

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

BARTIRA MACEDO MIRANDA

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

THAIS JANAINA WENCZENOVICZ

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Bartira Macedo Miranda; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Thais Janaina Wenczenovicz – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-992-6

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

APRESENTAÇÃO

O presente trabalho associa-se ao Grupo de Trabalho intitulado Direito Penal, Processo Penal e Constituição I do VII Evento Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação e conta com 20 artigos. Dentre as categoriais conceituais constata-se: Constituição Federal, Democracia, Direito Penal, Estado, Justiça Penal, Lei Maria da Penha, Processo Penal, Sociedade da Informação e Sociedade de Risco.

O primeiro texto nomina-se A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E OS ASPECTOS PENAIIS E DO PROCESSO PENAL: ALCANCES E LIMITES PARA O LEGISLADOR ORDINÁRIO EM MATÉRIA PENAL, sob autoria de Luiz Gustavo de Oliveira Santos Aoki e Antonio Carlos da Ponte e se apresenta com o objetivo de examinar a evolução histórica dos aspectos materiais do direito penal e processual penal à luz dos preceitos constitucionais, delineando os limites e extensões para a atuação do legislador ordinário. Ao adotar uma abordagem indutiva-histórica, o estudo analisa uma gama de fontes, incluindo documentos históricos, contribuições doutrinárias, jurisprudência e legislação pertinente. Conclui-se que o legislador não deve apenas criar, mas identificar e fortalecer os interesses relevantes, estabelecendo, assim, um critério de restrição ao ímpeto punitivo estatal. Tal compreensão visa não apenas a limitar a intervenção penal às necessidades reais da sociedade, mas também a salvaguardar os valores constitucionais, direitos fundamentais e os direitos individuais. Dessa forma, o artigo oferece uma análise crítica sobre o papel do legislador na formulação e aplicação do direito penal, contribuindo para o debate sobre a necessidade de equilibrar o poder estatal com os princípios democráticos, efetivação dos direitos e as garantias fundamentais estabelecidas pela Constituição Federal.

O segundo artigo, redigido por Allan Thiago Barbosa Arakaki e Maria De Fatima Ribeiro, discorre sobre A FUNÇÃO SOCIAL DA POLÍCIA MILITAR E UMA NOVA FORMA DE ATUAÇÃO NA SEGURANÇA PÚBLICA e discute o papel das forças das polícias militares e a imprescindibilidade de um novo formato legitimador às suas funções institucionais, à luz da teoria do agir comunicativo. Nesse ponto, ultrapassa-se o viés apenas dogmático para se compreender o desenvolvimento de um novo formato de policiamento baseado no agir comunicativo. O método empregado é o dedutivo por atender às pretensões desta pesquisa e se cuida de uma pesquisa bibliográfica e documental. Parte-se inicialmente do papel

dogmático das forças de segurança e os desafios diante da alta taxa de letalidade. Após, ingressa-se na função solidária das forças de segurança, buscando diferenciá-la da função social e o que ela albergaria. Ao fim, enfoca-se como o agir comunicativo poderia auxiliar na formulação de um novo formato de policiamento e o que isso implica, denotando um novo formato de policiamento. Conclui-se que a compreensão da função solidária das forças de segurança demanda a construção de elos comunicativos com a população atendida, por intermédio de desenvolvimento de parcerias, ultrapassando o papel meramente dogmático. O referencial teórico utilizado é a teoria do agir comunicativo, desenvolvida por Habermas, e compreensões do modelo de policiamento firmados por Zaffaroni.

Na sequência sob redação dos autores Allan Thiago Barbosa Arakaki , Emerson Santiago Pereira , Marilda Tregues De Souza Sabbatine com o título A NECESSIDADE DE MUDANÇA DE PARADIGMAS NAS ALTERAÇÕES DA LEI MARIA DA PENHA. O artigo analisa o aumento do número das infrações doméstico-familiar contra a mulher à luz da Lei 11.340/06. O objetivo secundário, por sua vez, relaciona-se a examinar se o recrudescimento unilateral da legislação penal possibilita ou não um resultado mais efetivo de segurança coletiva nessa dinâmica. A pesquisa é de natureza bibliográfica, documental e jurisprudencial, sendo empregado o método dedutivo. Parte-se da premissa geral, discorrendo sobre o panorama da Lei 11.340/06 e sua importância. Após, adentra às diversas mudanças da lei e o aumento dos crimes albergados por ela, fazendo um paralelo com a política criminal do Broken Window e buscando identificar se funciona ou não a política criminal mais rígida em tais contextos. Debruça-se, posteriormente, a delinear propostas que poderiam auxiliar a adotar uma tônica mais produtora no combate à violência de gênero. Ao fim, conclui-se que um dos motivos centrais de não haver diminuição nos crimes analisados é que o mero recrudescimento de política pública criminal, divorciada de outros elementos ressocializantes, não promove a pacificação social. Ao contrário disso, cuida-se de uma manobra do próprio Direito Penal Simbólico, alçando indivíduos como inimigo e, em geral, possibilitando uma resposta imediatista que não auxilia no enfrentamento da questão. O referencial teórico empregado é lastreado na teoria do agir comunicativo, utilizando ainda um enfoque positivista e dogmático.

O próximo artigo com o título A PERSPECTIVA ÉTICA DE RESPONSABILIDADE COMUNITÁRIA DESDE A RESOLUÇÃO N. 487/2023, DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA e da autora Camila Maués dos Santos Flausino aporta-se em referenciais pós-estruturalistas, como Rosine Kelz, Didier Fassin, Roberto Esposito e Judith Butler e busca problematizar, no campo afetivo político-filosófico, as ações e intervenções oficiais de governos humanitários voltadas à proteção de pessoas com transtorno mental em conflito com a lei penal. Pautada como discurso oficial, e como o encontro do “outro” repercute em

dinâmicas afetivas, psíquicas e políticas voltadas a alteridades irredutíveis. Trata-se de pesquisa com abordagem dedutiva e, quanto ao procedimento, bibliográfica. Ao final, a partir da Resolução n. 487/2023, do CNJ, útil no estudo como protótipo analítico, permitiu-se refletir sobre possíveis afetos políticos que fomentam agendas de governos humanitários nesse campo e como eles se engatam em aproximação ao projeto de reformulação da responsabilidade ética de dever mútuo de desenvolvimento da máxima potencialidade humana e de rompimento de fronteiras que normativamente são estabelecidas como verdades jurídico-médicas.

O quinto artigo tem como autor Guilherme Manoel de Lima Viana e o título é A PROVA ILÍCITA E A SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO. O trabalho explora a interseção entre a prova ilícita e a sociedade da informação no cenário jurídico atual. O foco central reside na emergência e prevalência crescente de evidências digitais, impulsionadas pelo avanço tecnológico e pela expansão ininterrupta da sociedade digital. Utilizando uma metodologia de revisão de literatura, a pesquisa aprofunda a análise jurídica, considerando casos específicos e tendências legais relevantes dentro do contexto da sociedade da informação. Os resultados apontam para a necessidade urgente de abordagens jurídicas inovadoras capazes de enfrentar as complexidades decorrentes da prova ilícita na sociedade da informação. Destaca-se a importância de equilibrar a busca pela verdade processual com a proteção rigorosa dos direitos fundamentais, sugerindo a implementação de diretrizes e medidas concretas. O artigo conclui ressaltando a crucial importância de adaptar as estruturas legais existentes para enfrentar as mudanças sociais e tecnológicas, proporcionando um arcabouço flexível que possa eficazmente lidar com as nuances da prova ilícita na sociedade da informação. Nesse contexto, propõe-se não apenas uma resposta às implicações jurídicas, mas também um chamado à reflexão sobre como preservar a integridade do sistema judicial diante dos desafios complexos decorrentes da evolução tecnológica. O objetivo final é estabelecer um sistema judicial resiliente, justo e adaptável, capaz de enfrentar os dilemas contemporâneos de maneira eficaz.

A SOCIEDADE DE RISCO E O DIREITO PENAL NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO dos autores Ana Cristina Santos Chaves , Marcos Paulo Andrade Bianchini Eduardo Augusto Gonçalves Dahas contempla o texto seis. Este artigo examina a relação entre a teoria da Sociedade de Risco de Ulrich Beck em sua obra "Sociedade de risco: Rumo a outra modernidade", analisando os impactos dos riscos globais decorrentes dos constantes avanços tecnológicos advindos após a revolução industrial que gera uma sociedade do medo e insegura e cada vez mais reflexiva ante os riscos provocados na contemporaneidade. Também analisou como os riscos modernos que desafiam as estruturas tradicionais existentes no Estado Democrático de Direito e no direito penal. Discute a mudança de paradigma na

sociedade que precisa lidar com riscos globais normalmente não intencional, mas com potencial lesivo impactante em todo o mundo que transcende as fronteiras territoriais, econômicas, clássicas e científicas. Foi analisado o desafio do Estado Democrático de Direito a se adaptar a uma realidade complexa e interconectada. Foi analisado a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck frente as teorias funcionalistas sistêmicas. Utilizou-se o método-dedutivo, e como fontes primárias, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988) e os autores Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias, José Afonso da Silva, na definição de Estado Democrático de Direito, a teoria funcionalista teleológica na visão de Claus Roxin e funcionalista sistêmica na visão de Günther Jakob, fazendo uma correlação com a sociedade de risco de Ulrich Beck. Conclui-se que a sociedade de risco descrita por Beck, vê nos avanços tecnológicos e a globalização a criação de novos riscos e incertezas que atravessam fronteiras nacionais e desafia o direito penal.

O artigo sétimo, intitulado **A SUPERLOTAÇÃO CARCERÁRIA COMO UM INDEVIDO ESTADO DE COISAS DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO: BREVES CONJECTURAS SOBRE OS OBSTÁCULOS PARA SUA SUPERAÇÃO NO BRASIL**, com escrita de Barbara Labiapari Pinto e Fernando Laércio Alves da Silva, apresenta resultado de investigação conduzida sobre a situação do sistema prisional brasileiro e busca lançar luzes sobre o problema da superlotação carcerária. Problema tão antigo e endêmico no Brasil que sequer pode ser considerado como uma situação de crise, mas, de fato, um estado de coisas persistente e indevido. Exatamente por se tratar de tema tantas vezes discutido, na presente pesquisa se propôs analisa-lo a partir de novas lentes, conjugando a já comum leitura da insuficiência de vagas com questões que impactam, ou pelo menos deveriam impactar no sistema, como as medidas alternativas à prisão, de um lado, e a mudança de orientação do STF sobre a possibilidade da decretação da prisão após decisão condenatória não transitada em julgado, por outro. Metodologicamente, a investigação, de abordagem quali-quantitativa, desenvolveu-se por meio da coleta de dados documentais sobre o sistema prisional do INFOPEN, CNMP e, CNJ (2008-2023) e pela coleta e análise de julgados, notadamente das decisões do STF acerca da temática da execução penal após condenação em segunda instância, e pela coleta e análise bibliográfica, realizada a partir do Portal de Periódicos da CAPES e do Banco de Dissertações e teses da CAPES. Caminho trilhado para tentar identificar o grau de eficiência do modelo de penas alternativas à prisão estabelecido pela Lei n. 9.714/98 e o impacto da insegurança jurídica e, principalmente, da inadequada compreensão da possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade no sistema prisional brasileiro.

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: EFEITOS DA CONFISSÃO EM CASO DE NÃO CUMPRIMENTO DO ACORDO foi o tema apresentado por Victor Dessunti

Oliveira, Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto e Andrezza Damasceno Machado. O artigo é dedicado a compreender como a confissão do réu afeta o andamento processual quando um acordo de não persecução penal não é cumprido. Os autores demonstram que o ANPP pode oferecer uma alternativa flexível ao processo tradicional, permitindo que as autoridades ajam de forma adaptativa em diferentes situações. Isso pode ser particularmente útil em casos onde a culpabilidade é clara e as partes envolvidas concordam com os termos do acordo. Em relação à utilização da confissão como prova em eventual ação judicial, decorrente do descumprimento do acordo, os autores defendem a sua impossibilidade, vez que a confissão é feita antes da denúncia, ou seja, antes mesmo de iniciar a ação judicial. Assim sendo, a confissão em sede inquisitiva, como é o caso do ANPP, não pode ser utilizada como prova na ação judicial, devendo o processo seguir seu curso normal, conforme consta no Código de Processo Penal, por respeito ao devido processo legal, bem como a todas as garantias previstas na Constituição Federal.

Os autores Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues apresentaram o artigo intitulado AGENDAMENTO ELETRÔNICO PARA ATENDIMENTO DO CLIENTE PRESO: ANÁLISE DO IMPACTO DA PORTARIA Nº 164/2020 – SEAP/PA NA PRÁTICA DA ADVOCACIA CRIMINAL. A Portaria nº 164/2020 – SEAP/PA regula o acesso dos advogados às unidades prisionais no Pará, estabelecendo horários específicos para atendimentos e introduzindo um sistema de agendamento eletrônico para atendimento e entrevista pessoal e reservada com clientes. O estudo analisa como essa normativa afeta a prática da advocacia criminal, a relação advogado-cliente, especialmente em um contexto de justiça penal, onde o acesso rápido e eficiente à representação legal é crucial. A conclusão aponta que o equilíbrio entre a segurança prisional e os direitos dos detidos e seus defensores é um aspecto imprescindível a ser considerado na implementação de qualquer nova tecnologia ou política, devendo-se buscar, por meio do diálogo, soluções que respeitem as garantias constitucionais e profissionais dos advogados, ao mesmo tempo em que se aproveitam os benefícios que as inovações tecnológicas podem oferecer para a eficiência e eficácia dos processos judiciais e prisionais.

Giovanna Aguiar Silva e Fernando Laércio Alves da Silva jogam luz a um problema percebido com muita perspicácia: a liberdade decisória da vítima nos delitos sexuais. O título do artigo é COM SENTIMENTO: DESVELANDO O IMPACTO DO PATRIARCADO E DO PATRIMONIALISMO NA IDENTIFICAÇÃO DA VONTADE-CONSENTIMENTO DA VÍTIMA MULHER ENQUANTO ELEMENTO DE CARACTERIZAÇÃO /DESCARACTERIZAÇÃO DOS CRIMES SEXUAIS. Passados quase um quarto de século da edição da Lei n. 12.015/2009, os autores realizaram um balanço dos avanços concretos na proteção à dignidade e à liberdade sexual das mulheres. O trabalho investigou a

jurisprudência do TJMG quanto à adequada compreensão dos aspectos da liberdade decisória da mulher (consentimento) quanto ao exercício de sua sexualidade e seu impacto na caracterização ou não de crimes sexuais. O objetivo geral foi identificar se a análise judicial ainda se encontra enviesada por aspectos de uma cultura patriarcal. Para tanto, conduziu-se uma pesquisa qualitativa, metodologicamente estruturada, adotando como corte temporal o intervalo entre janeiro de 2010 a dezembro de 2020. As conclusões desta investigação, confirmam que a perspectiva civilista do conceito de consentimento não se mostra suficiente para a compreensão da complexidade do consentir e do querer, relacionados à realização da liberdade sexual pela mulher e deixam claro que no plano da atuação judicial, existem indícios de que a visão dos julgadores está atrelada, muitas vezes, não apenas à míope compreensão do direito civil, mas, de fato, vinculada a um ideal de mundo, no mínimo, novecentista.

Outro assunto muito contemporâneo foi apresentado por Euller Marques Silva e Yuri Anderson Pereira Jurubeba com o artigo **FILHO ADOTIVO NO HOMICÍDIO FUNCIONAL: UMA ANÁLISE CONSTITUCIONAL DA QUALIFICADORA**. Este artigo examinou a inclusão dos filhos adotivos como sujeitos passivos no contexto do homicídio funcional, fazendo um paralelo entre o dispositivo legal que incluiu a qualificadora e o reconhecimento constitucional da igualdade entre filhos adotivos e biológicos. Os autores explicam que a problemática abordada consiste no fato de que o Legislador, no ano de 2015, ao instituir uma nova qualificadora para os homicídios cometidos contra agentes de segurança pública e seus parentes próximos, utilizou-se da expressão “parentes consanguíneos”, excluindo, assim, os filhos adotivos dessa proteção, gerando uma violação ao princípio constitucional de isonomia entre as origens de filiação.

A INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO foi o tema desenvolvido por Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto, Andrezza Damasceno Machado e Victor Dessunti Oliveira. Segundo os autores, a Lei nº 13.964 de 2019 inovou o ordenamento jurídico com a inserção do acordo de não persecução penal (ANPP), inspirado no plea bargaining, que possibilita a negociação entre o Ministério Público e o acusado. O artigo questiona se o ANPP pode ser aplicado ao crime de racismo. O artigo debate a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, considerando que a Constituição estabelece o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e como um dos princípios orientadores do Brasil em suas relações internacionais.

Um artigo que chamou muito a atenção foi o apresentado por João Victor Tayah Lima , Nilzomar Barbosa Filho e Alysson de Almeida Lima com o título de **MEDIAÇÃO DE**

CONFLITOS NA POLÍCIA CIVIL: REFLEXÕES ENTRE OS PODERES E OS DEVERES JURÍDICOS DO DELEGADO DE POLÍCIA. Os autores promoveram um estudo acerca das atribuições constitucionais e legais do delegado de polícia no emprego da mediação de conflitos.

Os autores sustentam que as delegacias de polícia são órgãos públicos que funcionam como receptores constantes dos mais variados conflitos sociais. Assim, atendendo a paradigmas principiológicos constitucionais, em especial à legalidade e à eficiência, é essencial que as autoridades policiais civis, em uma perspectiva de segurança pública cidadã e de preservação dos direitos humanos, abrace sua missão transformadora dos conflitos, priorizando os métodos não-violentos em sua resolução. O artigo, pois, apresenta uma mudança paradigmática, que, segundo seus autores, não apenas possível, mas essencial, e, somente assim, as delegacias de polícia abandonarão o estigma de espaços sombrios destinados exclusivamente à punição para assumirem uma nova roupagem acolhedora, onde as pessoas comparecem para verem efetivados os seus direitos fundamentais.

Para isto, foi utilizado o método dedutivo, que partiu de premissas jurídicas universais aplicáveis ao escopo jurídico para se chegar ao particular, no caso, a função do delegado de polícia. Empreendeu-se uma incursão documental e bibliográfica, com uso da legislação nacional, de solicitações de acesso à informação dirigidas a órgãos públicos e de obras doutrinárias que pudessem se relacionar com o tema proposto, tornando possível desenvolver uma pesquisa explicativa. No que tange à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, embora dados quantitativos sobre ocorrências criminais da Polícia Civil do Estado do Amazonas tenham servido de apoio às hipóteses levantadas. O

s resultados da pesquisa demonstram que o uso da mediação policial encontra amparo jurídico amplo, tendo em vista que atende a princípios constitucionais norteadores da função administrativa e a diretrizes e procedimentos já previstos na legislação infraconstitucional. Ademais, trata-se de um instituto com ampla aplicação no cotidiano policial, tendo em vista o alto número de ocorrências criminais que só se procedem mediante queixa ou representação, possibilitando o uso do mencionado método autocompositivo de conflitos. A conclusão evidencia que a mediação é uma prática restaurativa desejável nos criminais de ação privada e ação penal pública condicionada à representação, pois tem o poder de transformar positivamente o conflito, atendendo às necessidades, tanto da sociedade, quanto da máquina administrativa.

O artigo intitulado “MIRANDA V. ARIZONA: O PARADIGMA CONSTITUCIONAL NORTE AMERICANO QUE SOLIDIFICOU O DIREITO AO SILÊNCIO

ULTRAPASSANDO AS FRONTEIRAS NACIONAIS”, foi escrito por Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba e Yuri Anderson Pereira Jurubeba. O texto externa que, ao longo dos séculos, o pêndulo das confissões oscilou da permissão da coerção extrema, ou mesmo da tortura, para um modelo mais racionalista. Em 1966, a Suprema Corte dos Estados Unidos decidiu que a Quinta Emenda da Constituição restringe os promotores de utilizar as declarações de uma pessoa feitas em resposta ao interrogatório sob custódia policial como provas no seu julgamento, a menos que possam demonstrar três importantes condições: que a pessoa foi informada sobre seu direito de consultar um advogado antes e durante o interrogatório; do seu direito contra a autoincriminação; e que o arguido não só compreendeu esses direitos, mas também voluntariamente os dispensou. O estudo tem como objetivo examinar o famoso precedente norte-americano, destrinchando seu histórico, o voto dos membros da Suprema Corte e, o mais importante, as questões relativas aos direitos do acusado no processo penal, que ultrapassam o sistema jurídico norte americano e são identificadas como princípio básico de todo Estado Democrático de Direito. Para tanto, os autores se valeram da pesquisa bibliográfica e documental, por meio da abordagem qualitativa dos resultados.

O texto seguinte, intitulado “NORMATIZAÇÃO DO DOLO E PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA”, dos autores Antônio Carlos da Ponte e Eduardo Luiz Michelan Campana, retoma a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica, diante dos crescentes riscos e lesões a bem jurídicos causados por empresas que apresentam complexas estruturas organizacionais. Após a análise das clássicas objeções à punibilidade de um ente coletivo, parte-se para o estudo do dolo sob os prismas das correntes de pensamento causalista, finalista e funcionalista, perquirindo-se acerca da normatização do dolo como possível solução para a imputação de fatos delituosos a pessoas jurídicas, ainda que não se consiga responsabilizar as pessoas físicas que as compõem. Em seguida, são expostas as teorias normativas do dolo sustentadas pelos expoentes do funcionalismo mínimo, moderado e radical, de corte volitivo e cognitivo, e a viabilidade de sua aplicação para a pessoa coletiva. Analisa-se, por fim, o atual entendimento jurisprudencial nos tribunais superiores que afasta, ainda que excepcionalmente, o sistema de dupla imputação adotado pela Lei 9.605/1998, propondo-se uma possível solução com fundamento na discussão acerca da normatização do dolo.

No texto que tem por título “O papel da teoria dos jogos na investigação criminal e sua conexão com o princípio do devido processo legal”, Kennedy Da Nobrega Martins e Alexandre Manuel Lopes Rodrigues discorrem que o entrelaçamento da teoria dos jogos com a investigação criminal oferece uma perspectiva inovadora sobre a dinâmica processual e sua interação com o princípio do devido processo legal. Esta abordagem, ao explorar a estratégia

e a tomada de decisões dentro do sistema penal, ilumina aspectos cruciais que influenciam a condução das investigações e o desenvolvimento processual penal. Diante disso, o objetivo do artigo é examinar a interseção entre a teoria dos jogos e a investigação criminal, avaliando como essa interação molda a aplicação do princípio do devido processo legal dentro das regras da Carta Magna. A metodologia adotada na pesquisa foi a revisão bibliográfica, envolvendo uma análise de literatura especializada, abrangendo textos jurídicos, estudos sobre a teoria dos jogos, especialmente do autor Alexandre Morais da Rosa, e trabalhos acadêmicos relacionados. Nesse sentido, a teoria dos jogos se apresenta como uma ferramenta para auxiliar o tomador de decisão na busca da escolha mais eficiente. Quando aplicada ao inquérito policial, os envolvidos (como o Delegado, Ministério Público e defesa) atuam estrategicamente para atingir seus objetivos. Dessa forma, o inquérito é vital, pois as decisões tomadas afetam diretamente o desfecho do caso, realçando a necessidade de uma abordagem lógica e cuidadosa em todas as etapas, respeitando o devido processo legal e as regras do jogo constitucional.

O texto seguinte, de autoria de Marcos Paulo Andrade Bianchini, Alexandre Marques de Miranda e Carlos José Seabra De Melo, tem por título “OS DESAFIOS DO DIREITO PENAL NA SOCIEDADE DE RISCO”. Na pesquisa empreendida, os autores analisam o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico e investigam se houve a superação do paradigma funcionalista na sociedade contemporânea frente à sociedade de risco característica da modernidade pós-industrial. Foram analisados o diálogo entre o funcionalismo teleológico e o funcionalismo sistêmico, interpretada a sociedade de risco descrita por Ulrich Beck e examinado o expansionismo penal desenvolvido por Silva Sánchez. Utilizou-se o método hipotético-dedutivo, e como fontes primárias a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), que serve como referência legal fundamental, bem como a teoria do funcionalismo teleológico, representada por Claus Roxin, e a teoria do funcionalismo sistêmico, elaborada por Günther Jakobs. Foram investigadas as teorias da sociedade de risco de Ulrich Beck e o conceito de expansionismo penal desenvolvido por Silva Sanchez. O texto conclui que o expansionismo e a inflação legislativa em relação ao direito penal fazem perecer de efetividade a proteção seja de bens jurídicos ou do próprio sistema de normas importantes para a vida em sociedade.

Em “PROMESSA NÃO CUMPRIDA: A FALÁCIA IDEOLÓGICA DA PENA DE PRISÃO COMO RESSOCIALIZADORA DO CIDADÃO”, os autores Luiz Fernando Kazmierczak e Vinicius Hiudy Okada discorrem que a gestão cotidiana dos serviços penais enfrenta perda de controle interno, violando direitos, comprometimento da individualização penal, déficit de gestão e falta de transparência, conjunto classificado como “Estado de coisa inconstitucional” pelo STF. O Código Penal prevê a reincidência em seu art. 63, verificando-se quando o

agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. Criminologia clínica é uma atividade complexa de conhecimentos interdisciplinares predominantemente científicos, voltada à prática profissional. O seu modelo de inclusão social implica um rompimento com os pressupostos lógicos do sistema punitivo – uma inversão hierárquica e subordinativa –, não sendo considerado uma criminologia crítica e nem tem compromissos com os postulados do pensamento crítico. A teoria do labelling approach significa um abandono do paradigma etiológico-determinista e a substituição de um modelo estático e monolítico de análise social por uma perspectiva dinâmica e contínua de corte democrático. A teoria foi bem recepcionada pela doutrina penal brasileira, sendo introduzida pelas Leis nº 7.209/84 e nº 7.210/84, influenciando inclusive a Constituição Federal de 1988. Conclui-se, através deste trabalho, que a pena de prisão como ressocializadora do cidadão não passa de uma falácia ideológica, visto que o condenado não está sendo preparado para reingressar na sociedade, mas sendo “desculturado”.

No trabalho intitulado “UMA NECESSÁRIA INTERVENÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA COMO CUSTOS VULNERABILIS EM DEFESA DOS MOVIMENTOS SOCIAIS”, a autora Wilza Carla Folchini Barreiros discorre, a partir de pesquisa bibliográfica e da análise factual do comportamento dos três Poderes, que há uma crescente repressão aos movimentos sociais. O objetivo do artigo é, por meio da investigação de normas e princípios, buscar mecanismos que auxiliam na mudança de posição que os integrantes de movimentos sociais vêm ocupando no âmbito das ações penais, em geral, previamente taxadas como agentes promotores da desordem e da ilegalidade. O tema foi delimitado especificamente a repressão criminal dos ativistas dos movimentos de luta pelo direito à moradia e o acesso à terra, bem como meios de provocar mudanças perante o Poder Judiciário. Para tanto, traz as falhas na imputação do crime de esbulho possessório, em que se ignora elementos inerentes ao tipo, como a verificação da posse a partir do direito à moradia e da função social da propriedade. Nessa linha, e tendo como um dos fundamentos a teoria garantista de Ferrajoli, aponta-se como um dos mecanismos auxiliares a redução de desigualdades no processo penal a atuação da Defensoria Pública, na qualidade de custos vulnerabilis, em todos os processos envolvendo criminalização de integrantes dos movimentos sociais. A intervenção como custos vulnerabilis visa reequilibrar a relação processual penal, bem como atuar como importante ator na formação de precedentes que possam interessar os grupos de vulneráveis que representa.

Por fim, o trabalho que tem por título “VIDAS DESVASTADAS: DESASTRES AMBIENTAIS, DESLOCAMENTO FORÇADO E A PERSPECTIVA DE CRIMES CONTRA A HUMANIDADE”, dos autores Débora Guimarães Cesarino, Emanuelle de Castro Carvalho Guimarães e Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro, apresenta reflexões sobre a

possibilidade do deslocamento forçado de pessoas causado por desastres ambientais oriundos de atividades empresariais serem classificados como crimes contra a humanidade. Por conseguinte, fez-se necessário estudar como ocorrem esses deslocamentos e suas consequências às populações atingidas, correlacionar essa conduta com os crimes contra a humanidade previstos art. 7, 1, d, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, bem como analisar se esse enquadramento pode sujeitar as empresas violadoras às sanções penais internacionais. A metodologia utilizada foi a jurídico-teórica e o procedimento dedutivo, juntamente com a ampla pesquisa bibliográfica e documental. Considerando que a proteção do meio ambiente deve ser uma preocupação comum de toda a humanidade, conclui-se, por fim, que a criminalização expressa dessas ações causadas por empresas, com consequente julgamento pelo Tribunal Penal Internacional, traria uma resposta mais eficiente às vítimas, além de auxiliar na jornada de todos rumo a um futuro mais seguro e ecologicamente consciente.

Como o leitor pode observar, tratam-se de temas atuais e ecléticos, e que, por certo, contribuirão para reflexões críticas acerca do atual estágio do direito e do processo penal.

Excelente leitura.

Inverno de 2024.

Organizadores

Bartira Macedo Miranda/UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIAS

Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro/ESCOLA SUPERIOR DOM HELDER CÂMARA

Thais Janaina Wenczenovicz/UNIVERSIDADE ESTADUAL DO RIO GRANDE DO SUL e
UNIVERSIDADE DO OESTE DE SANTA CATARINA

INAPLICABILIDADE DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL AO CRIME DE RACISMO

INAPPLICABILITY OF THE NON-PROSECUTION AGREEMENT FOR THE CRIME OF RACISM

Felipe Ryuji Coimbra Miyamoto ¹

Andrezza Damasceno Machado ²

Victor Dessunti Oliveira ³

Resumo

A Lei nº 13.964 de 2019 inovou o ordenamento jurídico com a inserção do acordo de não persecução penal (ANPP) no art. 28-A do Código de Processo Penal. O acordo foi inspirado no plea bargaining, que possibilita a negociação entre o Ministério Público e o acusado. Contudo, 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, ele poderá ser aplicado ao crime de racismo. Além disso, será analisado o status e a proteção constitucional dada ao crime de racismo. Por esta razão, o presente artigo possui como objetivo analisar a aplicabilidade do acordo e sua relevância jurídica. Como objetivos específicos o trabalho analisará a introdução do acordo no ordenamento jurídico brasileiro, os requisitos legais de sua propositura e, por fim, analisará a aplicação do acordo ao crime de racismo. A pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. A pesquisa bibliográfica concentra-se na análise de livros e artigos a respeito do acordo de não persecução penal e a abordagem do objeto da pesquisa é qualitativa, observando-se toda jurisprudência e bibliografia pertinente ao tema.

Palavras-chave: Acordo de não persecução penal, Aplicabilidade, Direito processual penal, Justiça penal negociada, requisitos

Abstract/Resumen/Résumé

Law No. 13,964 of 2019 innovated the legal system with the insertion of the criminal non-prosecution agreement (ANPP) in art. 28-A of the Criminal Procedure Code. The agreement was inspired by plea bargaining, which allows negotiation between the Public Prosecutor's Office and the accused. However, it is debated whether this new institute is a subjective right of the accused or a power of the prosecutor in the case and whether, given the fulfillment of the objective requirements for the application of the agreement, it could be applied to the crime of racism. Furthermore, the status and constitutional protection given to the crime of

¹ Especialista em direito criminal e Mestrando.

² Especialista

³ Especialista

racism will be analyzed. For this reason, this article aims to analyze the applicability of the agreement and its legal relevance. As specific objectives, the work will analyze the introduction of the agreement into the Brazilian legal system, the legal requirements for its proposal and, finally, it will analyze the application of the agreement to the crime of racism. The research is developed using the hypothetical deductive method, by collecting data through bibliographic and jurisprudential research. The bibliographical research focuses on the analysis of books and articles regarding the non-criminal prosecution agreement and the approach to the research object is qualitative, observing all jurisprudence and bibliography pertinent to the theme.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Non-criminal prosecution agreement, Applicability, Criminal procedural law, Negotiated criminal justice, Requirements

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca realizar um estudo sucinto sobre o acordo de não persecução penal (ANPP), um novo instituto do processo penal brasileiro que representa um método de resolução de questões criminais baseado na justiça criminal negociada. O foco está na temática da aplicação ou não do acordo ao crime de racismo, levando em consideração a proteção conferida a ele pelo constitucionalista original.

É de se ressaltar que o repúdio ao racismo é um dos princípios da República Federativa do Brasil, no que concerne às relações internacionais, bem como a prática deste crime é tratada como inafiançável e imprescritível, ou seja, é latente o tratamento especial dado a este crime de delito no ordenamento pátrio.

O combate ao racismo no Brasil é essencial para promover a igualdade e a justiça social em uma sociedade marcada por profundas desigualdades estruturais. Apesar de representarem uma parte significativa da população, as pessoas negras e pardas enfrentam discriminação em áreas como educação, emprego e segurança. Para combater o racismo, é necessário implementar políticas públicas eficazes, promover uma mudança cultural e garantir a implementação de medidas afirmativas para reduzir as desigualdades raciais. Essa luta requer o compromisso de toda a sociedade em promover a diversidade, inclusão e justiça para todos os cidadãos.

O acordo de não persecução penal, está previsto no artigo 28-A, do Código de Processo Penal e foi introduzido pela Lei nº 13.964/2019, conhecida como pacote anticrime. O propósito deste novo instituto é facilitar a celebração de um acordo para evitar o início de uma ação penal. Trata-se de uma ferramenta adicional disponibilizada ao titular da ação penal para promover a justiça criminal negociada.

Assim, o acordo de não persecução penal representa mais uma opção para evitar o início de um processo, assegurando que o Estado possa direcionar seus esforços para delitos de maior gravidade, com punições mais severas, principalmente nos casos de reincidência e para criminosos habituais que demandam uma resposta mais enérgica por parte das autoridades estatais.

O ANPP consiste em um acordo entre o Ministério Público e o investigado, estipulando condições que, uma vez cumpridas, resultam no arquivamento da investigação e na extinção da punibilidade.

Com as significativas alterações trazidas pelo Pacote Anticrime, surgem indagações acerca da aplicabilidade do acordo, notadamente no que se refere ao crime de racismo, que, mesmo satisfazendo os requisitos objetivos, recebe tratamento diferenciado.

Portanto, no primeiro capítulo deste artigo, será analisado se há violação ao princípio da obrigatoriedade.

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, ele poderá ser aplicado ao crime de racismo.

No terceiro capítulo será analisado o status e a proteção constitucional dada ao crime de racismo.

Por fim, a pesquisa é desenvolvida pelo método hipotético dedutivo, mediante a coleta de dados por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

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

1 O PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE NA AÇÃO PENAL PÚBLICA

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

O objetivo principal do ANPP é oferecer uma alternativa, visando a realização de um acordo para evitar a persecução penal. Esse processo ocorre na fase pré-processual, ou seja, antes que um processo seja instaurado. Trata-se de mais uma ferramenta disponibilizada ao titular da ação penal que deve analisar a aplicação do artigo 28-A do Código de Processo Penal e a viabilidade do acordo de não persecução penal em cada caso.

Além disso, o ANPP tem impactos diretos na liberdade e na presunção de inocência do acusado, uma vez que quando celebrado evita-se que seja formalizado um processo e, com isso, evita-se um julgamento e uma eventual condenação. Portanto, trata-se de um instrumento processual material, pois, uma vez cumprido o acordo, ocorre a

extinção da punibilidade, conforme estabelece o artigo 28-A, §13, do Código de Processo Penal.

Dessa forma, o acordo busca oferecer soluções rápidas para crimes de menor gravidade. Isso permite que o sistema judiciário possa concentrar seus esforços nos crimes mais graves e nos casos de reincidência ou criminosos habituais, garantindo uma resposta mais efetiva do Estado.

O Ministério Público, tem como incumbência a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e será o responsável pelo oferecimento do acordo de não persecução penal, conforme preconiza o artigo 28-A, do Código de Processo Penal. No entanto, a Constituição também atribui ao Ministério Público 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 Ministério Público que as condições da ação estão presentes, deve oferecer a denúncia.

Segundo grande parte da doutrina esse princípio pode ser extraído do artigo 24 do Código de Processo Penal, que dispõe que a ação será promovida por denúncia pelo Ministério Público, mas dependerá, 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 Brasileiro (2020, p. 323):

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 perspectiva, inicialmente parece evidente que há uma contrariedade ao princípio da obrigatoriedade com a oferta do acordo de não persecução penal. Isso ocorre porque o Ministério Público deixa de iniciar a ação penal, mesmo tendo justa causa para fazê-lo.

Ocorre que, o princípio da obrigatoriedade está passando por uma revisão moderna no processo penal. Essa revisão se faz necessária porque o sistema tradicional da obrigatoriedade não consegue atender a todas as demandas sociais, uma vez que o Estado não possui estrutura ou mecanismos suficientes para processar todos os crimes cometidos.

Portanto, torna-se necessário dar maior ênfase aos crimes que causam maior prejuízo social, enquanto aos que causam menor prejuízo precisa-se encontrar uma solução mais rápida e simples, enquadrando o acordo de não persecução penal nesse cenário.

Neste contexto, apesar da aparente contrariedade ao princípio da obrigatoriedade, não há uma violação à legalidade da ação penal pública, conforme defendido por Ada Pellegrini Grinover. Segundo essa visão, não se trata de uma ação penal pública obrigatória, mas sim de uma ação pautada pelo princípio da legalidade, uma vez que está sendo exercida pelo Ministério Público conforme estabelecido em lei. (ADA PELLEGRINI GRINOVER, 2005)

Portanto, o que de fato ocorre é uma atenuação do princípio da obrigatoriedade, uma vez que é escolhida uma medida alternativa à proposição da denúncia, de acordo com as opções legislativas disponíveis.

Essa mitigação é também chamada de princípio da discricionariedade regrada por Renato Brasileiro. (LIMA, p. 324)

Com a implementação de diversos institutos no modelo de justiça penal negociada, como o acordo de não persecução penal e a transação penal, o que se observa na prática da ação penal pública hoje é, na verdade, a aplicação do princípio da oportunidade. Esse princípio, que já governa as ações penais privadas e é utilizado em vários outros países, como no sistema jurídico dos Estados Unidos.

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 e se presentes as condições da ação, não sendo necessária uma justificativa para o não oferecimento.

Segundo Renato Brasileiro (2020, p. 326):

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.

Em outros sistemas jurídicos nos quais o princípio da oportunidade se estende também às ações penais públicas, isso ocorre por uma escolha de política criminal. Nessas circunstâncias, o órgão de acusação não está compelido a exercer a ação penal, tendo a possibilidade de aplicar a justiça penal consensual mesmo em infrações de médio ou alto potencial ofensivo, por meio de institutos como o *plea bargain*. Nestes casos, o órgão acusador dispõe de ampla e ilimitada margem de negociação, podendo empregar diferentes estratégias para a conclusão do acordo, inclusive negociando sobre a própria pena do acusado. Conforme aduz Buch:

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. (BUCH, João marcos. *Plea bargain e sua inaplicabilidade no direito brasileiro*)

Isso não se aplica ao acordo de não persecução penal brasileiro, uma vez que esse modelo não foi admitido aqui. Como mencionado anteriormente, o acordo ocorre na fase pré-processual, em crimes de médio potencial ofensivo, não sendo discutida a aplicação de pena, uma vez que ainda não há um processo, e diante do preenchimento de determinados requisitos previstos no artigo 28-A, do Código de Processo Penal.

Além disso, parte da doutrina argumenta que o *plea bargain* não está em conformidade com os princípios constitucionais do país, infringindo a presunção de inocência e o devido processo legal. Isso ocorre porque o acusado concorda em aceitar uma pena sem passar por todo o processo criminal, o que pode ser visto como um meio de pressão para induzir o investigado a fazer confissões falsas ou fornecer informações incorretas apenas para se livrar do sistema acusatório estatal e dos desafios de um processo penal.

Segue esse entendimento Aury Lopes Junior:

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. (LOPES JR., Aury. *Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?*)

Portanto, é possível concluir que não há uma substituição do princípio da obrigatoriedade pelo princípio da oportunidade, mas apenas sua mitigação. Consequentemente, o Ministério Público não se limitará à simples opção de oferecer a denúncia diante dessa perspectiva da nova política criminal, mas, ao invés disso, usará as alternativas legislativas à sua disposição, selecionando a estratégia jurídica mais adequada para a situação em questão.

Nesse sentido, o acordo de não persecução penal representa uma escolha do Estado visando reduzir a instauração de processos, os quais, em determinadas circunstâncias, não têm alcançado os resultados desejados mediante a imposição de penas.

2 DIREITO SUBJETIVO DO ACUSADO DIANTE DO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA APLICAÇÃO DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Considerando o exposto no capítulo anterior, surge uma indagação: ao verificar que os requisitos legais para sua aplicação estão previstos, será este 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 Penal, trazido pela Lei nº 13.964/2019, com a seguinte redação (BRASIL, 1941):

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 levar em consideração que se trata de um direito subjetivo do acusado, diante do preenchimento dos requisitos objetivos, verifica-se que em um primeiro momento o acordo de não persecução penal poderia ser aplicado ao crime de racismo, pois as penas mínimas não excedem a 4 anos, bem como não há violência ou grave ameaça contra a vítima. É isso o que se extrai do artigo 20 da Lei nº 7.716/89, que assim dispõe (BRASIL, 1989):

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.

O entendimento de Aury Lopes Jr (2020), baseia-se na interpretação do artigo 28-A, §14, do Código de Processo Penal, 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 Código de Processo Penal.

A principal interpretação dada a tal artigo sugere que o acusado terá a oportunidade de solicitar uma revisão em um prazo de 30 dias, encaminhando-a à autoridade superior. Esta última pode optar por manter a decisão original ou nomear outro membro do Ministério Público para propor um acordo.

Porém, Aury Lopes Junior traz outra possível interpretação ao artigo, como se pode observar (2020, p. 321):

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.

No entanto, a posição predominante na doutrina, como destacado por Renato Brasileiro (2020, p. 276), é que não existe um direito subjetivo do acusado para propor o acordo de persecução penal; trata-se, antes, de uma discricionariedade do Ministério Público.

É importante notar que no contexto da justiça consensual, não há direitos subjetivos para nenhuma das partes. O que existe é uma igualdade de condições, onde as partes estão em pé de igualdade, possuindo os mesmos direitos.

Portanto, o Ministério Público não pode impor sua vontade sobre a do acusado, nem o acusado pode fazer o mesmo em relação ao Ministério Público. Como o próprio nome do instituto sugere, deve haver um acordo, no qual as partes alcancem um consenso.

Neste sentido, entende Renato Brasileiro (2020, p. 276):

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.

O próprio teor do artigo 28-A, caput, do Código de Processo Penal, revela um elemento de discricionariedade do acordo de não persecução penal. Inicialmente, o artigo

menciona que o Ministério Público poderá propor o acordo e não que deve. Além disso, estipula que isso só pode ser feito se o acordo for necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, o que estabelece um elemento de discricionariedade. Isso ocorre porque, embora o acusado possa preencher todos os requisitos estabelecidos em lei e não estar sujeito a nenhuma das vedações previstas, o Ministério Público pode optar por não oferecer o acordo devido a essa disposição.

Portanto, fica claro que há uma margem de discricionariedade por parte do Ministério Público. Contudo, ao decidir não oferecer o acordo de não persecução penal, é necessário que o Ministério Público justifique sua escolha, o que caracteriza uma discricionariedade regulamentada.

Neste sentido, é o entendimento de Higyna Josita (2020, p. 87):

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 consensuada. O MP não é obrigado a ofertar o acordo, mas, nesse caso, precisa fundamentar a razão pela qual está deixando de fazê-lo.

No que tange à possibilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, ao analisar a Lei nº 7.716/89 percebe-se que a maioria dos crimes previstos é cometido sem violência ou grave ameaça e tem pena mínima inferior a quatro anos. Portanto, em tese, esses crimes admitiriam o ANPP.

Porém, por não se tratar de um direito subjetivo do acusado e não se mostrar suficiente para reprovação e prevenção do crime, o acordo de não persecução não deverá ser aplicado.

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

Em um breve histórico sobre a criminalização do racismo no Brasil, destaca-se que a primeira legislação a abordar o tema classificou-o como uma contravenção penal, ou seja, uma infração de menor potencial ofensivo. Essa legislação é a Lei nº 1.390/51 (JUSBRASIL, 1951), conhecida como Lei Afonso Arinos. Simbolicamente, essa lei representou o primeiro ato a reconhecer que a discriminação racial seria considerada um ilícito penal.

Entretanto, sua aplicação ficou aquém do desejado, limitando o alcance do racismo a apenas alguns espaços físicos, configurando-se como uma legislação de aplicação restrita. Isso transmitia a mensagem de que o racismo fora dos espaços físicos previstos em lei era tolerado.

Antes da Lei Afonso Arinos, existia um processo de criminalização dos negros, exemplificado pelo 2º Ato Complementar à Constituição de 1824, que proibia negros e escravos de frequentarem escolas. Mesmo com a promulgação da Lei Áurea, que aboliu a escravidão no Brasil, não houve estipulação do destino desses indivíduos recentemente libertados. Como resultado, essa parcela da sociedade foi deslocada das senzalas para cortiços e favelas, e hoje constitui a maioria da população carcerária do país.

Após esse período, várias leis dificultaram a inserção dos negros ex-escravos na sociedade como povo liberto, enquanto outras impediram a vinda de negros para o país, como o Decreto nº 528/88, que proibia a entrada de africanos e asiáticos no Brasil, exceto com autorização do Congresso Nacional.

O que se observa é que, a partir da Lei nº 1.390/51, o Brasil não começou a criminalizar o racismo, mas iniciou, na verdade, uma descriminalização do negro 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, estando previsto no artigo 3º, inciso IV, 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. (BRASIL, 1988)

Dessa forma, nas palavras de Thimotie Aragon Heemann:

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. (JOTA. A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo)

O constituinte originário, no artigo 4º, inciso VIII, da Constituição (BRASIL, 1988), enumera como um dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais, o repúdio a apenas dois crimes: o terrorismo e o racismo. Conclui-se que, o Constituinte originário buscou deixar claro que o Brasil não compactuará com práticas racistas, tanto na ordem interna quanto na ordem internacional.

Quanto à imprescritibilidade do crime, essa característica especial estipulada pelo constituinte, por si só, já se mostra totalmente incompatível com o oferecimento do acordo de não persecução penal, entende neste sentido Heemann (JOTA, 2021):

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. (JOTA. A inconstitucionalidade de acordos de não persecução penal em casos de racismo)

Além disso, 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 acordo de não persecução penal é a indenização da vítima, mas como aferir quanto vale a dignidade de alguém ou quanto vale o dano da discriminação sofrida? Não se podem mensurar. Até mesmo porque a definição de dignidade humana é extremamente subjetiva, podendo significar uma coisa diferente para cada pessoa.

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 nº 26. Conforme tese fixada (STF, 2019):

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 verdade é que o racismo persiste e se reinventa constantemente. É evidente que, apesar de serem a maioria da população, os negros ainda não têm representação proporcional nos cargos de poder, e o Brasil continua sendo o país com o maior número de assassinatos de pessoas transgênero em todo o mundo.

Dessa forma, torna-se claro 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, cabe ao judiciário buscar a máxima efetividade das normas, e uma maneira de alcançar isso é não aplicar o acordo de não persecução penal ao crime de racismo.

Se o próprio constituinte originário rejeitou o racismo, seria contraditório admitir a não persecução criminal do autor do delito de racismo, especialmente quando confrontada com um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e com o compromisso do Estado brasileiro em relação ao tema na esfera internacional. O Brasil é signatário de diversos documentos internacionais de direitos humanos que o obrigam a reprimir o racismo de maneira eficaz 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.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa buscou apresentar um estudo breve sobre o acordo de não persecução penal, com ênfase na sua aplicação ao crime de racismo. Mesmo quando os requisitos objetivos necessários são atendidos, destaca-se que o tratamento conferido é diferenciado, considerando sua relevância no ordenamento jurídico e na sociedade.

O Ministério Público, encarregado de oferecer o acordo de não persecução penal, tem entre suas funções institucionais a promoção exclusiva da ação penal pública, conforme previsto em lei. Essa ação segue o princípio da obrigatoriedade, devendo a denúncia ser apresentada pelo Ministério Público quando preenchidas as condições da ação.

Entretanto, verificou-se que não há afronta a esse princípio com o oferecimento do acordo de não persecução penal, uma vez que, pela reinterpretação que o princípio vem sofrendo, na realidade, há uma mitigação da obrigatoriedade.

O Ministério Público tem o dever de agir conforme as opções legislativas disponíveis. Nesse sentido, não há dúvida 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 argumentado na pesquisa, trata-se de uma discricionariedade regrada, podendo o acordo ser oferecido pelo Ministério Público quando preenchidos os requisitos previstos em lei, devendo ainda observar os princípios fundamentais do Direito.

Diante disso, torna-se evidente a inconstitucionalidade da aplicação do acordo de não persecução penal ao crime de racismo, considerando que a Constituição estabelece o combate ao racismo como um objetivo fundamental da República e como um dos princípios orientadores do Brasil em suas relações internacionais.

Tratando o racismo como um crime que viola diretamente a dignidade da pessoa humana e sendo um problema social e estrutural de grande importância, o papel do Ministério Público e do Judiciário deve ser buscar tutelar as vítimas da melhor maneira possível e garantir efetivamente sua repressão.

Portanto, para que esses objetivos sejam alcançados, concluiu-se que não se pode aplicar o acordo de não persecução penal ao crime de racismo.

REFERÊNCIAS

ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHAES GOMES FILHO, ANTONIO SCARANCA FERNANDES, LUIZ FLAVIO GOMES. **JUIZADOS ESPECIAIS Criminais Comentários It Lei 9.099**, De 26.09.1995. São Paulo: Editora Revista DOS Tribunais LTDA, 2005.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

BRASIL. Lei dos Juizados Especiais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19099.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade por omissão nº 26. Relator: Min.Celso de Mello. Disponível em: <<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=75401924>>. Acesso em: 24 fev. 2024.

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: 24 fev. 2024

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

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

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-em-casos-de-racismo-09012021>>. Acesso em: 24 fev. 2024

JUSBRAZIL. Lei Afonso Arinos. Disponível em: <<https://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128801/lei-afonso-arinos-lei-1390-51>>. Acesso em: 24 fev.2024.

Lei nº 7.716, de 05 de janeiro de 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17716.htm>. Acesso em: 24 fev. 2024.

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

Salvador: Juspodivm, 2020.

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-anticrimere remedio-ou-veneno>>. Acesso em: 24 fev. 2024.

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