Orzari e Castro: Sobre o acordo de não persecução penal

A Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019, propagandeada como Pacote Anticrime, trouxe profundas alterações ao processo penal brasileiro, entre as quais a previsão do acordo de não persecução penal (ANPP), que livra o investigado do processo e da prisão em uma ampla gama de crimes (aqueles, segundo a lei, com pena mínima inferior a quatro anos, sem violência ou grave ameaça), caso ele confesse que cometeu o crime. Então, podem ser negociadas a reparação do dano à vítima, a perda dos proveitos do crime, a prestação de serviço à comunidade, a prestação pecuniária a entidade pública ou de [illegible]ões.

Mesmo não sendo o autor do fato criminoso, o investigado pode ser convencido a confessar, pois, diferentemente do que ocorre em um contrato, negocia com uma parte — o Estado-acusação — dotada de alto poderio intimidatório, haja vista a coercibilidade do processo e da pena de prisão. Encontra-se em uma situação de vulnerabilidade em que a sua legítima vontade pode ser desvirtuada, pois sua liberdade, e muitos anos de pressões internas e externas do processo (danos psicológicos, físicos, familiares, reputacionais, profissionais, econômicos etc.), estão em jogo.

As negociações em casos criminais são largamente presentes na Justiça norte-americana, destacando-se que os acordos que levam à aplicação da pena a partir da confissão — os *guilty pleas* —, que respondem por 90 % dos casos de imposição de pena. Tais negociações se inserem em um sistema cultural e normativo estruturado para a resolução de disputas entre partes opostas (sistema adversarial), enquanto no Brasil o sistema de Justiça criminal se inicia e se estrutura a partir da investigação oficial carreada por órgãos estatais, em tese imparciais, para, posteriormente, buscar se aproximar à reconstituição da verdade dos fatos perante o órgão judicial (sistema inquisitorial).

A despeito das complexas discussões sobre a influência do sistema norte-americano sobre outros países e de como se dá a tradução e internalização dos institutos, o Brasil tem figuras legais em que a concordância do acusado é determinante desde a Lei nº 8.072/90, e outras da década de 1990, como a colaboração premiada (hoje consolidada na Lei nº 12.850/13), e a Lei dos Juizados Especiais, a Lei nº 9.099/1995, com a transação e a suspensão condicional do processo. A partir da vigência da Lei nº 13.964/19, soma-se o acordo de não persecução penal.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Pela letra da lei, o acordo de não persecução pode ser proposto pelo Ministério Público se não for o caso de arquivamento da investigação (inquérito policial ou outro procedimento), que ocorre quando o crime é inexistente ou não há indícios da sua autoria. Em outras palavras, o acordo só tem cabimento em substituição a uma acusação formal fundamentada em elementos probatórios convincentes para início de uma ação penal.

A ação penal, todavia, segue o procedimento legal, que, logo no início, tem a importante fase na qual o juiz avalia a seriedade, a coerência, a plausibilidade e o suporte probatório que lastreia a acusação, devendo rejeitá-la se não vislumbrar justa causa para o prosseguimento. Ademais, a ação penal passa por no mínimo duas instâncias jurisdicionais para a imposição de qualquer tipo de pena, sendo que mesmo assim são frequentes as alterações nos tribunais superiores; em suma, na ação penal há controle judicial e possibilidade de correção quanto ao mérito do caso.

No acordo, por sua vez, como controlar se é caso de arquivamento da investigação ou de celebração do acordo? Indagado de outra maneira, quem controla se o Ministério Público, mesmo sem intenção, ao invés de promover o arquivamento diante da falta de provas sobre o crime ou autoria, celebra o acordo com o investigado confesso (seja a confissão por razões íntimas, por não querer se submeter a um longo e imprevisível processo, ou mesmo correr o risco de prisão em condições desumanas)?

A lei é silente quanto à verificação de lastro probatório mínimo para a proposta de acordo, tal qual se exige para a acusação. Preceitua o texto legal tão somente que o juiz deve homologar o acordo se atestar a voluntariedade do investigado em celebrá-lo e a proporcionalidade das condições negociadas.

A lei supõe equivocadamente que investigado e Ministério Público estão em posições simétricas de negociação e considera erroneamente que o sistema brasileiro de Justiça criminal é semelhante ao norte-americano, a despeito das diferenças constitucionais e culturais.

Embora no papel possa estar presente a voluntariedade, a celebração do acordo não pode inibir o controle judicial acerca da existência, ou não, de fundamento investigativo mínimo para o acordo, equivalente ao do oferecimento de uma acusação formal. Todo ato estatal que imponha gravames ao particular deve ser fundamentado e passível de revisão, não sendo viável considerar a confissão algo absoluto.

Ademais, a questão é binária: verificando-se a existência do crime e indícios de autoria, segundo a compreensão do Ministério Público, pode este órgão oferecer a denúncia *ou* propor o acordo e, em ambos os casos, deve haver controle judicial. Não bastasse a inafastabilidade do Judiciário — ou acesso à Justiça — ser um direito fundamental do indivíduo assegurado na Constituição, as duas situações têm os mesmos pressupostos objetivos: materialidade do crime e indícios de autoria, consubstanciados em elementos minimamente aptos a conferirem plausibilidade para uma acusação, ou para um acordo. Não há por que se subtrair a análise judicial de tais pressupostos, sobretudo se for considerado que o investigado, com o acordo, sofrerá de imediato restrições de direitos sem as imparciais decisões judiciais do processo.

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

Quanto ao entendimento jurisprudencial sobre institutos da transação e da suspensão condicional do processo, considera-se cabível o controle judicial da fundamentação da acusação na suspensão condicional do processo, pois, nesta, primeiramente há uma denúncia oferecida e a resposta do investigado, o que consubstancia o contraditório e o necessário controle judicial da acusação. Apenas depois de o juiz avaliar a viabilidade da ação, negocia-se a suspensão.

Já no que tange à transação, por ser celebrada antes do oferecimento da denúncia, o entendimento predominante é o de que, uma vez realizado o acordo, com a imposição de prestações e restrições de direitos, não cabe a avaliação e controle judicial sobre a justa causa ou viabilidade de uma eventual ação penal.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 176.785-DF (decisão unânime, relator Ministro Gilmar Mendes), **inovou e superou o entendimento mencionado**. Ao se referir à transação penal, consignou o ministro relator que *"resta evidente que acordos penais precisam ser submetidos à homologação judicial. E, conforme aqui já exposto, tal controle não pode ser meramente formal e mecânico, ao passo que a imposição de uma pena pelo Estado, ainda que consentida pelo imputado, deve ocorrer de modo legítimo e em conformidade com os direitos fundamentais"*. Acrescentou que *"o julgador precisa realizar controle sobre a legitimidade da persecução penal, de modo que casos de manifesta atipicidade da conduta narrada, extinção da punibilidade do imputado ou evidente inviabilidade da denúncia por ausência de justa causa acarretem a não homologação da proposta"*.

Por fim, asseverou que *"diante dos riscos inerentes à Justiça criminal negocial, o consentimento do imputado, ainda que assistido por defensor técnico, não pode ser supervalorizado a ponto de afastar qualquer necessidade de controle judicial. Mesmo com o aceite da defesa, o Judiciário precisa controlar e limitar o exercício do poder punitivo estatal para que, somente assim, a pena eventualmente imposta possa ser considerada legítima"*.

Tal raciocínio se aplica perfeitamente ao acordo de não persecução penal, que pode ser celebrado a qualquer momento, principalmente antes do oferecimento da denúncia, já que o seu escopo é evitar o processo.

Assim, o dispositivo legal que estabelece que o juiz deve avaliar a voluntariedade e a legalidade para homologar o acordo (artigo 28-A, § 4º, do CPP, com redação da Lei nº 13.964/19) deve ser lido como dever de avaliar a justa causa para o acordo, consistente em fundamentação probatória mínima para a sua viabilidade, além de não ser o caso de atipicidade da conduta ou da presença de causa de extinção da punibilidade, o que tornaria o acordo ilegal.

Considerando que a lei é expressa em dispor que o acordo se dará *"não sendo caso de arquivamento"* da investigação, caso não seja realizada judicialmente a análise da presença de justa causa e mesmo assim for celebrado o acordo, poderá haver impugnação por meio de Habeas Corpus, afinal cabe ao Judiciário controlar toda e qualquer restrição à liberdade que não tenha embasamento na estrita legalidade.

Date Created
06/06/2020

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.