

**QUAL O LUGAR DA VERDADE NO PALCO DO ACORDO DE
NÃO-PERSECUÇÃO PENAL?**

*WHERE DOES THE TRUTH PLACE ON THE STAGE OF THE
CRIMINAL NON-PROSECUTION AGREEMENT?*

Gabriel Marson Junqueira

Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, pós-graduação lato sensu em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo e mestrado - reconhecido pela UFMG - em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Coimbra. Membro do Ministério Público do Estado de São Paulo.

RESUMO

O presente artigo procura responder a seguinte questão: o legislador, ao regular o instituto do acordo de não persecução penal, preocupou-se em que medida com a verdade, ou seja, com a punição apenas por fatos criminosos efetivamente praticados pelo investigado? Após análise sobre os fins do processo penal, sobre diversas concepções de verdade, além de breve menção aos requisitos legais para celebração do acordo de não persecução penal, conclui-se que o regime jurídico do instituto é ainda compatível com o fim do processo penal de busca da verdade material. Embora haja um “défice de verdade”, isto é, embora o legislador tenha privilegiado o célere restabelecimento da paz jurídica, procurou também salvar o máximo possível de conteúdo da busca da verdade material.

Keywords: Purposes of criminal proceedings – Search for material truth – Consensual criminal justice – Criminal non-prosecution agreement.

ABSTRACT

This article seeks to answer the following question: the legislator, when regulating the institute of the criminal non-prosecution agreement, was concerned to what extent with the truth, that is, with punishment only for criminal facts actually practiced by the investigated? After an analysis of the purposes of the criminal procedure, of various conceptions of truth, in addition to a brief mention of the legal requirements for signing the criminal non-prosecution agreement, it is concluded that the legal regime of the institute is still compatible with the end of the criminal procedure of search for material truth. Although there is a “deficit of truth”, that is, although the legislator has privileged the speedy re-establishment of legal peace, he has also sought to save as much content as possible from the search for material truth.

Palavras-chave: Finalidades do processo penal – Busca da verdade material – Justiça penal consensual – Acordo de não persecução penal.

SUMÁRIO

1. Introdução – 2. Finalidades do processo penal – 3. Concepções de verdade – 4. Notas sobre o acordo de não persecução penal – 5. A verdade e o acordo de não persecução penal – 6. Conclusão. Referências bibliográficas.

1 INTRODUÇÃO

Por meio da Lei nº 13.964/19, também conhecida como Lei Anticrime, o legislador brasileiro incluiu no CPP o art. 28-A. Desse modo, regulou o instituto do acordo de não persecução penal, antes previsto apenas na Resolução nº 181/17, do CNMP, cuja constitucionalidade, no ponto, era questionável.

Numa primeira aproximação ao instituto, talvez possamos dizer que constitua ajuste firmado, em princípio ao final da fase investigatória, entre Ministério Público e investigado, assistido por seu defensor, por meio do qual o investigado reconhece a responsabilidade pelo fato, abre mão de se defender provando e de ter o mérito da pretensão punitiva analisado profundamente por um juiz, para receber, desde logo, uma pena atenuada e não privativa de liberdade. Neste breve artigo, pretendemos analisar que papel foi reservado para a verdade no âmbito do acordo de não persecução penal. Isto é, a questão que nos move é principalmente a seguinte: o legislador, ao regular o instituto – baseado no consenso e cuja aplicação deve ocorrer, em princípio, ainda antes da fase judicial –, preocupou-se em que medida com a punição apenas por fatos criminosos efetivamente praticados pelo investigado?

Com a expectativa de alcançar nosso objetivo, iremos, primeiramente, averiguar quais são as finalidades do processo penal. Com isso, pretendemos situar melhor o papel desempenhado pela verdade no processo penal em geral – se é que possui algum. Em seguida, brevemente, iremos verificar algumas concepções de verdade – *v.g.*, verdade material, verdade formal, verdade consensual. Isso será feito com o propósito de chegar a uma conclusão quanto a qual seria a noção de verdade que, se o caso, precisa ser perseguida no curso do processo. Na sequência, analisaremos, mui rapidamente, a regulação legal do acordo de não persecução penal e os requisitos para sua aplicação. Por fim, faremos uma análise crítica daqueles requisitos que podem externar alguma preocupação com a verdade, na ânsia, inclusive, de compreender qual concepção de verdade teria sido privilegiada.

A pesquisa, a nosso ver, justifica-se porque há quem diga, na literatura jurídica pátria, que a justiça penal consensual, de um modo geral, renuncia completamente à preocupação com a verdade. Gustavo Henrique Badaró, *v.g.*, afirma que o processo penal consensual “é um exemplo de modelo processual que, ideologicamente, não tem na verdade um escopo a ser seguido” (2017, p. 388). Na mesma linha, para Geraldo Prado (2001, p. 250), nos espaços do processo penal cedidos ao consenso, a busca da verdade é “substituída” pelo consenso entre as partes. Ocorre que, na literatura jurídica estrangeira, não raro são encontradas lições um tanto

diferentes, afirmando-se que a regulação do acordo no processo penal pode ainda ser compatível com a busca da verdade *material* (SANTOS, 2020, p. 219).

Daí a importância de sopesar os argumentos invocados de parte a parte, mas principalmente de analisar com cuidado o teor do nosso art. 28-A do CPP. Em nosso sentir, o art. 28-A revela alguma consideração pela verdade, sobretudo quando explicita que o acordo de não persecução penal não é cabível se for hipótese de arquivamento, bem assim quando exige, para sua celebração, confissão formal e *circunstanciada* do investigado. Parece-nos que a questão mais delicada seja saber qual o grau de consideração. De qualquer modo, aqui já fazemos adiantamento porventura indevido de ponderações que serão melhor deduzidas à frente.

2 FINALIDADES DO PROCESSO PENAL

Como bem lembra Cláudia Cruz Santos (2020, p. 18), “nenhum processo pode ser compreendido sem a compreensão do seu fim – ou dos seus fins”. Com efeito, o vocábulo “processo”, por si só, já remete a um conjunto de atos concatenados, ou seja, a uma marcha em direção a certo fim (SANTOS, 2020, p. 18). Resta saber qual ou quais seriam esses fins.

De acordo com Aury Lopes Júnior, definitivamente, a busca da verdade não estaria entre os fins do processo penal. Logo, para ele, a questão que se coloca neste artigo, nos termos em que colocada, nem teria cabimento – o que, a nosso ver, revela até um déficit garantista do seu posicionamento. De acordo com referido autor, a prova no processo penal tem função meramente persuasiva. Seu propósito, diz ele, é “avalizar a narrativa de um dos personagens do diálogo, tornando-a idônea para ser assumida como própria por outro personagem, o juiz” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 570). A verdade não poderia ser aceita nem como horizonte utópico (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 575). Por fim, ressalta que a sentença não deve sequer ter a pretensão de estar em sintonia com a realidade histórica. Não passaria de um “ato de convencimento”. E arremata: “se isso [leia-se: o convencimento do juiz] coincidir com a “verdade”, muito bem. Importa é considerar que a “verdade” é contingencial, e não fundante” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 575).

A nosso ver, não é possível concordar com esse modo de ver as coisas. Talvez uma visão como essa faça algum sentido num ordenamento jurídico em que o juiz não possui qualquer poder instrutório, ou seja, num processo adversarial, acusatório puro, ou extremado, como o norte-americano. Num processo penal como o brasileiro, que possui proximidade maior

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

com o modelo europeu-continental (acusatório-misto) em razão da indisponibilidade da ação penal (art. 42 do CPP), dos poderes instrutórios concedidos ao juiz, ainda que supletivos (ver, por exemplo, arts. 156 e 212, parágrafo único, do CPP), do princípio do impulso oficial (art. 251 do CPP) e, ainda, da forma como foi disciplinado o instituto da *mutatio libelli* (art. 384 do CPP), a verdade só pode estar entre os fins do processo penal.

Creemos, independentemente do modo como a questão foi regulada pelo legislador pátrio, que a verdade deva mesmo estar entre os fins do processo penal. A verdade legitima a atividade jurisdicional. Não se pode considerar justa uma sentença cujo conteúdo foi definido com base na sorte. “Justiça e verdade são, portanto, noções complementares” (BADARÓ, 2017, p. 386). Ou, como prefere Rosimeire Ventura Leite, “formam um todo inseparável” (2013, p. 36).

Não convence a tese de que o sistema acusatório, consagrado pela Constituição Federal (art. 129, I), seria incompatível com a previsão de poderes instrutórios para o juiz. Como leciona Gustavo Henrique Badaró, o fundamental, no processo acusatório, é que as partes tenham direito à prova e que o juiz não acuse, apenas julgue. “Todavia, se este juiz [também] terá ou não poderes instrutórios é algo que não diz respeito à essência do sistema” (BADARÓ, 2017, p. 100-101). O autor ainda esclarece que o juiz não tem sua imparcialidade comprometida pelo fato de possuir poderes instrutórios, a menos que ele se converta num “buscador” de fontes de prova. Em princípio, o fato de o juiz ter poderes instrutórios revela, apenas, a adoção de um modelo que se preocupa mais com a reconstrução dos fatos (BADARÓ, 2017, p. 100).

Assim, expostas as razões para a não adesão nossa ao posicionamento de Aury Lopes Júnior, resta saber quais seriam, a nosso ver, os fins do processo penal. Já deixamos antever que, de acordo com o ordenamento pátrio, a busca da verdade material deve estar entre eles, no que acompanhamos os países da Europa continental (ARMENTA DEU, 2012, p. 135). Com efeito, duas das marcas do processo penal no modelo europeu-continental são a existência de poderes instrutórios do juiz, ainda que supletivos, e a indisponibilidade do objeto do processo (OLIVEIRA, 2021, p. 315). Mas, reconhecemos, a nossa posição ainda demanda maiores desenvolvimentos.

A partir do momento em que o Estado proibiu a vingança privada, nasceu para ele, “como o reverso da mesma moeda”, a obrigação de proteger seus cidadãos (direito penal). Nasceu, igualmente, o dever de criar normas que lhe possibilitem investigar e condenar o criminoso e, com a solução definitiva do caso penal, restaurar a paz social (direito processual penal) (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58). Aliás, no antigo direito germânico, o crime

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

(*Verbrechen*) era visto como uma forma de quebrar (*brechen*) a paz comunitária (TOLEDO, 1994, p. 217). Desse modo, como dizem Roxin e Schünemann, “é certo que o processo serve, em primeiro lugar, à imposição do direito material” (2019, p. 63-64).

Nem poderia ser diferente, pois o direito penal não possui coerção direta, ou seja, diferentemente do que se passa com o direito privado, o direito penal praticamente “não tem atuação nem realidade concreta fora do processo correspondente” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 75). Não obstante, no curso do processo concreto, não há certeza ainda sobre a responsabilidade do acusado. Ademais, desde um ponto de vista normativo, vige a presunção de inocência. Isso tudo, aliado ao risco que o processo penal representa para a liberdade do réu, impõe a necessidade de limitar os poderes de intervenção dos responsáveis pela persecução penal (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58-64). Vale dizer, impõe a necessidade de proteger os direitos fundamentais da pessoa acusada ou investigada.

Como se pode notar, o processo penal não persegue um único fim. Deve, a um só tempo, preocupar-se (i) com a imposição do direito penal, de uma forma que corresponda ao fato verdadeiramente praticado (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 58), (ii) com a proteção dos direitos fundamentais do acusado perante o Estado e (iii) com o restabelecimento da paz jurídica, que foi posta em causa com a prática do crime (ANTUNES, 2016, p. 14).

Além de o processo penal não perseguir um único fim, o que por si só já representaria uma dificuldade para o legislador e para o intérprete, os fins são ainda conflitantes, antinômicos. A necessidade de proteger direitos fundamentais do investigado pode se contrapor à descoberta da verdade. A descoberta da verdade, do mesmo modo, pode encontrar óbice no instituto da coisa julgada, que se prende com o restabelecimento da paz jurídica. Dessa conflituosidade resulta a necessidade de encontrar soluções de “concordância prática”, as quais, “precisamente por o serem, nem sempre permitem que se cumpra de forma plena, exaustiva, qualquer uma das finalidades” (SANTOS, 2020, p. 18). Nas palavras de Figueiredo Dias, a superação da impossibilidade de harmonização completa dos fins do processo penal passa por “operar a *concordância prática* das finalidades em conflito; de modo a que de cada uma se salve, em cada situação, o máximo de conteúdo possível, otimizando os ganhos e minimizando as perdas axiológicas e funcionais”, desde que não se ultrapasse o limite da dignidade da pessoa humana (1987, p. 13).

Não concordamos, portanto, com a visão – reducionista? – de Aury Lopes Júnior, para quem “o objeto primordial da tutela no processo penal é a liberdade processual do imputado” (2013, p. 64). Embora o autor reconheça, num primeiro momento, “o caráter instrumental do

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

processo penal com relação ao Direito Penal e à pena” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 76), ao final, ao definir o “conteúdo” dessa instrumentalidade, afirma: “concluímos que a instrumentalidade do processo penal é o fundamento de sua existência, mas com uma especial característica: é um instrumento de proteção dos direitos e garantias individuais” (LOPES JÚNIOR, 2013, p. 81).

Por acaso se afigura razoável que os relevantes fins do direito penal, que é desprovido de coerção direta, sejam praticamente ignorados pelo processo penal, ou colocados – para dizer o mínimo – em segundo plano? O fabricante de pneus, claro, tem muitas preocupações quanto às qualidades do seu produto: durabilidade, segurança, descarte futuro etc. No entanto, um pneu que não tenha o propósito de viabilizar o movimento do veículo sequer seria digno desse nome. O autor, ao colocar toda a ênfase na proteção de direitos fundamentais do acusado, sugere uma facilidade, na solução da conflituosidade – ou ele chega a negá-la? – dos fins do processo penal, que não existe, nem poderia, mesmo, existir.

Hodiernamente, há quem insira, entre as finalidades do processo penal, a satisfação dos interesses da vítima. Assim, o processo penal deveria procurar satisfazer os interesses da sociedade, do imputado e da vítima (LEITE, 2013, p. 05 e 257). Contudo, a nosso ver, a inclusão da satisfação dos interesses da vítima entre os fins do processo penal ainda exige maiores reflexões. Em princípio, tendemos a concordar com Roxin e Schünemann, para os quais a proteção da vítima apenas pode ser um “fim secundário” do processo penal, não podendo, de nenhuma maneira, afetar os legítimos interesses de defesa do acusado (2019, p. 62).

Feitas essas breves ponderações, ou seja, bem compreendido o papel reservado à verdade no processo penal, sentimos agora a necessidade de esclarecer que verdade seria essa. Verdade material, verdade formal, verdade consensual e verdade processual. São muitas as noções de verdade referidas pela literatura jurídica. Ainda que a traço bem grosso, a seguir, pretendemos explicar essas concepções de verdade, a fim de chegar a uma conclusão quanto a qual seria a verdade que deve ser buscada no processo penal sem prejuízo, evidentemente, dos demais fins do processo e da necessidade de obter uma “concordância prática” entre eles.

3 CONCEPÇÕES DE VERDADE

Como esclarece Rosimeire Ventura Leite, existem várias concepções de verdade. Duas delas, no entanto, interessam mais de perto para o objeto deste estudo. De acordo com a teoria da correspondência, a verdade é alcançada quando se tem correspondência entre uma

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

proposição e a realidade (2013, p. 35-36). Já para a perspectiva do consenso, uma proposição é verdadeira quando produz um consenso fundado (2013, p. 36).

A verdade perseguida no processo penal, em princípio, é a verdade como correspondência. Explica Gustavo Henrique Badaró que “a verdade [...] traduz-se em um valor que legitima a atividade jurisdicional, não se podendo considerar justa uma sentença que não tenha sido precedida de um processo estruturado segundo regras que possibilitem uma correta verificação dos fatos” (2017, p. 386). Um pouco à frente, o autor é ainda mais enfático, quanto à adoção do conceito de verdade como correspondência. Diz ele: “a realidade externa existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina a verdade ou a falsidade dos enunciados, no caso, da imputação feita no processo penal” (2017, p. 387).

De fato, num ordenamento jurídico como o brasileiro, eventual acolhimento da perspectiva do consenso seria paradoxal. Se a culpa é pressuposto irrenunciável da pena criminal, ela deve ser efetivamente demonstrada no processo penal (SANTOS, 2020, p. 79). O processo penal deve estar em sintonia com o direito penal, e vice-versa. Eles estão ou devem estar em relação de mútua complementariedade funcional (ANTUNES, 2016, p. 08). É por isso, aliás, que dispositivos como os incisos II e III do art. 374 do CPC não encontram paralelo no processo penal. Isto é, demonstrações presumidas de fatos não podem ser admitidas.

Como já se vê, não vemos razão para abandonar a distinção entre a verdade material, perseguida no processo penal, e a verdade formal, própria do processo civil. Não que o processo civil não se preocupe com a verdade. O que muda é a intensidade do esforço empregado para se alcançar a verdade, que é maior no processo penal (BETTIOL, 1974, p. 280). Como, em regra, no processo civil estão em jogo interesses privados e como, no direito civil, vige a autonomia da vontade, dispositivos como os arts. 355, II, 374, II e III, 487, III, “a”, e 487, III, “c”, todos do CPC, não nos causam espécie. No processo penal, como o objeto não é disponível, situações equivalentes não podem ser solucionadas da mesma forma (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 170-172). Por isso, Figueiredo Dias já se referiu à verdade material como “uma verdade subtraída à influência que, por meio de seu comportamento processual, a acusação ou a defesa possam exercer sobre ela” (1974, p. 61).

Ao contrário do que muitas vezes se supõe, do que vai no texto não decorrem apenas consequências favoráveis à acusação. O valor relativo da confissão (art. 197 do CPP), por exemplo, é corolário da indisponibilidade do objeto do processo penal (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 170). De qualquer modo, Bettiol já advertia que “a contraposição entre verdade legal ou formal e verdade substancial não deve [...] ser exasperada a ponto de se

ver nela uma rotura [...]. Deve apenas ser considerada como um critério tendencial” (1974, p. 281).

Do mesmo modo, não vemos razão para abandonar o conceito de verdade material em favor de uma verdade dita “processual”. Não compreendemos as tentativas – ver, *v.g.*, Aury Lopes Júnior (2013, p. 566) – de conectar a verdade material, ou substancial, a uma busca da verdade a qualquer custo e sem qualquer limite. Faz muitas décadas que se explica que a verdade material, “não sendo “absoluta” ou “ontológica”, há de ser, antes de tudo, uma verdade judicial, prática e, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer custo, mas processualmente válida” (DIAS, 1974, p. 61).

Deveras, há limites à elucidação do fato. A verdade material não pode mesmo ser buscada a qualquer custo, desde logo porque existem outras finalidades igualmente importantes para o processo penal, como a proteção de direitos fundamentais do acusado. Quando se usa a expressão “verdade material”, deseja-se apenas contrapô-la à “verdade formal”, suscetível a influências do comportamento processual das partes, normalmente admitida no processo civil e no processo penal anglo-saxônico (SANTOS, 2020, p. 43). Assim – corretamente, apenas! – vista a verdade material, ou substancial, não enxergamos qualquer diferença entre ela e a “verdade processual”, defendida, por exemplo, por Aury Lopes Júnior (2013, p. 568) e por Rosimeire Ventura Leite (2013, p. 38).

Aqui chegados, já compreendemos quais são os fins do processo penal e como a busca da verdade se posiciona entre eles. Outrossim, já compreendemos de que verdade estamos falando, ao estudar as finalidades do processo penal. Entretanto, antes de enfrentar mais diretamente a questão que nos move neste trabalho, ainda precisamos fazer algumas considerações sobre a justiça penal consensual, principalmente sobre o acordo de não persecução penal. A nosso ver, só assim teremos condições de verificar, com segurança, que consideração o instituto disciplinado no art. 28-A do CPP teve pela verdade.

4 NOTAS SOBRE O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal vem sendo observada em todos os cantos. Segundo Bernd Schünemann (2013, p. 255), uma das marcas, hoje, da evolução global do processo penal é a “abolição da audiência de instrução e julgamento, pública e oral, enquanto centro decisório, a qual constituiu durante os últimos 200 anos o fundamento único

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

para a imposição de uma sanção penal”. Em sentido próximo, já se afirmou que “o processo de julgamento completo está em declínio em todos os lugares” (DAMASKA, 2010, p. 82).

Por diversas razões, mas sobretudo por conta do aumento considerável do número de tipos penais previstos na legislação, do crescimento exponencial da criminalidade nas últimas décadas e dos assim chamados “processos-monstros”, a justiça criminal está sobrecarregada (SCHÜNEMANN, 2013, p. 256). Daí, então, o surgimento de novas vias, de caráter principalmente processual, para aumentar a capacidade de funcionamento da justiça penal. Dentre essas vias, duas parecem merecer destaque, a saber: a) a ampliação dos espaços de consenso; e b) a previsão de procedimentos especiais, que suprimem algumas fases do rito ordinariamente observado, quer por ter havido prisão em flagrante, quer por ter havido confissão, quer, ainda, pelo fato de a prova a ser produzida em juízo ser menos complexa (LEITE, 2013, p. 61). Crê-se que, como os tipos penais são muito variados, com exigências típicas completamente diferentes, não faz sentido submeter todos os casos a um mesmo procedimento.

Em verdade, como dito acima, as *principais* vias encontradas para melhoria da capacidade de funcionamento da justiça criminal são processuais. Mas, em outros países, alternativas ligadas ao direito material não têm sido ignoradas. A título de exemplo, em Portugal o legislador optou por substituir parte do direito penal – aquela relativa às contravenções penais – por um direito administrativo sancionador, mais célere (VASCONCELLOS, 2020, p. 58-59).

No Brasil, contudo, as apostas têm se concentrado na justiça consensual – o que aparentemente se mantém com o PLS 156/09 (Projeto de Novo Código de Processo Penal). Nessa trilha, recentemente, a Lei Anticrime inseriu no CPP um art. 28-A, regulamentando, desse modo, o instituto do acordo de não persecução penal. Trata-se de mais um mecanismo de justiça penal consensual, ao lado da composição civil de danos, da transação penal, da suspensão condicional do processo e do acordo de colaboração premiada.

Como se pode notar, cremos ser possível inserir o acordo de colaboração premiada ao lado dos demais institutos de justiça penal consensual; do acordo de não persecução penal, inclusive. Todos, de fato, baseiam-se no consenso. Isso, no entanto, não esconde uma diferença importante entre, por um lado, o acordo de colaboração premiada e, por outro, os demais institutos da justiça penal consensual. Parece-nos que esse último grupo radique na crença de que, por vezes, o interesse na persecução penal possa ser satisfeito de outra maneira, isto é, sem o processo penal. Já no caso de acordo de colaboração premiada, admite-se que, em algumas

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

situações, ao interesse na persecução penal do colaborador sejam opostos interesses estatais considerados prioritários (ROXIN; SCHÜNEMANN, 2019, p. 160 e ss.).

Seja como for, temos um instrumento novo na panóplia da justiça penal consensual brasileira: o acordo de não persecução penal. Em nosso sentir, é possível conceituá-lo como um ajuste, firmado, em princípio, ao final da fase investigatória, entre Ministério Público e investigado, assistido por seu defensor, por meio do qual o investigado reconhece a responsabilidade pelo fato, abre mão de se defender provando e de ter o mérito da pretensão punitiva analisado profundamente por um juiz, para receber, desde logo, uma pena atenuada e não privativa de liberdade. Firmado e homologado o acordo, cumpridas, na sequência, as condições pactuadas, o juiz deve declarar extinta a punibilidade (art. 28-A, § 13, do CPP).

Os requisitos não formais para a celebração do acordo, ou para a feitura de proposta pelo Ministério Público, encontram-se no art. 28-A, “caput” e § 2º, do CPP. São eles, grosso modo: a) não ser caso de arquivamento; b) confissão formal e circunstanciada do investigado; c) prática de infração penal sem violência ou grave ameaça; d) pena mínima cominada inferior a quatro anos; e) suficiência do acordo para o atingimento dos fins da pena; f) não cabimento de transação penal; g) condições pessoais favoráveis do investigado; h) não ter sido o investigado, nos cinco anos anteriores, beneficiado com transação penal, suspensão condicional do processo, ou acordo de não persecução penal; e i) não se cuidar de crime praticado no contexto de violência doméstica ou familiar.

Pois bem. Bem entendidos o contexto do acordo de não persecução penal, seu conceito e seus requisitos, temos agora, segundo cremos, terreno seguro para encarar o problema proposto no início.

5 A VERDADE E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Como já afirmado, há lições doutrinárias no sentido de que, no âmbito do processo penal consensual, a verdade não seria um escopo a ser seguido (BADARÓ, 2017, p. 388). Não nos parece, entretanto, correta essa afirmação. A depender da conformação dada à justiça penal consensual pelo legislador, o que é possível dizer é que há um abandono da verdade como correspondência, adotando-se a perspectiva do consenso, segundo a qual uma proposição é verdadeira quando produz um consenso fundado. Isso, contudo, é claramente diferente de dizer que a verdade deixou de ser um alvo a ser perseguido no processo penal. Em vez disso, estamos a falar de mudança de critério para aferição da verdade ou não de uma proposição.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

Não por outro motivo, já se disse na literatura jurídica nacional que, com a Lei nº 9.099/95, que criou e regulou os institutos da composição civil de danos, da transação penal e da suspensão condicional do processo, ao lado do clássico princípio da verdade material, agora se tinha de admitir também uma “verdade *consensuada*” (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 43-44). Aliás, embora essa lição doutrinária, especificamente, seja muitas vezes mencionada, peca-se, quase que invariavelmente, por esquecer que ela está intimamente conectada a uma outra, dos mesmos autores. Para eles, por força do art. 69 da Lei nº 9.099/95, existiria um direito subjetivo do autor do fato a não ser investigado pela autoridade policial se preferir a transação penal (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 109-110).

Ora, se nem mesmo investigação propriamente dita pode ocorrer, faz sentido, para referidos autores, que a transação penal pressuponha uma substituição da verdade material pela verdade “consensuada”. Na mesma linha de raciocínio, se nem investigação pode ser levada a efeito, não deve o Ministério Público, antes da proposta de transação penal, verificar a efetiva presença de justa causa, mas apenas a tipicidade formal ou a ocorrência de prescrição (GRINOVER; GOMES FILHO; FERNANDES; GOMES, 1999, p. 139).

Ocorre que nada disso se aplica ao regime do acordo de não persecução penal. Em primeiro lugar, não há no regime jurídico do acordo de não persecução penal um dispositivo equivalente ao art. 69 da Lei nº 9.099/95, razão pela qual, inclusive, deixamos de analisar o acerto da interpretação segundo a qual daí decorre um direito a não ser investigado. Em segundo, porque, a nosso ver, o primeiro requisito do acordo de não persecução penal (“não ser caso de arquivamento”) só pode ser entendido como exigência de justa causa para celebração do ajuste – isto é, de probabilidade de condenação, ou de suspeita suficiente (*hinreichender Verdacht*), como preferem os alemães. Dito de outro modo, o arquivamento por falta de justa causa tem preferência sobre a proposta de acordo de não persecução penal. E, em terceiro, porque se o acordo de não persecução se satisfizesse com uma verdade consensual, não exigiria confissão circunstanciada, detalhada, para além da exigência, já mencionada, de justa causa. Bastaria uma mera declaração de culpa – algo como a *guilty plea* do direito norte-americano.

Desse modo, como diria Figueiredo Dias, “um acordo não pode conduzir por si próprio e sem mais à conclusão sobre a culpabilidade do arguido [...]. A confissão deve, em suma, ser comprovada na sua credibilidade e não devem ser omitidas, se indispensáveis, quaisquer diligências que conduzam ao seu esclarecimento” (2011, p. 45). Ou seja, o fator de legitimação da justiça consensual deve ser não (apenas) o consenso como tal, “mas a consciência de que já

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

a investigação preliminar conduziu à descoberta da verdade material” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 238).

Portanto, não conseguimos concordar com Aury Lopes Júnior, quando ele sustenta existir, nas investigações em geral, um “impedimento” para o instrutor (delegado de polícia, promotor etc.) apurar a fundo a *notitia criminis* (2013, p. 276-277). O raciocínio já nos parece errado se tivermos em mente o processo tradicional, de julgamento completo. Ora, se o processo, por si só, já constitui uma pena (SCHÜNEMANN, 2013, p. 117), quanto menos inocentes forem submetidos a ele, tanto melhor. Para isso, a autoridade policial precisa apurar a fundo a notícia do crime. Ademais, como já enfaticamente disse Jordi Nieva Fenoll, “de nenhuma maneira se deveria poder acusar alguém simplesmente ‘para ver o que se averigua em juízo’” (2012, p. 30). O raciocínio contrário, segundo o autor espanhol, ofende o princípio da presunção de inocência, que deve ser observado por todos os agentes públicos, inclusive pelos membros do Ministério Público (FENOLL, 2012, p. 30). Por fim, a posição de Aury Lopes Júnior desconsidera os teores dos arts. 4º, “caput”, do CPP, e 2º, § 1º, da Lei nº 12.830/13.

Mas a posição de Aury Lopes Júnior é ainda mais perigosa em matéria de justiça penal consensual. É que, nesse caso, não haverá instrução processual, com tudo o que isso significa (ausência de contraditório, inexistência de oportunidade para o juiz exercer seus poderes instrutórios, de oportunidade para a defesa exercer suas faculdades probatórias etc.). Logo, já há um “défice de verdade” na justiça penal consensual. Isso precisa ser compensado – e não agravado! – por uma investigação preliminar bem feita, quiçá mais participativa, com atenção a eventuais diligências requeridas pela defesa (art. 14 do CPP) e às demais prerrogativas do defensor (v.g., art. 7º, XXI, do EOAB). Enfim, parece-nos “evidente que, se no curso da atividade normal de investigação já se descobrirem e desvendarem plenamente a ocorrência do crime e a sua autoria, tanto melhor” (BADARÓ, 2017, p. 122).

Isso posto, precisamos, ainda, enfrentar uma outra questão: o que exatamente significa esse “défice de verdade” da justiça penal consensual e, pois, do acordo de não persecução penal? Podemos dizer que, nesse âmbito, a verdade material, característica do processo penal tradicional, foi substituída pela verdade formal? Cremos que a resposta deva ser negativa. Como vimos acima, a expressão “verdade formal” apenas faz sentido em contraposição à expressão “verdade material”. E aquela possui, como nota característica, sua elevada sensibilidade ao comportamento processual das partes. Em nosso sentir, essa elevada sensibilidade não existe no marco do acordo de não persecução penal, afinal, o legislador exigiu, como requisitos para

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

o ajuste, a existência de justa causa, ou de base fática (SALES; MARINELA, 2020, p. 50), e detalhamento na confissão do fato (OLIVEIRA, 2021, p. 319-320).

Destarte, em nossa avaliação, a legitimação do acordo de não persecução penal advém, por um lado, do consenso, que autoriza a restrição a direitos fundamentais do investigado – questão que foge totalmente aos limites deste trabalho –, e, por outro, da convicção de que a investigação e a confissão detalhada já foram suficientes para a descoberta da verdade material. De conseguinte, a nosso ver há na sistemática do acordo de não persecução penal um “défice de verdade”, pelas razões já mencionadas, mas não chega a haver renúncia ao propósito do processo penal – em sentido amplo – de buscar a verdade material.

Justifica-se, por fim e segundo cremos, esse “défice de verdade” decorrente da sistemática do acordo de não persecução penal. Como explicado acima, o processo penal não persegue um fim único. Deve buscar, a um só tempo, (i) a verdade material e a imposição do direito penal, (ii) a proteção de direitos fundamentais das pessoas envolvidas na persecução penal, sobretudo do investigado, e (iii) o restabelecimento da paz jurídica violada com a prática do crime (ANTUNES, 2016, p. 14). Vimos, igualmente, que esses fins do processo penal são conflitantes, donde resulta a necessidade de encontrar soluções de “concordância prática” (SANTOS, 2020, p. 18). Vale dizer, os fins do processo penal não podem ser realizados de forma absoluta, sempre. É natural, na conformação de cada instituto, que ora prevaleça um, ora outro, desde que se salve o máximo possível dos demais.

No regime do acordo de não persecução penal, em nossa avaliação, o legislador, ao exigir justa causa e detalhamento da confissão para sua celebração, salvou o máximo possível da verdade material, ao mesmo tempo em que privilegiou o restabelecimento célere da paz jurídica colocada em causa pelo crime. Ao contrário do que por vezes se afirma, a celeridade tem seu peso no restabelecimento da paz jurídica, afinal, como lembram Roxin e Schünemann, “o processo precisa da máxima celeridade possível (...) em razão da redução da força de significado da sentença, tanto para o autor do delito como para a vítima, com o decurso do tempo” (2019, p. 60). A celeridade – como também a busca da verdade – apenas se torna algo ruim quando defendida a qualquer custo ou quando se confunde celeridade com precipitação (LEITE, 2013, p. 252-255). Contudo, pelas razões já expostas, não entendemos que ao legislador brasileiro, na regulamentação do acordo de não persecução penal, possa ser imputado tal pecado.

Ademais, o menor rigor na busca da verdade no âmbito do acordo de não persecução penal é compensado pelo fato de ele não constituir, propriamente, um “acordo sobre

juízo de culpa”. Num acordo desse tipo, há efetiva condenação criminal, com todas as suas consequências, inclusive a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade (OLIVEIRA, 2021, p. 317).

6 CONCLUSÃO

Pelo exposto, num esforço de síntese, podemos dizer que, em nosso sentir, a sistemática do acordo de não persecução penal é ainda compatível com o fim do processo penal de busca da verdade material. Em outras palavras, não houve renúncia a esse propósito. A uma, porque o art. 28-A do CPP exige, como requisito para celebração do acordo, que não seja caso de arquivamento. Isto é, exige justa causa, ou base fática. E, a duas, porque o mesmo dispositivo não se contentou com uma simples declaração de culpa do investigado. Em vez disso, exigiu, para celebração do acordo, confissão detalhada – que, por óbvio, deve estar em sintonia com os elementos informativos já colhidos. Deve o juiz, em seguida, quando do juízo de homologação do acordo, verificar a efetiva presença dos seus requisitos legais (JUNQUEIRA; COSTA, 2021, p. 260-266).

Sintomática, aliás, dessa tentativa do legislador de salvar o máximo de conteúdo possível da verdade material foi a não previsão da possibilidade de celebração do acordo de não persecução penal na audiência de custódia, diferentemente do que fazia a Resolução nº 181/17 do CNMP (art. 18, § 7º). Para além do possível desvirtuamento do (importante) propósito da audiência de custódia e do possível comprometimento da validade do consentimento do investigado, nesse momento pode-se estar ainda distante da verdade material. Celeridade não pode se confundir com precipitação. A lentidão processual é ruim quando inútil. Pode ser positiva, por outro lado, se tiver conexão com reflexão, observação, serenidade e busca da verdade (LEITE, 2013, p. 255).

Assim, embora a comparação com institutos do direito norte-americano seja quase inevitável, por conta da larga experiência daquele país com justiça penal negocial, parece-nos preciso ter cuidado para não enxergar semelhanças onde não há. Lá, apesar de a busca da verdade figurar entre os fins do processo penal, se as partes chegam a um acordo já se torna menos importante determinar como os fatos realmente ocorreram (ARMENTA DEU, 2012, p. 140). Por isso é que, em muitos estados norte-americanos, na prática, juízes não fazem realmente a verificação da existência de base fática mínima para o acordo (GUINALZ, 2019,

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

p. 152). É por isso, também, que *charge bargaining*, *fact bargaining* e *date bargaining*, lá, são comuns – enquanto que, aqui, ninguém sequer imagina que estejam autorizados.

Há, de fato, um “défice de verdade” no acordo de não persecução penal. O legislador privilegiou o célere restabelecimento da paz jurídica violada pelo crime, outra importante finalidade do processo penal. Por outro lado, não sacrificou completamente o objetivo de busca da verdade *material*; em vez disso, salvou o máximo possível do seu conteúdo.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Maria João. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 2016.

ARMENTA DEU, Teresa. *Sistemas procesales penales*. La justicia penal en Europa y América. ¿Un camino de ida e vuelta? Madrid: Marcial Pons, 2012.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

BETTIOL, Giuseppe. *Instituições de direito e de processo penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1974.

DAMASKA, Mirjan. Negotiated justice in international criminal courts. In: THAMAN, Stephen. *World plea bargaining. Consensual procedures and the avoidance of the Full Criminal Trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Editora Coimbra, 1974.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O Novo Código de Processo Penal*. Textos Jurídicos – I, Ministério da Justiça, 1987.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal: o “fim” do estado de direito ou um novo “princípio”?* Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FENOLL, Jordi Nieva. *Fundamentos de derecho procesal penal*. Madrid: Edisofer S. L., 2012.

GUINALZ, Ricardo. *Consenso no processo penal*. São Paulo: LiberArs, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES, Luiz Flávio. *Juizados especiais criminais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson; COSTA, Rafael de Oliveira. Breves considerações sobre o papel do juiz – e do Ministério Público – no acordo de não persecução penal. In: CAMBI, Eduardo; SALES, Danni; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime: volume II*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2021, p. 257-268.

JUNQUEIRA, Gabriel Marson. Qual o lugar da verdade no palco do Acordo de Não-Persecução Penal? *RJESMSP*, 22, 2022, p. 49-65.

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

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito processual penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, Marcondes Pereira de. Acordo de Não Persecução Penal: repressão/prevenção ao crime e confissão do investigado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 178, ano 29, p. 311-333. São Paulo: Ed. RT, abril 2021.

PRADO, Geraldo. *Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho procesal penal*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Didot, 2019.

SALES, Danni; MARINELA, Fernanda. Acordo de não persecução penal e os limites da renúncia aos direitos e às garantias fundamentais. In: CAMBI, Eduardo; SALES, Danni; MARINELA, Fernanda (Org.). *Pacote anticrime: volume I*. Curitiba: Escola Superior do MPPR, 2020, p. 40-55.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O direito processual penal português em mudança: rupturas e continuidades*. Coimbra: Editora Almedina, 2020.

SCHÜNEMANN, Bernd. *Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito*. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

Artigo recebido em: 01/12/2021

Aceito para publicação em: 06/06/2023