

AS FORMAS DE BENEFICIAMENTO DO ACORDO DE NÃO PERSECUSÃO PENAL EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DA NÃO AUTO-INCRIMINAÇÃO: Pacote Anticrime

Maria Inêz Alves de Sousa¹; Cristiane Meneghette²

¹Graduanda em Direito, Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS

²Especialista em Direito Penal Material e Processual/UNICASTELO; Conciliadora e Mediadora pela Escola Paulistana de Magistratura/EPM; Docente das Faculdades Integradas de Três Lagoas – FITL/AEMS; Docente da Fundação Educacional de Andradina-SP/FEA

RESUMO

Este artigo objetiva, essencialmente, propor debate acerca do *acordo de não persecução penal*, de modo que sejam apresentados o conceito, as características e respectiva fundamentação teórica, a fim de defender, como ponto central, concernente proposição bipartida, a saber: por um lado o Ministério Público deve garantir o acordo e, por outro, este acordo deveria ser um instrumento que não ferisse o princípio da não autoincriminação. Para tanto, foram trazidos para esta discussão, autores que fundamentam tais assertivas, os quais corroboram a importância da pesquisa qualitativa, centrada no acervo bibliográfico. De acordo com a legislação vigente, o acesso ao acordo de não persecução penal, passou a estar previsto em 24 de dezembro de 2019, pela lei do pacote anticrime nº 13.964; até então, era assegurado ao membro do Ministério público (MP), representante do Estado, pela resolução nº 181/2017, nos casos em que era cabível propô-lo, ou seja, quando estivessem preenchidos os requisitos necessários citados na referida resolução, até mesmo porque não se tinha uma devida previsão legal. Porém, no final de 2019 passou a ser cedido. Neste artigo, defender-se-á a eficácia de um direito justo destinado aos que se enquadram nos critérios deste acordo, o qual está previsto no código de processo penal art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e estando o investigado dentro dos critérios ad hoc, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime. (Incluído pela Lei nº 13.964, de 2019).

PALAVRAS-CHAVE: acordo; autoincriminação; pacote anticrime.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, essencialmente, propor debate acerca de dois pontos centrais do *acordo de não persecução penal*, o qual é conceituado por Silveira (2020, p. 03) como sendo “o ajuste obrigacional celebrado entre o Ministério Público e o investigado”, de modo que este esteja devidamente representado “por advogado e homologado judicialmente, no qual o indigitado assume sua responsabilidade, aceitando cumprir algumas condições menos severas do que a sanção penal aplicável ao fato a ele imputado”.

Quanto aos dois pontos centrais, aqui objetivados, diz respeito à apologia da proposição bipartida, ou seja, por um lado o Ministério Público deve garantir o

acordo e, por outro, este acordo deveria ser um instrumento não ferisse o princípio da não autoincriminação.

Para tanto, foram trazidos para esta discussão, autores que fundamentam tais assertivas, os quais corroboram a importância da pesquisa qualitativa, centrada no acervo bibliográfico, tais quais: Cambi; Silva; Marinela (2020) – que defendem as questões legais pertinente ao assunto.

De acordo com a legislação vigente, o acesso ao acordo de não persecução penal, passou a estar previsto em 24 de dezembro de 2019, pela lei do pacote anticrime nº 13.964; até então, era assegurado ao membro do Ministério público (MP), representante do Estado, pela resolução nº 181/2017, nos casos em que era cabível propô-lo, ou seja, quando estivessem preenchidos os requisitos necessários citados na referida resolução, até mesmo porque não se tinha uma devida previsão legal. Porém, no final de 2019 passou a ser cedido.

Há de se compreender ao final deste artigo, então, que em suas linhas de desenvolvimento defender-se-á a eficácia de um direito justo destinado aos que se enquadram nos critérios deste acordo, o qual está previsto no código de processo penal art. 28-A.

1.1 O Artigo 28-A, da Lei nº 13.964/2019 (pacote "anticrime")

Conforme aponta Monteiro (2020), a disposição trazida no artigo 28-A, da Lei nº 13.964/2019 (pacote "anticrime"), inserido agora no Código de Processo Penal, prevê a possibilidade de o Ministério Público celebrar acordo de não persecução penal, conforme se consta em seu artigo 18, observe:

Não sendo o caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor ao investigado acordo de não-persecução penal, quando, cominada pena mínima inferior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, o investigado tiver confessado formal e circunstanciadamente a sua prática.

A celebração deste acordo, traz consigo todos os requisitos esclarecedores, para que o investigado possa acordar estando ciente de suas responsabilidades. Dentre estes requisitos há, porém, um (letra 'd') que diverge da garantia de direitos individuais, previstos na Constituição, conforme observa-se:

- a) Não ser o agente reincidente;
- b) Não seja cabível a transação;

- c) Não seja caso de arquivamento da investigação;
- d) O agente confesse o crime;**
- e) Não seja crime de violência doméstica;
- f) A pena em abstrato seja inferior a 4 anos;
- g) Não ter sido beneficiado nos últimos 5 anos com o acordo de não persecução penal, transação ou suspensão condicional do processo.
- h) Não seja crime praticado com violência ou grave ameaça contra pessoa;
- i) O agente não possua antecedentes que denotem conduta criminosa habitual.

Antes da Lei 13.964/2019 – “Pacote Anticrime”, que incluiu o art. 28-A, no código de processo penal – o acordo de não persecução penal era disposto apenas no art. 18, Res. 181, CNMP. Agora, a garantia do ao acordo de não persecução penal está prevista no código de processo penal processo brasileiro, o qual é concedido àqueles (a) que contemplam os requisitos citados acima, e que se comprometem em segui-los, ou seja, esse benefício é garantido com base na Lei, àqueles(a) que estão contidos nas condições exigidas, e que conseguem reparar o dano causado às vítimas.

O acordo de não persecução penal é faculdade do Ministério Público, o qual avaliará, inclusive em última análise (ART. 28-A, § 14), se o instrumento é necessário e suficiente, para a reprovação e prevenção do crime no caso concreto.

Quanto à diretriz normativa, alguns críticos logo se insurgiram. Cambi; Silva; Marinela (2020, p. 41), por exemplo, advertem que:

(...) as questões penais, propostas nos moldes do “pacote anticrime”, representariam risco de violação a princípios basilares do processo penal constitucional. Uma das críticas incide sobre a exigência de confissão formal e circunstanciada da prática da infração penal, para gozo do benefício premial, contido no artigo 28-A do Código de Processo Penal – Acordo de não persecução penal.

A crítica mais severa acerca do Pacote Anticrime é que o direito ao silêncio – cuja origem remonta à Idade Média e princípio da Renascença – fica por todo comprometido, no tocante ao fato de o investigado ter de assinar a sua própria auto-incriminação.

Há de se considerar que a própria Legislação brasileira outorga enfaticamente que o direito ao silêncio, com vistas à impossibilidade precoce de o julgador formar conveniente opinião, que prejudique o investigado. Portanto, há força no exercício do silêncio.

A versão anglo-americano (against self-incrimination), referente ao direito ao silêncio, “surgiu como forma de reação ao procedimento inquisitório que

transformava o arguido em instrumento de sua própria condenação”, conforme aponta CAMBI, E.; SILVA, D. S.; MARINELA, F. (Org.) (2020, p. 41). Observe o que assevera tais autores (Ib. IBID):

Tanto o direito ao silêncio como à não autoincriminação estão indissolubilmente ligados. Subtraindo do réu o direito ao silêncio, ele estaria obrigado a pronunciar-se revelando, por vezes, informações aptas à sua autoincriminação. Nem a lei processual, muito menos a Constituição Federal brasileira, consagram, diretamente, o direito ao *nemo tenetur*¹. Situação semelhante se registra no ordenamento alemão e português. Para Fernandes, foi sensível a evolução da doutrina brasileira no sentido de extrair da cláusula da ampla defesa e de outros preceitos constitucionais, como o da presunção de inocência e o direito ao silêncio, o princípio de que ninguém é obrigado a se autoincriminar, não podendo o suspeito ser forçado a produzir prova contra si mesmo.

Em sua doutrina, os países europeus consentem o princípio do *nemo tenetur*, tido como constitucional não escrito, de modo que seu fundamento está enraizado na perspectiva de “respeito à dignidade da pessoa humana” (artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988), o que outorga ao acusado a condição de sujeito de direito no processo, e não de objeto de investigação.

Mesmo diante deste escasso recurso bibliográfico, este artigo objetiva, essencialmente, que o acesso ao acordo de não persecução penal seja garantido aos que realmente necessitam dele, bem como que – entre estes – seja garantido também o princípio da não-autoincriminação.

2 OBJETIVOS

Conforme já mencionado anteriormente, este artigo objetiva, essencialmente, que o acesso ao acordo de não persecução penal seja garantido aos que realmente necessitam dele, bem como que – entre estes – seja garantido também o princípio da não-autoincriminação.

Há, também, a específica intenção de verificar a eficácia de um direito justo destinado aos contemplados nos critérios deste acordo, o qual está previsto no Código de Processo Penal, art. 28-A.

3 MATERIAL E MÉTODOS

¹ Consiste em dizer que qualquer pessoa acusada da prática de um ilícito penal tem os direitos ao silêncio e a não produzir provas em seu desfavor.

No tocante à descrição deste artigo, utilizou-se acervo bibliográfico, com vistas a fundamentar uma pesquisa de metodologia qualitativa. O modus operandi aqui aplicado foi o de separar autores que pudessem estabelecer um contraponto no debate de que o acordo de não persecução penal abre o precedente à parte de quem dele necessita, ainda que fora dos critérios-base.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

O cerne da discussão proposta neste artigo está posto no fato de o investigado acessar o acordo de não persecução penal de que dele necessita, sem chegar ao ponto de se autoincriminar. É comum acontecer de modo contrário. Isto ocorre, por haver medo e angústia, por parte daqueles que estão sendo investigados, de modo que acabam confessando sua prática delitiva, por receio de o pior acontecer.

Há de refletir a assertiva, pois quando o investigado assina o referido acordo, está renunciando direitos constitucionais garantidos por lei, tais quais: garantias individuais, como o contraditório, a ampla defesa e o silêncio, dentre outros. Observe o que afirmam Sales e Santos (apud Cambi; Silva; Marinela 2020, p. 42) a respeito da questão:

Ao optar pelos acordos de não persecução, estaria o investigado abdicando de algumas garantias constitucionalmente contempladas em nossa Carta Magna? Pode um indivíduo renunciar aos direitos e às garantias individuais, como o contraditório, a ampla defesa, o silêncio e etc.? Não há consenso entre os diversos autores quanto ao que se deve entender por renúncia a direitos constitucionais na esfera penal.

O que há de se garantir é que o investigado não tenha que renunciar direitos já adquiridos, a fim de “se livrar” de questões não compreendidas por ele, para tão simplesmente declarar-se culpado, formando provas contra si, ao assinar o acordo. Novais (apud Cambi; Silva; Marinela Cambi; Silva; Marinela 2020, p. 44) conceitua *renúncia* como:

[...] enfraquecimento voluntário de uma posição jurídica individual protegida por uma norma de direito fundamental, determinada por uma declaração de vontade do titular que o vinculou juridicamente a aceitar o correspondente alargamento da margem de actuação da entidade pública [ou privada] face às pretensões que decorriam daquela posição.

A partir daqui, um ponto relevante a ser considerado, é que ao renunciar a um direito fundamental, o investigado acaba por restringir a sua ampla existência. A *inalienabilidade*, *imprescritibilidade* e a *irrenunciabilidade* são identificadas como características dos direitos fundamentais, por diversos autores. Dada a esta circunstância, ninguém poderia ceder ou abdicar da sua titularidade, e adverte que isso não significa “[...] que os titulares não possam ou não devam aceitar a sua restrição; ou que não possam, por sua vontade, suspender o exercício de alguns desses direitos”. (MIRANDA, 2008, p. 44)

Canotilho (2007, p. 44) propõe “a irrenunciabilidade do núcleo substancial do direito (que seria constitucionalmente proibido) e contempla a possibilidade de limitação voluntária ao exercício (o que entende ser aceitável em certas condições)”. Sua definição nos conduz “à distinção entre renúncia ao direito fundamental e a mera limitação voluntária ao exercício de alguns direitos”, e acrescenta (ib. IBID):

(...) O investigado que renuncia a ‘dilação processual’, dentro de uma prática negocial penal, o faz porque espera obter um benefício com o ato de renúncia, benefício esse que considera ser mais valioso do que a preservação do direito fundamental em si mesmo (devido processo legal alargado).

Para gozar do prêmio, o investigado se submete a um nítido enfraquecimento das posições individuais de direitos. Resta saber se essa afetação, em enfraquecimento, é constitucional na ordem brasileira. A doutrina, em desforço, distingue renúncia, perda e não exercício de direitos fundamentais. Em síntese, na renúncia teríamos um compromisso jurídico de não recorrer ao seu direito fundamental, ou seja, há uma vinculação deste em não exercitar algumas faculdades que integram seu direito. A perda não se trata de uma decisão voluntária, mas sim de uma imposição externa e uma consequência imposta pela ordem jurídica. Preceitua Crotti que, “[...] enquanto o enfraquecimento do direito é desejado na renúncia, nos casos de perda já não o será, ou, pelo menos, já não depende da vontade dos sujeitos”.

Quanto às hipóteses de não exercício, trata-se de uma posição adotada sem vinculação do titular do direito, ou seja, a ordem jurídica lhe permite exercer ou não uma faculdade. Ao não exercer, cria-se uma situação de fato, sem que exista uma manifestação abdicativa do direito. Na prática, isso implica a possibilidade de exercitar o gozo positivo do direito a qualquer momento, desde que não tenha

havido uma preclusão consumativa.

A adesão ao acordo de não persecução corresponde a uma opção do réu e da defesa técnica ao 'não exercício' do contraditório amplo. Sobretudo, fica a incômoda sensação de que, ao não exercer o direito, o réu acaba por renunciar a algumas prerrogativas constitucionais, como a do direito de permanecer calado. Não longe, podemos ver que haverá a perda de direito, como, por exemplo, o de produzir prova judicial apta a abalizar tese defensiva.

Assim, conforme descrito, há um embate entre as partes sociedade X justiça e justiça X justiça, dadas às interpretações do que seria justo. Assim, a boa-fé – a transparência obrigatória em relação aos contratantes, um respeito obrigatório aos interesses do outro contratante, uma ação positiva do parceiro contratual mais forte com relação ao parceiro contratual mais fraco, permitindo as condições necessárias para a formação de uma vontade liberta e racional – será a garantia da equidade.

5 CONCLUSÕES

Após averiguação do acervo bibliográfico supracitado – além de outros – e debate aqui proposto, chegou-se ao resultado de que há muito a ser avançado por parte das autoridades jurídicas, quanto a necessidade de os investigados (a) usufruírem do acordo de não persecução penal.

Diante de todas as proposituras neste artigo apresentadas, considera-se que para que o acesso ao acordo de não persecução penal seja garantido não é necessário a ruptura do princípio da não autoincriminação. Em concordância com o que apontam as autoras Sales e Marinela (2020, p. 52), “não existe qualquer proibição normativa constitucional de que o acusado não utilize seus direitos processualmente garantidos”.

À esta altura da leitura deste artigo, já se pode conceber que na atividade consensual, há inequívoca restrição ao contraditório, limitando a produção de prova e aniquilando o direito ao silêncio. E, conforme aponta o Pacote Anticrime de Cambi; Silva; Marinela (2020, p. 47):

(...) a adesão ao consenso for benéfica ao réu, não haverá óbices ao exercício da política premial. O réu é quem melhor poderá contemplar os benefícios do acordo de não persecução. A ordem constitucional deve respeitar a autodeterminação do indivíduo. Nos acordos sobre sentença,

não há, portanto, coação, mas sim coerção para assunção de culpa na busca de uma política premial. A mera possibilidade de condenação à pena privativa de liberdade não insinua a existência de vício de consentimento na adesão ao acordo sobre a sentença.

A Legislação brasileira não proíbe que o investigado produza provas contra si mesmo, mas o defende desta possibilidade, além de – por respeito à sua condição de sujeito processual – dar-lhe o direito de que não seja limitado voluntariamente a produzi-la.

Assim, conforme impetram/descrevem Cambi; Silva; Marinela (2020, p. 52), “se o investigado produzir, espontânea e publicamente, prova apta a colaborar com sua inculpação, esta deverá ser valorada no processo, ante a sua inquestionável validade e previsibilidade pela norma processual substantiva”.

Ademais, nesse sentido, “não existe violação aos primados da presunção de inocência, silêncio ou nemo tenetur na imposição, ao réu, de confissão, para gozo dos acordos de não persecução” (Ib. IBID). Isto ocorre, apenas, por a defesa abdicar do direito ao silêncio na busca do benefício, o qual concebe ser mais vantajoso, qual seja, o prêmio correspondente ao negócio penal (Ib. IBID).

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICA

BRASIL, Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

CAMBI, E.; SILVA, D. S.; MARINELA, F. (Org.) Pacote Anticrime – Volume I. Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP / Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020.

CANOTILHO, J. J. G. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2007. p. 464.

MIRANDA, J. Manual de direito constitucional. Tomo IV, 4ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 384-385.

MONTEIRO, P. Justiça Penal negociada: o ‘novo’ acordo de não persecução penal. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-ago-05/pedro-monteiro-acordo-nao-persecucao-penal> Acessado em 11 de junho de 2020, às 15h03.

PASSOS, P. C. dos; DALLAZEN, F; COELHO, L. G. M. (Org.). GNCCRIM – Comissão Especial. Enunciados interpretativos da Lei nº 13.964/2019 – Lei Anticrime. Conselho Nacional de Procuradores Gerais – CNPG.

SALES, D.; SANTOS, F. M. de S. Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. Escola Superior do Ministério Público do Paraná/Curitiba, v. I, p. 40-55, mar. 2020.

SILVEIRA, E. R. A. Acordo de não persecução penal – Art. 28-A do CPP. Disponível em: <https://eraldoaragao.jusbrasil.com.br/artigos/839865077/acordo-de-nao-persecucao-penal-art-28-a-do-cpp> Acessado em 10 de junho de 2021, às 10h11.

VECHI, A. F.; BUENO, L. M. F.; FIRMINO, A. G. (Org.). Manual de atuação e orientação funcional – Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). Centro de Apoio Operacional – Área de atuação CRIMINAL / Ministério Público do Estado de Goiás. Goiânia, 2020.