Jecrim/Enunciados_CAOCRIM/Enunciados%20PGJ-CGMP%20-%20Lei%2013.964-19%20(1)-%20alterado.pdf)>. Acesso em: 06 ago. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 194.677/SP*. Relator: Min. Gilmar Mendes. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1262960177/habeas-corpus-hc-194677-sp-0109515-8020201000000/inteiro-teor-1262960272>>. Acesso em: 08 ago. 2021.

BUCH, João Marcos. *Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro*. Migalhas. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/depeso/294189/plea-bargain-e-sua-inaplicabilidade-no-direito-brasileiro>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

CABRAL, Rogério Leite Ferreira. *Manual do Acordo de não persecução penal: à luz da Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime)*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Pacote Anticrime – Lei n. 13.964/2019: Comentários às alterações do CP, CPP e LEP*. Salvador: Juspodivm, 2020.



_____. *Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Juizados especiais criminais: comentários à Lei 9.099/1995, de 26/09/1995*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002

HEMMANN, Thimotie Aragon. *A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo*. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/a-inconstitucionalidade-de-acordos-de-nao-persecucao-penal-em-casos-de-racismo-09012021>>. Acesso em: 12 ago. 2021

JOSITA, Higyna. *Curso prático de audiências criminais para o advogado que tem pressa*. Salvador: Juspodivm, 2020

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2020.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2020

_____. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2019-fev-22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticri-meremedio-ou-veneno>>. Acesso em: 03 abr. 2021.

SOARES, Rafael Junior Soares; BORRI, Luiz Antonio; BATTINI, Lucas Andrey. Breves considerações sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Instituto de Ciências Penais*. Ano 20, v. 5, p. 213-231, 22 maio 2020.