

A (in)adequação da regulamentação do acordo de não-persecução penal no direito brasileiro

The (in)adequacy of the regulation of the penal non-persecution agreement in Brazilian law

GUILHERME DE ABREU PIMENTA

Discente do curso de Direito (UNIPAM)

E-mail: abreupimenta@gmail.com

ALEXANDRE MÁXIMO DE OLIVEIRA

Professor orientador (UNIPAM)

E-mail: alexandremo@unipam.edu.br

Resumo: Devido à entrada em cena do Acordo de Não-Persecução Penal, instituto da Justiça Penal Consensual, por meio de alterações no Código de Processo Penal, surgem novos questionamentos sobre a persecução criminal no Brasil. Com efeito, a Justiça Penal Consensual, a partir desse novo instituto, passa a se aplicar em crimes com penas mais altas do que, até então, se aplicava, transformando o cenário da persecução criminal menos conflitivo e mais dialogal. Mas, deve a regulamentação atual ser mais bem averiguada em seu conteúdo. Dessarte, através de uma pesquisa teórica alicerçada em uma pesquisa bibliográfica são debatidos tais pontos e expostas fragilidades do instituto ora debatido, que devem passar por uma melhor regulamentação.

Palavras-chave: Acordo de Não-Persecução Penal. Justiça Penal Consensual. Regulamentação.

Abstract: New questions arise about criminal prosecution in Brazil due to the entry into force of the Non-Persecution Agreement, an institute of Consensual Criminal Justice, through changes in the Code of Criminal Procedure. In effect, Consensual Criminal Justice, from this new institute on, is now applied in crimes with higher penalties than it used to be, transforming the scenario of criminal prosecution into less conflicted and more dialogical. But, the content of the current regulation should be more investigated. Therefore, through theoretical research based on a bibliographical survey, such points are discussed, and weaknesses of the institute debated here are exposed, which must undergo better regulation.

Keywords: Penal Non-Persecution Agreement. Consensual Criminal Justice. Regulation.

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

O art. 28-A do Código de Processo Penal, criado pela Lei nº 13.964/19, introduziu, no ordenamento jurídico nacional, o Acordo de Não-Persecução Penal, que é um negócio jurídico de natureza extrajudicial, firmado entre o Ministério Público e o autor confesso de fato considerado crime, devidamente assistido por Advogado, com a

finalidade de se evitar a instauração de uma ação penal, mediante o cumprimento de condições não privativas de liberdade, ajustadas entre as partes.

Pela alta carga de inovação do método, pairam dúvidas acerca da efetividade do instituto de Acordo de Não-Persecução Penal, notadamente se será possível alcançar os objetivos da iniciativa, sem ferir direitos e garantias individuais assegurados na Constituição da República.

À primeira vista, o Acordo de Não-Persecução Penal se mostra como um importante instituto despenalizador, capaz de melhorar a situação do autor do fato delituoso. Mas, a presença de requisitos para o fechamento do acordo como a confissão, formal e circunstanciada, do fato delituoso produz certa desconfiança no método desenhado, tendo em vista que, em outros institutos de despenalização, como a transação penal, não é necessário que o agente investigado confesse a prática do crime.

Discute-se se a confissão seria uma afronta às garantias constitucionais de não produzir provas contra si mesmo e de permanecer em silêncio – desdobramentos do princípio do *nemo tenetur se detegere*, previsto no art. 5º, inciso LXIII, da Constituição.

Em decorrência disso, questiona-se: será o desenho normativo do Acordo de Não-Persecução Penal, aprovado pelo Congresso Nacional, a melhor opção para o instituto de justiça penal consensual?

Dessarte, o principal enfoque desta pesquisa científica é responder de forma satisfatória se o Acordo de Não-Persecução Penal possui, em sua estrutura, um desenho que não afronta a direitos individuais previstos na Constituição Federal e se observou as especificidades de um país com alta desigualdade social como o Brasil.

Ao se buscar responder a tal indagação, averiguaram-se, especificamente, outros institutos despenalizadores aprovados pelo Congresso Nacional, em especial, a transação penal, por ser, entre os institutos em vigor no país, aquele que mais se aproxima, em seus objetivos e características, do Acordo de Não-Persecução Penal. Ademais, foi analisado o instituto norte-americano de acordos no processo penal, qual seja, o *Plea Bargaining*, por se aproximar muito, em sua essência, do instituto ora estudado.

O estudo da temática possibilitou ao discente uma ampla visão das nuances da justiça penal consensual e suas várias ramificações, valoradas à luz dos direitos e garantias individuais, bem como uma visão sensível às necessidades socioeconômicas do país.

Com relação à metodologia, percebe-se a existência de dois tipos de pesquisa, quais sejam, o teórico e o empírico. Para o presente trabalho, considerando seus objetivos, mostrou-se adequado a adoção do teórico, tendo em vista que este, basicamente, discute ideias, diferentemente do empírico que discute fatos. Frise-se que o teórico é mais adequado em razão das divergências doutrinárias sobre o assunto.

Quanto ao método, mostrou-se adequado para o enfrentamento do problema a revisão bibliográfica. Na revisão bibliográfica, foram estudadas as principais fontes do ramo acadêmico, como livros doutrinários, teses de doutorado e dissertações de mestrado.

2 ATUAL CENÁRIO DO SISTEMA JURISDICIONAL BRASILEIRO E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO MECANISMO DE SOLUÇÃO

Não há dúvidas acerca do estado caótico em que se encontram as varas criminais distribuídas pelo Brasil. Aliás, a cada dia, é pior a situação enfrentada pelos julgadores incumbidos de levar a cabo as inúmeras denúncias que alimentam o Poder Judiciário.

A propósito, não sem razão, cresce a desconfiança do povo brasileiro em face do sistema jurisdicional, convertendo-se tal desconfiança em uma sensação de impunidade. Frisa-se que uma das principais razões do descrédito da população com o poder judiciário é a morosidade no julgamento dos feitos.

Sobre a questão, discorre Cunha (2019, p. 299):

Primeiramente, com base em estudos e levantamentos estatísticos, evidenciamos que o sistema de justiça criminal brasileiro não vem demonstrando capacidade de lidar com a expansão do Direito material, o que tem agravado a crise de sobrecarga do Judiciário e de lentidão no tratamento dos casos penais. Paralelamente, as estatísticas criminais sugerem que a demanda pelos serviços jurisdicionais aumentará, uma vez que a taxa de crimes também vem apresentando aumento nos últimos anos. Para agravar esse quadro, pesquisas empíricas indicam que o nível de confiança do povo brasileiro no Poder Judiciário, em 2017, o percentual histórico mais baixo, sendo a morosidade uma das causas apresentadas para justificar a descrença social.

Os institutos despenalizadores e instrumentos da chamada justiça consensual vêm, nesse cenário, ganhando um protagonismo no cenário nacional. Cita-se, como exemplo, a atualmente conhecida por grande parte da população brasileira em virtude de sua utilização na Operação Lava Jato, Colaboração Premiada, que consiste em uma negociação entre coautor da empreitada criminosa e o Ministério Público, sendo possível a solução mais ágil de uma persecução criminal.

Benefícios da justiça penal consensual extrapolam a retromencionada capacidade de agilizar os processos. Inclusive, são muitas as vantagens de se buscar o consenso nas situações conflitivas que abarrotam o Poder Judiciário. Oliveira (2015, p. 167), a esse respeito, discorre:

[...] a aproximação das partes e o diálogo entre os envolvidos proporcionados pelos modelos de consenso possibilitam à vítima e ao ofensor buscarem a solução mais adequada para restabelecerem a relação rompida pela prática do delito. Mesmo nos crimes em que, em razão de sua natureza, a maior participação do Estado é essencial, a vítima pode participar e contribuir na reconstrução dos fatos e na busca por soluções, ainda que não possa vetar o consenso alcançado pelos demais sujeitos processuais. Assim, o problema penal deixa de ser resolvido em favor dos interesses do Estado e passa a atender aos interesses dos envolvidos e da sociedade (...).

Não por outro motivo, o Acordo de Não-Persecução Penal, outrossim, ganha relevo nas discussões doutrinárias, por ser um instituto da denominada justiça consensual e por prometer celeridade à caótica jurisdição nacional, razão pela qual deve ser estudado o referido instituto, introduzido no ordenamento jurídico pela Resolução do CNMP, à luz de outras experiências internacionais e nacionais.

3 PLEA BARGAINING E SEUS BENEFÍCIOS E MALEFÍCIOS

Com o objetivo de melhor compreender a denominada justiça penal consensual, gênero de muitos institutos, inclusive o Acordo de Não-Persecução Penal, é necessário delinear algumas características do modelo processual penal estadunidense.

Não se pode olvidar que o país norte-americano adota, de uma forma geral, com pequenas exceções locais, um sistema jurídico distinto do adotado no Brasil, qual seja o *common law*, outrossim conhecido como modelo anglo-saxão. Frisa-se que, no Brasil, é adotado o sistema conhecido como *civil law*. Com efeito, o modelo adotado pelos Estados Unidos está, diretamente, relacionado ao fato de ser o país originário de uma colonização britânica. Aliás, sobre a questão, leciona Carpena (2010, s/p):

O sistema do civil law, hoje, é empregado nos países de tradição romano-germânica, entre os quais aqui se destacam, a título meramente de exemplo, a Alemanha, o Brasil, a Espanha, a França, a Itália e Portugal. Já o sistema do common law, também conhecido impropriamente como sistema inglês ou britânico, não se limita à Inglaterra, também sendo empregado nos Estados Unidos (com exceção do Estado da Louisiana, que é partidário do civil law), na Austrália, no Canadá (com exceção de Quebec) e na Índia, além de outros países colonizados pela Coroa britânica.

Muito da justiça penal consensual adotada nos Estados Unidos da América ocorre em virtude da cultura do sistema *common law* vigente no país. Institutos como o *plea bargaining* ganham protagonismo em decorrência do modelo jurídico adotado no país. Acerca deste assunto, o escólio de Salvador Netto (2019, s/p) indicou que o tema do *plea bargaining* “assumiu nos primeiros meses de 2019 um relevante protagonismo nas discussões jurídicas e acadêmicas brasileiras. [...] Trata-se de uma forma de resolução de conflitos criminais bastante própria do modelo anglo-saxão”.

O *plea bargaining*, também conhecido como *plea agreement* ou *plea deal*, é um instituto em que se apresenta uma larga possibilidade de acordo entre a acusação e a defesa, na qual são negociadas concessões em troca da declaração de culpa (*guilty plea*) ou a não contestação da acusação (*plea of nolo contendere*) (LEITE, 2013). Frisa-se que mais de 90% (noventa por cento) dos processos criminais nos Estados Unidos são findados pelo *plea bargaining*, tanto em nível federal como em nível estadual (ANDRADE, 2019).

Existem duas espécies mais usuais do instituto norte-americano, o *charge bargaining* e o *sentence bargaining*. Na primeira modalidade, negocia-se a imputação do acusado, ou seja, a depender das negociações, é possível excluir uma ou mais imputações ou, até mesmo, formular acusação por delito menos grave. Já na segunda modalidade, é

negociada a pena, ou seja, é possível a redução da pena do acusado em decorrência do sucesso das negociações (LEITE, 2013, p. 75).

Para as observações realizadas no parágrafo anterior, deve somente ser ressaltado que, nos Estados Unidos, existe uma ampla liberdade de legislação para os entes da federação. Assim sendo, existem, pelo menos, 52 sistemas de justiça criminal, especificamente o dos Estados-membros, o da União e o do Distrito da Colúmbia (ANDRADE, 2019). Logo, as regras variam muito a depender do ente da federação.

Por parte do órgão acusador, é possível verificar dois objetivos a serem alcançados com as negociações, quais sejam, a declaração de culpa (*guilty plea*) ou a não contestação (*nolo contendere*). A diferença entre os institutos reside na possibilidade de utilização ulterior das provas carreadas no processo penal em um processo civil. Ressalta-se que, se resultar das negociações a declaração de culpa, será possível a utilização desta na seara cível, enquanto conclusão oposta deve existir para o segundo instituto (ANDRADE, 2019, p. 127).

Com efeito, a participação do juiz deve ser mais reservada e discreta. Inclusive, existe norma federal vedando a participação direta do magistrado nas negociações. Frisa-se que, apesar da participação mais discreta em nível federal, existe previsão legal para essa esfera da federação de que é dever do magistrado dirigir-se, especificamente, ao acusado para informar qual imputação lhe é dirigida bem como seus direitos constitucionais. Por sua vez, em âmbito estadual, há a possibilidade, a depender da legislação de cada estado norte-americano, de o magistrado participar das tratativas, sendo que de sua anuência dependerá a imposição de pena mais branda (ANDRADE, 2019, p. 127-128).

A confissão, no *plea bargainig*, não pode ser utilizada de forma isolada para o fechamento do acordo, devendo tal elemento de prova estar em harmonia com o restante da documentação acostada nos autos. Aliás, a existência de uma base fática, firmada não apenas na confissão do acusado, é um dos requisitos de validade para o acordo (ANDRADE, 2019, p. 130).

De fato, não se pode negar que os Estados Unidos, reconhecido por ser uma sólida democracia, é um país que se consagrou por ser uma importante fonte de institutos tanto do processo penal quanto do direito penal material. Nesse sentido, discorre Andrade (2019, p. 123):

O sistema jurídico-penal dos EUA tem o mérito de ter criado ou aperfeiçoado conceitos e institutos de extrema relevância, como o devido processo penal (due process of law), regras de exclusão (exclusionary rules) de provas ilícitas, o privilégio contra a autoincriminação forçada (privilege against compelled self-incrimination), o exame cruzado das testemunhas (cross-examination of witnesses), o standard da revelação-descoberta (disclosure-discovery standard) e a proibição de testemunho de ouvir dizer (hearsay rule), dentre outros.

Entretanto, como todo sistema, no modelo norte-americano de justiça penal consensual, externalizado, principalmente, pelo *plea bargaining*, existem fragilidades e

deficiências, que devem ser colocadas em relevo com o objetivo de buscar introduzir no Brasil um modelo de justiça penal consensual com menos deficiências e fragilidades.

Sobre o ponto, apesar de existirem doutrinadores norte-americanos que defendem a abolição do instituto de justiça negociada, há uma segunda corrente que se contenta com o aprimoramento do sistema (ANDRADE, 2019). Hill (2004 *apud* ANDRADE, 2019, p. 139) esclarece que os juristas norte-americanos defendem inovações que garantam:

- a) a atuação mais ativa do juiz no processo de plea bargaining devendo as negociações serem necessariamente implementadas em sua presença;
- b) a correlata diminuição da discricionariedade do promotor, que deverá submeter todas as questões e ponderações primeiramente ao juiz;
- c) a participação do acusado nas tratativas para a celebração do acordo;
- e
- d) maior formalismo do procedimento, com a elaboração de normas que regulem de maneira mais minuciosa os atos que envolvem a celebração do acordo, buscando-se garantir mais transparência e uniformidade na aplicação da lei penal.

Dessarte, tais críticas devem, como tantas outras, balizar a discussão brasileira para a inauguração de um instituto de justiça consensual capaz de proporcionar mais eficiência ao sistema, sem, contudo, abalar direitos fundamentais garantidos na Carta Magna.

4 INSTITUTOS BRASILEIROS DA JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL E O QUE ESTES ENSINAM PARA O ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Para além da experiência norte-americana de justiça penal consensual, é importante olhar para as evoluções já alcançadas no assunto dentro do sistema processual brasileiro, tendo em vista que a adoção de um modelo, necessariamente, deve levar em conta as especificidades socioculturais e socioeconômicas de um país.

Com fundamento do no art. 98, I, da Constituição, a Lei n. 9.099/95 criou os Juizados Especiais e lançou, no sistema processual brasileiro, instrumentos para o consenso. Frisa-se que foi uma verdadeira revolução na concepção do princípio da obrigatoriedade, em matéria penal. A partir de então, o Brasil, seguindo a tendência europeia, abriu espaço, em seu ordenamento, para instrumentos de consenso no processo penal (ANDRADE, 2019).

Aliás, não se pode olvidar que a Lei n. 9.099/95 trouxe uma forma mais adequada para o tratamento de delitos de menor potencial ofensivo, proporcionando maior agilidade ao sistema. Nesse sentido, Alberton (1998, s/p) considera:

A Lei 9.099, sem dúvida, trouxe um arejamento no tratamento dos delitos de menor potencial ofensivo, oferecendo oportunidade de

aplicação de uma justiça criminal mais próxima da realidade e adequada à intensidade de infrações que vêm sendo praticadas.

[...]

A Lei 9.099 oferece condições para que haja uma resposta mais imediata à infração cometida, com incentivo à não reincidência, à atuação da vítima e do responsável civil na esfera criminal, com instrumentos mínimos indispensáveis ao exercício célere da prestação jurisdicional em todos os graus.

Tal sistemática se alinha com a noção de “velocidades do Direito Penal”, conforme as explicações de Cunha (2017, p. 40-41):

A noção de “velocidades do Direito Penal” foi idealizada por Jesús-Maria Silva Sanchez. Trabalha com o tempo em que o Estado Leva para punir o autor de uma infração penal, mais ou menos grave.

A 1ª velocidade enfatiza as infrações penais mais graves, punidas com penas privativas de liberdade, exigindo, por este motivo, um procedimento mais demorado, que observa todas as garantidas penais e processuais penais.

Já a 2ª segunda velocidade relativiza, flexibiliza direitos e garantias fundamentais, possibilitando punição mais célere, mas, em compensação, prevê como consequência jurídica do crime sanção não privativa de liberdade (penas alternativas).

C) Fala-se ainda na 3ª velocidade do Direito Penal, mesclando-se as duas anteriores. Defende a punição do criminoso com pena privativa de liberdade (1ª velocidade), permitindo, para determinados crimes (tidos como mais graves), a flexibilização ou eliminação de direitos e garantias constitucionais (2ª velocidade) (...)

O Estado responde de forma intensa (nem sempre sinônimo de Justiça) e célere. Essa velocidade está presente na condução do Direito Penal do Inimigo.

Percebe-se que a grande crítica da doutrina aparece quando existe a flexibilização de garantias em penas mais graves, ou seja, em penas privativas de liberdade, mas há um maior consenso quando são aplicadas penas alternativas, como nos instrumentos de conciliação introduzidos pela Lei dos Juizados Especiais.

Ressalta-se que a Lei n. 9.099/95 inaugurou, no ordenamento jurídico nacional, os seguintes institutos de justiça penal consensual: a) a composição civil; b) transação penal; c) suspensão condicional do processo. Os dois primeiros institutos foram criados para as infrações de menor potencial ofensivo, já o terceiro para os delitos classificados como de média ofensividade (ANDRADE, 2019).

A composição civil, presente no art. 72 da lei supracitada, permite uma antecipação da reparação dos danos sofridos pela vítima, em uma fase pré-processual. Deve-se lembrar que, pelo sistema do Código de Processo Penal, é necessário o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, momento em que se faz um título executivo judicial, ou, possível ainda, a tramitação de uma ação no juízo cível para os fins de reparação (LEITE, 2013).

Trata-se, portanto, de um acordo entre autor e vítima, que é sucedido de homologação judicial, mediante sentença irrecorrível, que terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente (art. 74 da Lei n. 9.099/95). Apesar de ser um acordo cível, o referido instituto produz efeitos na seara penal, tendo em vista que, em se tratando de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologado acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação (art. 74, parágrafo único da Lei n. 9.099/95).

Por sua vez, a transação penal, prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, é um negócio jurídico bilateral, por meio do qual o acusado aceita a se submeter a penas restritivas de direito ou multa, antes mesmo do oferecimento da denúncia, por parte do Ministério Público. Existe, para o réu, o benefício de a transação penal não acarretar consequências negativas quanto à reincidência, a não ser pelo fato de gerar impossibilidade de novo acordo pelo prazo de cinco anos (art. 76, §2º, II, e §6º, da Lei 9.099/95).

Ressalta-se que, diferentemente de acordos como o *plea bargaining* que conduzem a uma sentença condenatória, a transação penal conduz a uma sentença homologatória, ou seja, não define a culpabilidade do sujeito que negociou os termos do acordo com o Ministério Público na presença do juiz. Ademais, a transação é, de forma majoritária, interpretada como um poder-dever do Ministério Público, constituindo verdadeiro direito subjetivo do acusado (CUNHA, 2019). Mirabete (1998, p. 84) esclarece o assunto da seguinte forma:

Decorrente do princípio da oportunidade da propositura da ação, é hipótese de discricionariedade limitada, ou regrada, cabendo ao Ministério Público a atuação discricionária de fazer a proposta, nos casos em que a lei o permite, de exercitar o direito subjetivo de punir do Estado com a aplicação de pena não privativa de liberdade nas infrações penais de menor potencial ofensivo sem denúncia e instauração de processo. Essa discricionariedade é a atribuição pelo ordenamento jurídico de uma margem de escolha ao Ministério Público, que poderá deixar de exigir a prestação jurisdicional para a concretização do *ius puniendi* do Estado. Trata-se de opção válida por estar adequada à legalidade, no denominado espaço de consenso, vinculado à pequena e média criminalidade, e ao espaço de conflito, referente à criminalidade grave.

Por fim, a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95, dispõe que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, em crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, poderá propor a suspensão do processo, por dois a quatro anos, desde que preenchidos os demais requisitos autorizadores do instituto.

Frisa-se que, aceita a proposta, o juiz suspenderá o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a) reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; b) proibição de frequentar determinados lugares; c) proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d) comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

Consiste a suspensão condicional do processo – também denominada *sursis* processual – em negócio jurídico bilateral, inspirado na *probation* anglo-saxônica. Entretanto, como é sabido, na *probation*, o juiz, primeiramente, declara o acusado culpado e, posteriormente, caso haja concordância, suspende a sentença condenatória, submetendo-o a período de prova normalmente de seis meses. Tal desenho não foi adotado no *sursis* processual, tendo em vista que neste o réu aceita apenas a paralisação do processo, o que não implica reconhecimento dos fatos imputados (CUNHA, 2019).

Percebe-se que havia, até o advento do acordo de não-persecução penal, por parte do legislador brasileiro, clara resistência em acordos de admissão de culpa, pois, tanto na transação penal quanto na suspensão condicional do processo, não foi o desenho adotado, apesar de existirem institutos similares em ordenamentos distintos do brasileiro, que optaram pela necessidade da admissão de culpa por parte do acusado.

5 NECESSÁRIOS APROFUNDAMENTOS NA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL

Sem dúvida, a mudança da legislação brasileira para abarcar a possibilidade da justiça penal consensual em hipóteses distintas das previstas na Lei n. 9.099/95 é um avanço no âmbito do processo penal. Assim, o acordo de não-persecução penal chega em bom momento da história brasileira.

Porém, não se pode olvidar que vários pontos do instituto merecem uma análise mais profunda, cabendo ao Congresso Nacional a missão de revisitar o tema caso surjam afrontas à Constituição Federal na aplicação do novel instituto. Da mesma forma, desde já, o tema precisa ser escrutinado e discutido pela academia.

No presente trabalho, são sugeridos três pontos para aperfeiçoamento da regulamentação do Acordo de Não-Persecução. Especificamente: a) a necessidade de revisão sobre a exigência da confissão; b) da importância das intervenções judiciais; c) da necessidade de mecanismos de impugnação.

5.1 DA NECESSIDADE DE REVISÃO SOBRE A EXIGÊNCIA DA CONFISSÃO

Especial atenção deve ser dada à exigência da confissão formal e circunstanciada como requisito sem o qual não é possível firmar o negócio jurídico entre o autor do fato criminoso e o Ministério Público (art. 28-A, caput, Código de Processo Penal).

Com efeito, a exigência da confissão colide com uma das mais importantes garantias previstas na Constituição, qual seja, o direito de permanecer em silêncio (art. 5º, LXIII, Constituição da República). Ressalta-se que o direito de permanecer em silêncio é uma expressão de algo maior, ou seja, o princípio da não autoincriminação, que confere ao preso, entre outras garantias, o direito de não produzir provas contra si mesmo. Veja-se o escólio de Mendes e Branco (2016, p. 620-621):

O direito do preso – a rigor o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não autoincriminação, que outorga

ao preso e ao acusado em geral o direito de não produzir provas contra si mesmo (art. 5º, LXIII).

Tal como anotado pelo Min. Pertence em magnífico voto proferido no HC 78.708, de que foi o relator (DJ de 16-4-1999), “o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em *Miranda vs. Arizona* (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vestusa garantia contra a autoincriminação – *nemo tenetur prodere se ipsum, quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* -, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa de perder atualidade.

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio – as chamadas *Miranda rules* – hão de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: “while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way”.

Obviamente, como toda garantia prevista na constituição, o direito de permanecer em silêncio não é absoluto, sendo que, em determinadas situações, pode haver uma relativização. Entretanto, estabelecer a confissão como um requisito sem o qual não há negócio jurídico constitui verdadeira renúncia ao direito da não autoincriminação. Com efeito, tal requisito afronta a Constituição Federal e desarma o investigado de uma das mais importantes garantias, qual seja, a da defesa pessoal negativa. Nesse sentido, Lopes Júnior (2018, p. 103) afirma:

Quando o imputado submete-se a algum ato destinado a constituir uma prova de cargo, colaborando com a acusação, essa atividade não deve ser considerada como autodefesa positiva, mas sim como renúncia à autodefesa negativa, pois nesse acaso o imputado deixa de exercer seu direito de não colaborar com a atividade investigatória estatal (e a própria acusação em última análise).

Outrossim, como exposto, existia, por parte do legislador brasileiro, uma resistência aos acordos de admissão de culpa, razão pela qual tal modelo não foi incorporado na transação penal e na suspensão condicional do processo.

Dessarte, o melhor caminho para o Acordo de Não-Persecução Penal seria algo semelhante ao que ocorre na *nolo contendere* do *plea bargaining* dos Estados Unidos. Ou seja, o acusado não admite a culpa, mas apenas renuncia ao direito de, naquele momento específico, não resistir à acusação que lhe é feita pelo órgão ministerial.

Observa-se que este modelo permite ao imputado uma maior possibilidade de exercer seus direitos – também constitucionais – do contraditório e da ampla defesa, no caso de descumprimento do acordo e continuidade da persecução criminal em caso de denúncia. Esse foi, exatamente, o caminho adotado na transação penal, conforme explica Andrade: “A transação penal, em verdade, aproxima-se mais do instituto do *nolo contendere*. O autor do fato, mesmo sem reconhecer culpabilidade, admite cumprir

medidas restritivas que conduzirão à extinção da punibilidade e ao arquivamento do caso” (ANDRADE, 2019, p. 166).

Ou seja, a confissão no âmbito do acordo de não-persecução penal é matéria que deve ser revisitada pelo Congresso Nacional, sob pena de lesão à garantia constitucional da não autoincriminação.

5.2 DA IMPORTÂNCIA DAS INTERVENÇÕES JUDICIAIS

Ainda sobre o enfoque das características nacionais, sobretudo a extrema desigualdade brasileira, deve-se ter em mente, ao legislar sobre um instituto de justiça penal consensual, a responsabilidade do magistrado na condução dos acordos, tendo em vista que grande parte das pessoas que serão processadas e julgadas pelo Estado possuem baixas condições financeiras e pouca instrução.

Ressalta-se que, conforme leciona a doutrina nacional, o esperado é quanto maior o desenvolvimento econômico regional, menores são os índices de criminalidade. Rocha *et al.* asseveram (2012, s/p) sobre o assunto:

À medida que um município é considerado desenvolvido, este possui algumas características que proveem à população boa qualidade de vida. Essas características incluem o acesso a um emprego com remuneração digna, educação, saúde lazer e segurança (SOUZA, 2005). Com relação a esta última característica, segurança, esta é considerada fundamental para que os agentes econômicos possam exercer suas funções de forma eficaz; um ambiente inseguro inibe investimentos em capital físico e humano (SHIKIDA, 2005). A partir dessas considerações, espera-se uma relação negativa entre o desenvolvimento socioeconômico e crimes violentos, ou seja, conforme aumenta o desenvolvimento do município e, assim, sua qualidade de vida, é esperado que se diminua o índice de criminalidade, o que também contribui para o aumento do bem-estar da população.

À conclusão parecida chegaram Lemos, Santos Filho e Jorge (2005, s/p) ao falarem que “a desigualdade social influencia a criminalidade contra o patrimônio da maneira prevista, isto é, o contraste entre a abundância e a escassez incentiva a prática do ilícito patrimonial”.

Ou seja, o magistrado é peça fundamental para orientar as pessoas na condução dos Acordos de Não-Persecução Penal, razão pela qual se deve discutir qual o melhor modelo para o instituto, se o juiz deve ter função meramente homologatória do acordo ou se deve participar das negociações em uma audiência designada para a finalidade.

Nos Estados Unidos, existe norma federal com regra expressa de que o magistrado deve orientar os acusados durante as negociações. A esse respeito, Andrade (2019, p. 128) observa:

Apesar das nuances de cada modelo, é certo que o juiz tem um papel relevantíssimo no processo de *plea bargaining*. Nos termo da *Rule 11 (b)(1)* das *Federal Rules of Criminal Procedure*, o magistrado deve dirigir-

se diretamente ao acusado, informando-o sob juramento, acerca de cada imputação que lhe é dirigida e de seus direitos constitucionais: direito de julgamento pelo júri (*right to a trial by jury*), direito a ser assistido por um advogado (*right to a counsel*), direito de produzir provas, direito de confrontar as testemunhas de acusação (*right to confront one's accusers*) e direito contra a autoincriminação forçada (*privilege against compulsory self-incrimination*). Sob pena de nulidade, o réu precisa ser advertido quanto a estes direitos. A ele também deve ser esclarecido que pode ser responsabilizado se eventualmente fizer declarações falsas.

Entretanto, no Código de Processo Penal, foi adotado um modelo em que, primeiramente, ocorre uma reunião entre Ministério Público, investigado e seu defensor (art. 28-A, §3º, Código de Processo Penal) para a formalização do negócio jurídico e redução deste a termo. Posteriormente, é designada uma audiência na qual o juiz deve verificar a voluntariedade por meio de oitiva do investigado bem como homologar o negócio jurídico anteriormente firmado (art. 28-A, §3º, Código de Processo Penal).

Ou seja, existem a prática de dois atos, quais sejam, reunião para tratativas do negócio jurídico e audiência para homologação e verificação da voluntariedade. Questiona-se: por que não poderiam ambos os atos ocorrer em uma única oportunidade?

A realização de dois atos afronta o princípio da eficiência, que deve nortear toda a administração pública (art. 37, caput, Constituição da República).

Para além da eficiência, as tratativas do acordo ocorrerem sem a presença do magistrado é prejudicial ao processo penal, tendo em vista que a realização de reuniões sem a presença do Poder Judiciário pode comprometer a credibilidade das negociações. Por mais que haja reunião posterior para a verificação da voluntariedade, seria mais eficiente e mais digno de credibilidade se as negociações ocorressem na presença do juiz.

Vê-se que a participação do magistrado pode trazer o benefício de esclarecer as vantagens e desvantagens do acordo para o acusado. Outrossim, a participação de mais operadores do direito de forma mais ativa gera o benefício da redução de eventuais abusos que possam ocorrer em salas fechadas de negociação.

5.3 DA NECESSIDADE DE MECANISMOS DE IMPUGNAÇÃO

Por outro lado, não restaram, regulamentados no Código de Processo Penal, eventuais mecanismos de impugnação da decisão judicial que homologa o Acordo de Não-Persecução Penal.

Atento à necessidade de impugnação, o instituto da *plea bargaining* dos Estados Unidos prevê, acertadamente, meios de impugnação do acordo. Nesse sentido, Andrade (2019, p. 133) esclarece:

Há, ademais, a possibilidade de o condenado impugnar o acordo após a imposição da pena pelo juiz. Essa impugnação, seja por apelação (*appeal*) ou por outro meio (*collateral attack*), como o habeas corpus, deve versar sobre uma possível violação de direitos constitucionais

A (IN)ADEQUAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

ocorrida em momento anterior ao *arraignment*, conforme estabelecido na *Rule 11 (e)*.

Dessarte, a possibilidade de impugnação, sobretudo no caso de violação grave de direitos, é necessária e carece de regulamentação do Congresso Nacional, tendo em vista revisar, principalmente, acordos realizados contra a vontade do acusado, em situações em que este foi movido por pressões de ordem psicológica.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Uma vez que o Acordo de Não-Persecução Penal tem a capacidade de mudar, completamente, a dinâmica do processo penal no cenário brasileiro, pois aumenta, consideravelmente, a possibilidade de aplicação da justiça penal consensual em delitos com penas mais alargadas, deve ser analisada com cautela a regulamentação do instituto, recentemente introduzido no ordenamento jurídico pátrio.

Não se pode negar que é um avanço na concepção do processo penal, pois transforma um cenário conflitivo em um cenário consensual e, por que não, dialogal. Ademais, existe uma tendência de os ordenamentos jurídicos de países com democracia mais sólida aderirem a tais institutos consensuais no âmbito do processo penal.

Além disso, é caótica a situação das varas criminais do Brasil, que não suportam mais feitos para o processamento e julgamento, sendo que, em muitas vezes, as ações terminam pela prescrição da pretensão punitiva, seja pelo excesso de autos, seja pela quantidade de recursos disponíveis para a defesa.

Assim, uma direção distinta deve ser tomada no processo penal brasileiro, e o Acordo de Não-Persecução Penal, naturalmente, chega em um bom momento e deve, na sua ideia, ser bem recebido, pois trata de importante instrumento de despenalização, com amplo potencial de proporcionar uma repressão, com velocidade, ao agente infrator e, ao mesmo tempo, uma reparação civil dos danos cometidos por este.

Mas, críticas pontuais ao desenho adotado pelo Congresso Nacional devem ser feitas com o intuito de aperfeiçoar o instituto de justiça consensual. Não se pode conformar com o modelo proposto pela Lei n. 13.964/19, tendo em vista que a atual regulamentação possui deficiências, com a exigência da confissão.

Sem dúvidas, caso os operadores do direito se contentem com a regulamentação atual, corre-se o risco de graves afrontas ocorrerem aos potenciais compromissários do negócio jurídico em discussão. Veja-se, por exemplo, a presença da confissão, que viola um direito fundamental previsto, expressamente, na Constituição.

Portanto, a fim de se evitar que o Estado promova uma justiça penal consensual deficiente, deve tal assunto ser, urgentemente, discutido pela doutrina e aperfeiçoado no âmbito do Congresso Nacional, garantido os benefícios da nova regulamentação do Código de Processo Penal que introduziu um importante instituto e evitando as fragilidades que podem advir de uma má regulamentação.

REFERÊNCIAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. Juizado Especial Criminal: avanços e retrocessos:

transação penal, responsável civil, recursos e ações constitucionais. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 753, p. 441-470, jul. 1998.

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça penal consensual**. Salvador: Juspodivm, 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm.

BRASIL. **Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília, 27 de setembro de 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm.

CARPENA, Márcio Louzada. Os poderes do juiz no Common Law. **Revista de Processo**, São Paulo, n. 180, p. 195-220, fev. 2010.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte geral (arts. 1º ao 120)**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de admissão de culpa no processo penal**. Salvador: Juspodivm, 2019.

HILL, Flávia Pereira. Plea bargaining: uma incursão no sistema processual penal norte-americano. *In*: PINHO, Humberto Dalla Bernardina de *et al.* **Temas contemporâneos de direito processual**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 489-541.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça consensual e efetividade do processo penal**. Belo Horizonte: Del Rey Editora, 2013.

LEMONS, Alan Alexander Mendes; SANTOS FILHO, Eurílio Pereira; JORGE, Marco Antonio. Um modelo para análise socioeconômica da criminalidade no município de Aracaju. **Est. Econ.**, São Paulo, v. 35, n. 3, p. 569-594, jul./set. 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal**. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

A (IN)ADEQUAÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DO ACORDO DE
NÃO-PERSECUÇÃO PENAL NO DIREITO BRASILEIRO

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Juizados especiais criminais**: comentários, jurisprudência, legislação. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1998.

OLIVEIRA, Rafael Serra. **Consenso no processo penal**: uma alternativa para a crise do sistema criminal. São Paulo: Almedina, 2015.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. Plea bargaining e seus contornos jurídicos: desafios estrangeiros para o Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 155, p. 229-264, maio 2019.