

# (Im)possibilidade de acordo de não persecução penal em casos de tráfico internacional de drogas ante a possibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado

*Amanda Karol Mendes Coelho*

Assessora jurídica no Ministério Público Federal, lotada na Procuradoria da República em Santa Catarina. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina.

**Resumo:** Com a finalidade de obter um processo penal mais célere, eficiente e desburocratizado, o acordo de não persecução penal (ANPP) vem se consolidando como mecanismo de justiça criminal consensual para conflitos penais de menor gravidade, evitando, inclusive, efeitos negativos de uma condenação tardia. A gravidade do delito que possibilita a oferta do acordo é limitada pela legislação a partir de requisitos objetivos, sendo um deles a pena mínima de quatro anos, mas também de requisitos subjetivos, diante da cláusula aberta indicada no *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal, por exemplo, quando menciona que o acordo deve ser proposto desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime em pauta. Especificamente no âmbito do crime de tráfico de entorpecentes descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tem-se a pena mínima do delito estabelecida em cinco anos e o elemento de transnacionalidade é caracterizado como causa de aumento de pena (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006). Nesse contexto, surge o debate relativo à possibilidade de oferta de ANPP nos casos de tráfico internacional de drogas ante eventual reconhecimento da minorante ínsita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, popularmente conhecida como “tráfico privilegiado”, visto que se trata de juízo de valor prévio acerca da condenação, sendo esse o problema a ser tratado na presente pesquisa. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação nacional, bem como jurisprudência das cortes superiores e de precedentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

**Palavras-chave:** acordo de não persecução penal; tráfico de drogas; tráfico privilegiado; direito processual penal.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro. 2.1 “Lei Anticrime” e a consolidação do acordo de não persecução penal. 3 O acordo de não persecução penal diante do delito de tráfico de entorpecentes e a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. 4 Considerações finais.

## 1 Introdução

Os espaços de consenso no processo penal, guiados pela autonomia individual e pelo acordo de vontades, romperam o clássico modelo processual pautado no princípio da obrigatoriedade da ação penal e na noção de rígida confrontação entre as partes.

O contexto de sobrecarga do Poder Judiciário e a morosidade específica do processo penal são fatores importantes que concorrem para a abertura de novas possibilidades e soluções a partir de modelos alternativos de resolução de conflitos e justiça restaurativa.

No entanto, apesar de geralmente ser lembrada por tais finalidades, como assegurar eficiência e redução de carga de trabalho dos órgãos jurisdicionais, a justiça consensual envolve debates que vão muito além dessa perspectiva meramente utilitarista. Isso porque o consenso também instiga questionamentos acerca das condições e dos limites em que se pode adotar um modelo de processo mais participativo, conciliador, integrador, bem como em que medida esse modelo contribui para a renovação do ordenamento jurídico-penal e para a tão proclamada efetividade do processo (LEITE, 2009).

Nesse sentido, a adoção de ferramentas consensuais por países de tradição romano-germânica, em relação aos crimes considerados de menor ofensividade, foi vista como instrumento de recuperação ou aumento da confiança e credibilidade no sistema de justiça criminal, e, assim, vem prevalecendo a ideia de que é necessário diversificar os mecanismos de resposta penal (ANDRADE, 2019).

Uma dessas novas ferramentas é o acordo de não persecução penal (ANPP). Disposto no art. 28-A do Código de Processo Penal brasileiro (CPP), o acordo permite que o investigado, assistido por advogado, e

Ministério Público, em comum acordo e extrajudicialmente, estabeleçam condições a serem cumpridas pelo investigado, cujo cumprimento integral gera a extinção da punibilidade, sem qualquer registro para fins de reincidência.

O instituto se destaca da suspensão condicional do processo e da transação penal por permitir, de fato, a ocorrência de uma negociação entre as partes acerca de uma maior gama de delitos (pena mínima inferior a quatro anos). A realização de proposta de acordo e a apresentação de contraproposta pelo investigado, com a conseqüente discussão acerca das cláusulas, bem como a análise individual das condições socioeconômicas do beneficiário, são elementos que afastam a noção tradicional de processo penal e revelam-se, ao menos em um primeiro momento, como um modelo mais participativo e integrador.

A introdução do novo instituto, inevitavelmente, apresenta controvérsias na prática forense. Apesar de o § 1º do art. 28-A do CPP indicar que as causas de aumento e diminuição devem ser consideradas para fins de verificação da pena mínima de quatro anos, a referida análise em delitos como tráfico internacional de drogas com a possibilidade de reconhecimento de tráfico privilegiado apresenta nuances características que já vêm sendo abordadas pela jurisprudência pátria e gerando debates doutrinários.

Diante de posicionamentos dissonantes na doutrina e na jurisprudência pátria, este artigo tem como finalidade apresentar um panorama atual acerca da aplicação do acordo de não persecução penal, especificando os posicionamentos sobre a possibilidade de oferta de ANPP em casos de tráfico internacional de drogas. A metodologia da investigação consiste em pesquisa bibliográfica e análise da legislação e da jurisprudência das cortes superiores e de precedentes da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

## **2 A justiça penal negociada no ordenamento jurídico brasileiro**

Entre os diversos fatores que circundam o debate acerca do sistema criminal, a expansão dos espaços de consenso centraliza uma tendência internacional, que se faz presente também em âmbito brasileiro.

O modelo punitivista, que tem como uma das suas características centrais a obrigatoriedade da ação penal, há muito vem se demonstrando inviável economicamente, visto que distorce o tempo social e o tempo processual e gera um anseio por uma justiça que otimize recursos materiais e humanos; e tal morosidade também afeta diretamente o imputado que não tem uma resposta jurisdicional célere e se vê na angústia de um processo penal por tempo em demasia.

Em busca de inovações e novas soluções, o estudo do consenso no processo penal e a aplicação do princípio da oportunidade ganham mais espaço. Em verdade, da justiça consensual derivam alguns submodelos, destacados por Almeida e Nascimento (2020), quais sejam: o modelo reparador, que tem como finalidade reparar os danos e pode ser observado na conciliação; o modelo pacificador ou restaurativo, a chamada justiça restaurativa, em que, além da reparação do dano, o objetivo é a pacificação interpessoal e social do conflito; o modelo de justiça negociada, que como base utiliza a confissão do delito e a realização de um acordo entre acusação e defesa para definir a penalidade a ser aplicada; e, por fim, o modelo de justiça colaborativa, cujo alvo é obter a colaboração do acusado, materializada pela colaboração premiada.

Os autores apontam como vantagens do modelo de justiça negociada a ausência de prejuízos causados em virtude da demora do processo e o aumento do caráter educativo da pena pela prevalência das penas restritivas de direito; indicam também que a economia dos recursos materiais e humanos aumentam a eficiência no julgamento dos casos. Por outro lado, indica-se que deficiências na defesa técnica podem prejudicar o acusado quando da realização da confissão, além de que o Poder Judiciário passa apenas a homologar os acordos, reduzindo sua participação.

Assim, é possível assentar que a justiça consensual tem como finalidade substituir o modelo de solução meramente punitiva para uma solução mais construtiva e reparadora, além de evitar o colapso do sistema de justiça.

Pode-se considerar como o marco inicial da justiça consensual no ordenamento brasileiro a criação do instituto da transação penal na Lei n. 9.099/1995 (Lei dos Juizados). Na transação penal, a pretensão punitiva é disposta pelo Ministério Público em troca do cumprimento

de condições pelo autor dos fatos, mas apenas no âmbito das infrações de menor potencial ofensivo (pena máxima não superior a dois anos).

Além da Lei dos Juizados, a Lei n. 12.850/2013 (Lei das Organizações Criminosas) também apresenta dispositivo incluído no sistema de justiça consensual, sendo esse a colaboração premiada, procedimento consensual como meio especial de obtenção de provas para o enfrentamento de organizações criminosas e crimes transnacionais.

Seguindo esse caminho, a Lei n. 12.846/2013 (Lei Anticorrupção Empresarial) também apresenta possibilidade de se formalizar acordos de leniência em matéria anticorrupção.

Por fim, em dezembro de 2019, a Lei n. 13.964 foi aprovada pelo Congresso Nacional. Popularmente conhecida como “Lei Anticrime”, promove alterações no Direito Penal e Processual Penal e prevê a possibilidade de formalização de um acordo de não persecução penal (art. 28-A do Código de Processo Penal).

## **2.1 “Lei Anticrime” e a consolidação do acordo de não persecução penal**

Elaborado pelo Ministério da Justiça, o projeto original da “Lei Anticrime” previa duas novas possibilidades de soluções negociadas no processo penal: o *plea bargain* e o acordo de não persecução penal. No entanto, houve veto do *plea bargain*, sendo aprovado apenas o acordo de não persecução penal.

Em verdade, o acordo de não persecução penal foi introduzido no ordenamento jurídico nacional em 2017 por meio da Resolução n. 181 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que definiu as regras norteadoras do procedimento investigatório criminal e dispôs sobre a possibilidade do acordo de não persecução penal. Logo após a publicação, surgiram diversas críticas ao conteúdo da Resolução, tanto que o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) e a Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB) ingressaram com as Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 5.793 e n. 5.790, respectivamente. As ações se fundamentavam, entre outras questões, na suposta falta de regramento exigindo a presença de defesa técnica

para formalização do acordo, questão corrigida posteriormente com a Resolução n. 183/2018.

Outro ponto debatido nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade foi a competência para legislar, visto que, conforme disposição do art. 22 da Constituição Federal, compete privativamente à União legislar sobre Direito Penal e Processo Penal. No entanto, essa questão pode ser considerada superada, tendo em conta a recente aprovação da mencionada Lei n. 13.964/2019, que formalmente introduziu o acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico pátrio.

A Lei n. 13.964/2019 determina os requisitos a serem cumpridos para a formalização do acordo de não persecução penal. O *caput* do art. 28-A do Código de Processo Penal dispõe que, quando não for caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstanciadamente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a quatro anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal. Nesse cálculo penal, devem ser consideradas as causas de aumento e diminuição da pena aplicáveis ao caso concreto. A título de exemplo, nos ilícitos penais como estelionato, corrupção ativa e passiva e contrabando será possível a celebração de acordo de não persecução penal.

Um primeiro desafio a ser enfrentado na análise do novo texto diz respeito à discricionariedade ou não do Ministério Público na oferta do acordo de não persecução penal. Isso porque o *caput* do art. 28-A dispõe que, cumpridos os requisitos legais, "o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal". Assim, é possível questionar se o órgão ministerial poderá, de forma discricionária, recusar-se a propor acordo de não persecução, ainda que o acusado preencha os requisitos legais para tanto. Diferentemente, interpretando-se que o acordo seria um direito subjetivo do acusado, seria necessário admitir que o investigado teria direito a pleitear o oferecimento de proposta de acordo em juízo, nas hipóteses de recusa do *Parquet* (LEIVA; SMANIO, 2020), assim como já ocorre quando da propositura de suspensão condicional do processo. Além disso, discute-se a possibilidade de oferta de acordo pela autoridade policial.

Considerando que as hipóteses de negativa de oferta do acordo de não persecução possuem cláusulas abertas como "elementos probatórios

que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional”, bem como que cabe ao Ministério Público realizar o juízo de oportunidade da ação penal, analisando se o acordo seria “necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, o próprio texto apresenta margem de discricionariedade ao órgão ministerial.

Por outro lado, embora o acordo de não persecução penal já fizesse parte da realidade do sistema de justiça brasileiro, como dito anteriormente, tendo em vista que já era aplicado por alguns órgãos do Ministério Público por força da então Resolução n. 181/2017 do CNMP, o acordo passou a ser obrigatório por imposição legal, de modo que diante da recusa do Ministério Público o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior (art. 28-A, § 14). Contudo, essa previsão não esgota o debate anterior, visto que o entendimento do órgão superior poderá ratificar a discricionariedade do Ministério Público.

Ainda quanto à discricionariedade do órgão ministerial, o texto prevê uma cláusula genérica de condição a ser indicada pelo *Parquet*, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada. O juiz, portanto, será o responsável pela análise da proporcionalidade e compatibilidade para com o delito, em audiência, no momento de homologar o acordo.

Nos incisos I a V do art. 28-A, o legislador estabelece quais as condições para formalização do acordo: reparação de dano à vítima, salvo impossibilidade de fazê-lo; renúncia voluntária a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como produto ou proveito do crime; prestação de serviços à comunidade por período correspondente à pena mínima reduzida de um terço a dois terços; pagamento de prestação pecuniária a entidade pública ou de interesse social indicada pelo juízo de execução a fim de proteger os bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados; cumprimento por prazo determinado de outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com o ilícito imputado.

Outra controvérsia que exsurge da análise do texto legal advém do fato de que o novo art. 28-A do CPP indica que as condições acima elencadas deverão ser ajustadas “cumulativa e alternativamente”, de modo que não fica claro se o intuito do legislador foi exigir o cumprimento de

todas essas condições para que as partes possam firmar acordo de não persecução penal, ou de apenas algumas delas, deixando a definição a critério do Ministério Público (LEIVA; SMANIO, 2020).

Ainda, a lei veda a realização de acordo se for cabível transação penal; se o investigado for reincidente ou existirem elementos que indiquem a conduta criminal habitual, reiterada ou profissional; se houve benefício pelo acordo de não persecução, transação penal ou suspensão condicional do processo nos últimos cinco anos; e em casos de crime praticado no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou em razão da condição do sexo feminino.

A participação do Poder Judiciário no desenvolvimento do acordo de não persecução se limita à função de realização de audiência de homologação do acordo, certificando a voluntariedade e as condições, podendo devolver os autos ao Ministério Público para a readequação da proposta.

Caso alguma condição estabelecida no acordo seja descumprida, o Ministério Público deverá comunicar o juízo, informando a rescisão do acordo, e posteriormente oferecerá a denúncia conforme disposto no § 10 do art. 28-A, na qual a confissão poderá ser utilizada em desfavor do acusado. Ainda, o § 11 do mesmo artigo estabelece que o descumprimento pode ser utilizado como justificativa para o não oferecimento de suspensão condicional do processo.

Destaca-se também que a opção pela via negocial apresenta vantagens ao acusado, excluindo a imputação de pena de prisão, tampouco deixando registro para fins de reincidência.

### **3 O acordo de não persecução penal diante do delito de tráfico de entorpecentes e a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado**

O crime de tráfico de entorpecentes, descrito no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006, tem como pena mínima cinco anos, e o elemento de transnacionalidade é caracterizado como causa de aumento de pena, na qual é possível aplicar aumento de um sexto a dois terços (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006).

Nesse contexto, surge o debate relativo à possibilidade de oferta de ANPP nos casos de tráfico internacional ante o eventual reconhecimento da minorante ínsita no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, popularmente conhecida como “tráfico privilegiado”, visto que se trata de juízo de valor prévio acerca da condenação.

Isso porque, para tanto, seria necessário analisar, antes da instrução da ação penal – apenas com os elementos indiciários –, todas as circunstâncias do delito, buscando definir o reconhecimento do tráfico privilegiado, bem como o *quantum* da minorante, a fim de que a pena aplicada se encaixe no limite de quatro anos estabelecido para oferta de ANPP (art. 28-A, *caput*, CPP).

Toda essa questão gerou dissonância jurisprudencial, visto que há entendimentos indicando a pena mínima de cinco anos do crime de tráfico como impeditivo, por si só, para oferta de ANPP por si só e apontando como inviável o juízo prévio acerca do reconhecimento da minorante supracitada quando do recebimento da denúncia.

Nesse sentido, destaca-se o entendimento recente da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, a qual decidiu pela impossibilidade de formalização de ANPP nos casos de tráfico de drogas (de modo geral), haja vista a vedação objetiva (pena mínima superior a quatro anos) disposta no art. 28-A, *caput*, do Código de Processo Penal, não sendo possível realizar um “juízo de valor antecipado sobre a condenação final”, para fins de *quantum* de tráfico privilegiado e eventual quantidade de pena aplicada:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. ART. 28-A DO CPP. AUSÊNCIA REQUISITO OBJETIVO. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REAVALIAÇÃO. PRAZO DE 90 DIAS. NÃO COMPROVAÇÃO DE ILEGALIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. *É incabível o oferecimento de acordo de não persecução penal pelo Ministério Público nos casos de tráfico ilícito de entorpecentes – cuja pena mínima é superior a 4 anos –, em razão do não preenchimento de um dos requisitos objetivos do art. 28-A, caput, do CPP.* 2. *É inviável a análise acerca do reconhecimento do tráfico privilegiado e da quantidade de pena a ser eventualmente fixada em sentença condenatória, pois não é permitido, na estreita via do writ, juízo de valor antecipado sobre a condenação final.*

3. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal. 4. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas. 5. A revisão de ofício da necessidade de manutenção da prisão cautelar a cada 90 dias (art. 316, parágrafo único, do CPP) cabe tão somente ao órgão prolator da decisão, ou seja, ao juiz ou tribunal que decretou a custódia preventiva. 6. Agravo regimental desprovido. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça [Quinta Turma]. AgRg no RHC 145.629/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. Julgado em 3.8.2021, **DJe** 6 ago. 2021). (Grifo nosso).

Já o Supremo Tribunal Federal possui decisão pelo encaminhamento à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal de caso envolvendo tráfico internacional de drogas, no qual houve a aplicação da minorante do tráfico “privilegiado”. Um dos argumentos utilizados no julgado é que, em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal se manifestou favoravelmente ao reconhecimento do tráfico privilegiado:

*Habeas corpus*. 2. Consoante jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, não cabe ao Poder Judiciário impor ao Ministério Público obrigação de ofertar acordo em âmbito penal. 3. Se o investigado assim o requerer, o Juízo deverá remeter o caso ao órgão superior do Ministério Público, quando houver recusa por parte do representante no primeiro grau em propor o acordo de não persecução penal, salvo manifesta inadmissibilidade. Interpretação do art. 28-A, § 14, CPP a partir do sistema acusatório e da lógica negocial no processo penal. 4. No caso concreto, em alegações finais, o MP posicionou-se favoravelmente à aplicação do redutor de tráfico privilegiado. Assim, alterou-se o quadro fático, tornando-se potencialmente cabível o instituto negocial. 5. Ordem parcialmente concedida para determinar sejam os autos remetidos à Câmara de Revisão do Ministério Público Federal, a fim de que aprecie o ato do procurador da República que negou à paciente a oferta de acordo de não persecução penal. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal [Segunda Turma]. HC 194677, Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgado em 11.5.2021, Processo Eletrônico **DJe**-161, divulg. 12.8.2021. Public. 13 ago. 2021).

Em análise às recusas dos órgãos ministeriais em ofertar ANPP em casos como o em tela, há decisões da 2ª Câmara de Coordenação e

Revisão do MPF ponderando a respeito das circunstâncias do delito (quantidade da droga e participação em organização criminosa) e da possível dosimetria da pena, a fim de verificar se a pena atenderia ao requisito objetivo do art. 28-A, isto é, pena mínima de quatro anos:

INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (LEI N. 11.343/2006, ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO I). RECUSA DO MPF EM OFERECER O ANPP. RECURSO DA DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. HIPÓTESE DE NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO EXIGIDO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO. PENA MÍNIMA SUPERIOR A 04 ANOS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Incidente de acordo de não persecução penal instaurado no âmbito de ação penal em que o réu foi denunciado pela prática do crime de tráfico internacional de drogas (Lei n. 11.343/2006, art. 33 c/c art. 40, inciso I).

2. O Procurador da República oficiante deixou de oferecer o ANPP; apresentou os seguintes fundamentos: pena mínima superior a 04 anos; o acordo não é adequado, haja vista não ser necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime; o caso concreto é grave e envolve quantidade relevante de entorpecente de alto poder lesivo e de grande valor de mercado (mais de 07 quilos de cocaína).

3. Interposição de recurso pela defesa e remessa dos autos à 2ª CCR, nos termos do art. 28-A, § 14, do CPP.

4. Na presente hipótese, a denúncia classificou a conduta do réu no art. 33 c/c o art. 40, inciso I, da Lei n. 11.343/2006. A pena mínima cominada ao crime do art. 33 é de 05 anos de reclusão que, acrescida da fração mínima da causa de aumento prevista no art. 40, inciso I (1/6 = 10 meses), totaliza 05 anos e 10 meses. Assim, considerada a classificação jurídica feita na denúncia, observa-se que a pena mínima cominada ao crime supera o limite estabelecido no art. 28-A do CPP (pena mínima inferior a 04 anos).

5. Mesmo que se aplique a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, no presente caso, o fato de o réu ser primário e não possuir registros de antecedentes criminais não justifica, por si só, a aplicação da referida causa de diminuição em seu patamar máximo, sendo necessário analisar as demais circunstâncias do crime.

6. Segundo consta, o réu foi preso em flagrante delito, em 04 de março de 2021, nas dependências do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, quando estava prestes a embarcar no voo ET 507, da Companhia Ethiopian Airlines, com destino final a Addis Ababa/ Etiópia e escala em Conakry/Guiné, transportando, para fins de comércio ou entrega, de qualquer forma, a consumo próprio ou a terceiros, 7.960g de massa líquida de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar.

7. Conforme entendimento do STJ, "a modulação, na terceira fase dosimétrica, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), encontra-se devidamente justificada, quando o agente, conquanto primário, sem antecedentes criminais e sem comprovado envolvimento, estável e permanente, com organização criminosa, exerce - na qualidade de 'mula' por esta recrutado - a traficância transnacional" (AgRg no AREsp 1395427/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27.8.2019, DJe 10 set. 2019).

8. Logo, considerando as circunstâncias do caso e o entendimento jurisprudencial acima invocado, a pena mínima do crime imputado ao réu é superior a 04 anos. Precedentes congêneres da 2ª CCR: 1.00.000.012197/2021-15, Sessão de Revisão n. 815, de 15.7.2021; 1.00.000.005928/2021-68, Sessão de Revisão n. 804, de 12.4.2021; 5001594-17.2020.4.03.6119-ANP, Sessão de Revisão n. 772, de 4.6.2020; e 5009813-53.2019.4.03.6119-APN, Sessão de Revisão n. 770, de 25.5.2020, todos à unanimidade.

9. Inviabilidade de oferecimento do acordo de não persecução penal.

10. Prosseguimento da ação penal.

SESSÃO: 837ª Sessão Revisão-ordinária - 7.2.2022

DELIBERAÇÃO: Em sessão realizada nesta data, o colegiado, à unanimidade, deliberou pela inviabilidade de oferta do acordo de não persecução penal, nos termos do voto do(a) relator(a). (BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal. **PA-OUT - 1.00.000.019699/2021-69** – Eletrônico. Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. 837ª Sessão Revisão-ordinária, Brasília, DF, julgada em 7.2.2022).

ORIGEM: JUÍZO DA 2ª VARA FEDERAL DE GUARULHOS/SP PROCURADORA OFICIANTE: CRISTINA NASCIMENTO DE MELO. RELATORA: LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN. RÉU PRESO. INCIDENTE DE ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS (LEI 11.343/2006, ART. 33 C/C ART. 40, I). RECUSA DO MPF EM OFERECER O ANPP. RECURSO DA DEFESA. APLICAÇÃO DO ART. 28-A, § 14, DO CPP. HIPÓTESE DE NÃO PREENCHIMENTO DE REQUISITO EXIGIDO PARA CELEBRAÇÃO DO ACORDO. PENA MÍNIMA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. PROSSEGUIMENTO DA AÇÃO PENAL.

1. Incidente de acordo de não persecução penal instaurado no âmbito de ação penal proposta em desfavor de denunciada "O.O." pela prática do crime de tráfico internacional de drogas (art. 33, "caput", c.c. art. 40, I, da Lei 11.343/2006).

2. A Procuradora da República deixou de oferecer o acordo, consignando que não é cabível ANPP no crime em questão, por considerar que o instrumento não é suficiente para a reprovação e prevenção do delito. Além disso, o crime praticado possui pena mínima superior a 4 anos, havendo elementos probatórios indicando conduta reiterada ou profissional no transporte de drogas, associada à prestação de serviços à organização criminosa voltada ao tráfico internacional.

3. O Juízo da 2ª Vara Federal de Guarulhos/SP recebeu a denúncia oferecida pelo MPF, entendendo que a recusa no oferecimento do ANPP está fundada no desatendimento de requisitos objetivos.

4. Interposição de recurso pela defesa e remessa dos autos à 2ª CCR, com fundamento no art. 28-A, § 14, do CPP. Em síntese, o Defensor assevera que deverá ser aplicada à ré a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em seu patamar máximo (2/3), o que implicaria em uma pena mínima inferior a 4 anos.

5. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

6. Contudo, o fato da ré ser primária e não possuir registros de antecedentes criminais não justifica, por si só, a aplicação da causa de diminuição pretendida em seu patamar máximo, sendo necessário analisar as demais circunstâncias do crime.

7. Segundo consta dos autos, a ré foi presa em flagrante delito no dia 21 de outubro de 2021 ao tentar embarcar em voo com destino final em Conakry/Guiné perfazendo escala em Addis Ababa/Etiópia, transportando 8.918 g de cocaína. Ademais, como ressaltado pela Procuradora oficiante, “há elementos probatórios indicando conduta reiterada ou profissional no transporte de drogas (movimentos migratórios), denotando a prestação de serviços à organização criminosa voltada ao tráfico internacional de drogas”. Na decisão de recebimento da denúncia, o Magistrado destaca a existência de viagens anteriores inexplicadas e incompatíveis com a condição econômica da investigada.

8. Conforme entendimento do STJ, “a modulação, na terceira fase dosimétrica, da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), encontra-se devidamente justificada, quando o agente, conquanto primário, sem antecedentes criminais e sem comprovado envolvimento, estável e permanente, com organização criminosa, exerce – na qualidade de ‘mula’ por esta recrutado – a traficância transnacional” (AgRg no AREsp 1395427/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 10 set. 2019).

9. Inaplicabilidade do instituto do acordo de não persecução penal, tendo em vista que a pena mínima do crime imputado ao réu na denúncia é superior a 4 (quatro) anos, em razão das circunstâncias do caso concreto. Hipótese de não preenchimento de requisito previsto no art. 28-A do CPP.

10. Precedentes congêneres da 2ª CCR: JF-GRU-5001540-17.2021.4.03.6119-APN, 808ª Sessão de Revisão, de 12.5.2021; JF/SP-0010739-98.2017.4.03.6181-APORD, 803ª Sessão de Revisão, de 22.3.2021; 5001594-17.2020.4.03.6119-ANP, 772ª Sessão de Revisão, de 4.6.2020; 5009813-53.2019.4.03.6119-APN, 770ª Sessão de Revisão, de 25.5.2020, todos unânimes.

11. Prosseguimento da ação penal. (BRASIL. Ministério Público Federal. 2ª Câmara de Coordenação e Revisão - Criminal. **Procedimento JF-GRU-5009177-19.2021.4.03.6119-APORD**. Voto n. 669/2022. Relatora: Luiza Cristina Fonseca Frischeisen. Brasília, DF, julgado em 10.2.2022).

Diante dos precedentes supracitados, verifica-se que a legislação processual penal relativa ao ANPP permite diferentes interpretações, sobretudo em relação às cláusulas abertas que indicam a necessária análise casuísta para a oferta do benefício. E, acredita-se que

propositalmente, é o caminho acertado seguido pelo legislador, visto que o ANPP é mecanismo de justiça consensual, sendo necessária a verificação das circunstâncias do crime a fim de que o acordo atenda, minimamente, aos fins de reprovação e prevenção do delito.

Esse é o caso do tráfico internacional de drogas. A gravidade do delito não deve ser visualizada de maneira genérica como óbice à oferta do acordo de não persecução; as circunstâncias do crime (quantidade de droga, indícios de participação em organização criminosa) bem como os antecedentes do investigado precisam ser considerados, havendo o balizamento entre a majorante da internacionalidade do tráfico e a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, assim como vem fazendo a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF quando das decisões nos incidentes de acordo de não persecução penal.

#### **4 Considerações finais**

A noção de eficiência processual deve ser vista a partir de um processo que atinja os resultados mais proveitosos com os menores custos para as pessoas nele envolvidas, bem como para a sociedade. Nesse sentido, o acordo de não persecução penal vem se consolidando como importante instrumento de transformação do modelo tradicional de processo penal brasileiro.

Com o instituto surgem inevitáveis debates acerca de sua aplicação prática, e um deles é justamente a (im)possibilidade de oferta de ANPP quando da prática do delito de tráfico internacional com o eventual reconhecimento do tráfico privilegiado, mote do presente artigo.

Conforme verificado no decorrer da pesquisa, o embate jurisprudencial é gerado a partir das possíveis interpretações apresentadas pela nova legislação (art. 28-A do CPP) e das necessárias cláusulas abertas que possibilitam uma análise casuística acerca da aplicação do instituto.

Considerando que o entendimento consolidado nas cortes superiores é de que o acordo de persecução penal não constitui direito subjetivo do investigado, podendo ser proposto pelo órgão ministerial de acordo com as peculiaridades do caso concreto e quando considerado necessário e suficiente para a reprovação e a prevenção da infração penal – tanto que a redação do art. 28-A do CPP

preceitua que o Ministério Público poderá, e não deverá, propor ou não o referido acordo, na medida em que é o titular absoluto da ação penal pública –, conclui-se que a oferta de ANPP em casos de tráfico internacional é possível, devendo ser balizada pelo órgão ministerial diante das circunstâncias do delito.

## Referências

ALMEIDA, Marco Antonio Delfino de; NASCIMENTO, Laíze Rodrigues. *Justiça penal consensual e o processo penal brasileiro. Âmbito Jurídico*, São Paulo, v. 200, set. 2020. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-processual-penal/justica-penal-consensual-e-o-processo-penal-brasileiro/>. Acesso em: 20 maio 2020.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**: controvérsias e desafios. Salvador: JusPodivm, 2019.

BRASIL. Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. **Diário Oficial da União**: seção 1, Brasília, DF, p. 1, 24 dez. 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm#:~:text=LEI%20N%C2%BA%2013.964%2C%20DE%2024%20DE%20DEZEMBRO%20DE%202019&text=Aperfei%C3%A7oa%20a%20legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e,legisla%C3%A7%C3%A3o%20penal%20e%20processual%20penal). Acesso em: 7 mar. 2022.

CARRARA, Francesco. **Programa del Curso de Derecho Criminal**: parte geral. [S. l.]: Editorial Jurídica Continental, 2000.

CNMP – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 181, de 7 de agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2017. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resoluo-181-1.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2022.

CUNHA, Rogério Sanches *et al.* **Acordo de não persecução penal**. Salvador: JusPodivm, 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual como instrumento de efetividade do processo penal no ordenamento jurídico brasileiro**. 2009. Tese (Doutorado) – Curso de Direito, Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

LEIVA, Mariana Murad; SMANIO, Gianluca Martins. 'Pacote anticrime' e o aumento dos espaços de consenso no processo penal. **Jota**, São Paulo, 7 fev. 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pacote-anticrime-e-o-aumento-dos-espacos-de-consenso-no-processo-penal-07022020>. Acesso em: 20 mar. 2022.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional** – Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014. tomo IV.

MOREIRA, Rafael Martins Costa. Solução consensual de conflitos penais no Brasil. **Interesse Público – IP**, Belo Horizonte, ano 14, n. 73, maio/jun. 2012. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79125053.pdf>. Acesso em: 5 jul. 2022.