

# REVISTA FACINE 360

## DIREITO AO SILÊNCIO DO INVESTIGADO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

### RIGHT TO RESPONDENT'S SILENCE AND CRIMINAL NON-PERSECUTION AGREEMENT

Flávia Soares Unneberg <sup>[1]</sup>

Recebido em: 15/09/2020 | Aprovado em: 30/09/2020 | Revisado em: 15/10/2020

#### Resumo

A Lei n. 13.964/2019, que entrou em vigor no dia 23 de janeiro de 2020, alterou dezessete normas jurídicas distintas, introduzindo ao direito brasileiro o denominado 'acordo de não persecução penal', normalizando instituto criado pela Resolução 181/2017, da lavra do Conselho Nacional do Ministério Público. Cuidando-se de instituto novo, diversas indagações práticas passaram a surgir, dentre elas se o silêncio do investigado em sede policial poderia ensejar a recusa por parte do Promotor de Justiça de propor o acordo de não persecução penal quando do aporte do inquérito policial na Promotoria de Justiça. Conclui-se pela necessidade de se coadunar que qualquer interpretação das normas jurídicas deve ser pautada pelo atendimento aos preceitos constitucionais.

**Palavras-chave:** Acordo de não persecução penal. Direito constitucional ao silêncio. Direito subjetivo do acusado. Discricionariedade regrada do Ministério Público.

#### Abstract

Law 13.964/2019, which came into force on January 23th, 2020, changed seventeen different legal rules, introducing into Brazilian law the so-called 'non-criminal prosecution agreement', normalizing an institute created by Resolution 181/2017, of the National Council of the Public Ministry. Taking care of a new institute, several practical questions started to arise, among them if the silence of the investigated in the police headquarters could give rise to the refusal of the Prosecutor to propose the agreement of non-criminal prosecution when the police investigation was brought into the Public Prosecutor's Office. of Justice. It is concluded that there is a need to agree that any interpretation of legal norms must be guided by compliance with constitutional precepts.

**Keywords:** Non-criminal prosecution agreement. Constitutional right to silence. Subjective right of the accused. Regulated discretion of the Public Ministry.

<sup>[1]</sup> Promotora de Justiça do Estado do Ceará. Professora de Direito Penal. Ex-Coordenadora do Centro de Apoio Operacional Criminal, Segurança Pública e Controle Externo da Atividade Policial do MPCE – CAOCRIM. Ex-Diretora da Escola Superior do Ministério Público do Ceará. E-mail: flaviasoaresu01@gmail.com

**DIREITO AO SILÊNCIO DO INVESTIGADO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Flávia Soares Unneberg

**1 INTRODUÇÃO**

A lei n. 13.964/2019, que traz à comunidade jurídica e a toda a sociedade o Pacote Anticrime, trouxe diversas alterações na legislação pátria. Dentre as inúmeras inovações, codificou o denominado 'acordo de não persecução penal', o qual fora introduzido ao nosso ordenamento jurídico por intermédio de Resolução número 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público, com alterações feitas pela Resolução número 183/2018. O fato de uma inovação deste jaez ter sido normatizada não pelo Poder Legislativo mas por um órgão de controle do Ministério Público gerou diversos conflitos interpretativos e polêmicas no seio da instituição, na medida em que diversos membros do Ministério Público entendiam que havia eiva de inconstitucionalidade formal, por vício de iniciativa, e a matéria somente poderia ser tratada por reserva legal.

Desta forma, desde 23 de janeiro de 2020, resta vigente no país, de forma positivada no ordenamento jurídico, o instituto do acordo de não persecução penal, inaugurando uma nova forma de atuação do Ministério Público face a notícia do cometimento de um ilícito penal.

Se antes ao Promotor de Justiça criminal eram-lhe permitidas as alternativas do oferecimento da denúncia, arquivamento do inquérito policial, retorno dos fólios inquisitoriais para diligência ou mesmo o declínio de atribuição, uma vez que lhe são aportados os autos do procedimento investigatório criminal, surge uma quinta opção de atuação, qual seja, oferecer uma proposta de acordo ao investigado confesso uma vez presentes os requisitos legais autorizadores. Tal possibilidade inaugura não somente o afastamento do princípio da obrigatoriedade da ação penal no direito brasileiro como ainda a própria abertura a uma justiça penal negociada, em moldes mais alargados do que o que em 1995 fez o legislador ao permitir a transação penal, a composição civil e a suspensão condicional do processo nos crimes de menor potencial ofensivo com a lei que criou os Juizados Especiais Criminais.

Ocorre que, a partir desta mudança legislativa de vulto, cumpre à doutrina analisar as questões que podem ser suscitadas a partir desta nova realidade no Direito Penal. Uma delas é a verificação do direito ao silêncio do investigado e a possibilidade de este usufruir ou não do benefício do acordo de não persecução penal. Afinal, o direito ao silêncio é consagrado constitucionalmente a todo cidadão, e o acordo de não persecução penal, por seu turno, é possibilidade de resolução de uma lide penal sem a necessidade de que ao agente lhe seja imposta a ação penal em seu desfavor, pressupondo, no entanto, que o investigado confesse a prática delituosa.

O objetivo deste estudo, portanto, é analisar os dois institutos no sentido de aferir se existe real incompatibilidade entre os mesmos ou de que forma se

poderá interpretá-los de forma harmônica a conciliar os interesses de todas as partes envolvidas, dentre elas, a sociedade, que a partir de um acordo de não persecução penal poderá ver a resposta estatal à prática de crimes mais célere e mais eficaz, tendo sido esta a ideia subjacente da adoção de tal instituto no Direito Processual Penal brasileiro.

**2 A LEI 13.964/2019 E O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

A lei n. 13.964/2019, que entrou em vigor no último dia 23 de janeiro, apresenta à comunidade jurídica uma série de alterações que atingiram diversas leis brasileiras, a saber: 1) Decreto-Lei 2.848/1940 - Código Penal Brasileiro; 2) Decreto-Lei 3.689/1941 - Código de Processo Penal; 3) Lei 7.210/1984 - Lei de Execução Penal; 4) a Lei 8.072/1990 - Lei de Crimes Hediondos; 5) Lei 8.429/1992 - Lei de Improbidade Administrativa; 6) Lei 9.296/1996 - Interceptações Telefônicas; 7) Lei 9.613/1998 - Lei de Lavagem e Ocultação de Bens, Direitos e Valores; 8) Lei 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento; 9) Lei 13.343/2006 - Lei de Drogas; 10) Lei 11.671/2008 - Lei da Transferência de Presos para Estabelecimentos Penais Federais de Segurança Máxima; 11) Lei 12.037/2009 - Lei de Identificação Criminal; 12) Lei 12.694/2012 - Dispõe sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas e altera diversas leis; 13) Lei 12.850/2013 - Lei de Organização Criminosa; 14) Lei 13.608/2018 - Dispõe sobre o serviço telefônico de recebimento de denúncias e sobre recompensa por informações que auxiliem nas investigações policiais; 15) Lei 8.038/1990 - Normas procedimentais para o STJ e STF; 16) Lei 13.756/2018 - Dispõe sobre o Fundo Nacional de Segurança Pública (FNSP) e, finalmente, 17) o Decreto-Lei 1002/1969 - Código Penal Militar.

O objeto do nosso estudo, denominado de Acordo de Não Persecução Penal, encontra-se normatizado no Código de Processo Penal, que, desta forma, passa a contemplar o artigo 28-A, que assim dispõe:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:

I - reparar o dano ou restituir a coisa à vítima, exceto na impossibilidade de fazê-lo;

II - renunciar voluntariamente a bens e direitos indicados pelo Ministério Público como

**DIREITO AO SILÊNCIO DO INVESTIGADO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Flávia Soares Unneberg

instrumentos, produto ou proveito do crime;

III - prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, na forma do art. 46 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal);

IV - pagar prestação pecuniária, a ser estipulada nos termos do art. 45 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito; ou

V - cumprir, por prazo determinado, outra condição indicada pelo Ministério Público, desde que proporcional e compatível com a infração penal imputada.

§ 1º Para aferição da pena mínima cominada ao delito a que se refere o caput deste artigo, serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.

§ 2º O disposto no caput deste artigo não se aplica nas seguintes hipóteses:

I - se for cabível transação penal de competência dos Juizados Especiais Criminais, nos termos da lei;

II - se o investigado for reincidente ou se houver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas;

III - ter sido o agente beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração, em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo; e

IV - nos crimes praticados no âmbito de violência doméstica ou familiar, ou praticados contra a mulher por razões da condição de sexo feminino, em favor do agressor.

§ 3º O acordo de não persecução penal será formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor.

§ 4º Para a homologação do acordo de não persecução penal, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do investigado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 5º Se o juiz considerar inadequadas,

insuficientes ou abusivas as condições dispostas no acordo de não persecução penal, devolverá os autos ao Ministério Público para que seja reformulada a proposta de acordo, com concordância do investigado e seu defensor.

§ 6º Homologado judicialmente o acordo de não persecução penal, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para que inicie sua execução perante o juízo de execução penal.

§ 7º O juiz poderá recusar homologação à proposta que não atender aos requisitos legais ou quando não for realizada a adequação a que se refere o § 5º deste artigo.

§ 8º Recusada a homologação, o juiz devolverá os autos ao Ministério Público para a análise da necessidade de complementação das investigações ou o oferecimento da denúncia.

§ 9º A vítima será intimada da homologação do acordo de não persecução penal e de seu descumprimento.

§ 10. Descumpridas quaisquer das condições estipuladas no acordo de não persecução penal, o Ministério Público deverá comunicar ao juízo, para fins de sua rescisão e posterior oferecimento de denúncia.

§ 11. O descumprimento do acordo de não persecução penal pelo investigado também poderá ser utilizado pelo Ministério Público como justificativa para o eventual não oferecimento de suspensão condicional do processo.

§ 12. A celebração e o cumprimento do acordo de não persecução penal não constarão de certidão de antecedentes criminais, exceto para os fins previstos no inciso III do § 2º deste artigo.

§ 13. Cumprido integralmente o acordo de não persecução penal, o juízo competente decretará a extinção de punibilidade.

§ 14. No caso de recusa, por parte do Ministério Público, em propor o acordo de não persecução penal, o investigado poderá requerer a remessa dos autos a órgão superior, na forma do art. 28 deste Código. (BRASIL, 2019)

Da leitura desse dispositivo, extrai-se que tal instituto possui natureza extrajudicial, pré-processual e que prestigia a negociação no âmbito do direito penal, no que excepciona de forma cabal o tradicional princípio da obrigatoriedade da ação penal, fortalecendo, assim, a opção constitucional pelo sistema processual acusatório.

Desta forma, uma vez preenchidos os requisitos legais, ou seja, não sendo caso de arquivamento,

**DIREITO AO SILÊNCIO DO INVESTIGADO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Flávia Soares Unneberg

não sendo hipótese nem de transação penal, nem de reincidência do investigado ou presença de elementos que indiquem a habitualidade não insignificante no crime, não tendo o agente sido beneficiado nos 5 (cinco) anos anteriores ao cometimento da infração em acordo de não persecução penal, transação penal ou suspensão condicional do processo, não se tratando de crime de violência doméstica ou familiar, ou ainda praticado contra mulher em razão do gênero, e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça cuja pena mínima abstratamente cominada deva ser inferior a 4 (quatro) anos, ao Ministério Público se impõe a necessidade de ofertar a proposta de não persecução penal, podendo ser considerado direito subjetivo do investigado.

Afinal, apesar de a lei utilizar do termo “poderá”, a natureza do instituto, evidentemente traduzindo uma política criminal voltada para composição extrajudicial de uma demanda criminal, exige um protagonismo do Ministério Público que o obriga, diante do implemento de todas as condições objetivas e subjetivas no caso concreto, a ofertar a proposta legal.

Se não há mais um princípio da oportunidade da ação penal, mitigado que fora pela assunção da proposta de não persecução penal, por outro lado impõe-se considerar que, da mesma forma que presentes os requisitos para a transação penal nos crimes de menor potencial ofensivo e da suspensão condicional do processo nos crimes cuja pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano e o acusado apresente os requisitos autorizadores, o acordo de não persecução penal se torna imperativo a ser necessariamente considerado nos casos em que o investigado ostenta as condições pessoais e os requisitos objetivos para tanto.

E mesmo aos que sustentam, como Renê de O. Souza e Patrícia Eleutério Campos Dower (2018), de que não se trataria de direito subjetivo do investigado mas sim uma solução de comprometimento e busca de um consenso para a convergência das vontades, não se poderia dizer de que o acordo de não persecução penal seria faculdade do Promotor de Justiça, até mesmo porque, reunidos os pressupostos legais permissivos do instituto e se recusando o representante ministerial a propor o acordo, aplica-se por analogia o artigo 28 do Código de Processo Penal, com remessa dos autos ao Procurador-Geral de Justiça, na forma do artigo 28-A, §14º, do mesmo Estatuto. Os próprios autores mencionam de que não se trata de faculdade do membro do Ministério Público quando presentes os requisitos exigidos pela norma.

**3 DO SILÊNCIO DO INVESTIGADO EM SEDE POLICIAL E O OFERECIMENTO DO ANPP**

Assim, indaga-se se o silêncio do investigado em

sede policial ensejaria a inviabilidade permitiria que o Promotor de Justiça negasse o oferecimento do acordo de não persecução penal.

O artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988 assegura ao acusado o direito ao silêncio, base fundamental do que se denomina “silêncio constitucional”, sendo um seu direito, tão relevante quando a garantia da assistência judiciária, ambos afirmados no mesmo dispositivo. E, na mesma linha, o artigo 8º, II, “g”, da Convenção Americana de Direitos Humanos estabelece que toda pessoa acusada de um delito tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, ou de se confessar culpada, o que consagra peremptoriamente o princípio segundo o qual não se pode obrigar alguém a produzir prova contra si mesmo (BRASIL, 2019).

No Código de Processo Penal, o direito ao silêncio encontra-se previsto no artigo 186, com redação dada pela Lei 10.792/2003, verbis:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (BRASIL, 2003)

Com efeito, se o silêncio do acusado não pode ser interpretado em seu desfavor, pela clara dicção do artigo supramencionado, subtrair dele a possibilidade de ser beneficiado em sede de acordo de não persecução penal equivaleria a interpretar seu silêncio de forma negativa, constituindo em evidente prejuízo ao investigado.

Demais disso, o artigo 478, II, primeira parte, também do Código de Processo Penal, preconiza que, nos crimes de competência do júri, durante os debates, as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências ao silêncio do acusado em seu prejuízo. Observa-se daí a preocupação do legislador em fazer com que sequer a menção ao silêncio do acusado possa lhe ser negativamente interpretada.

Se ao acusado, ou seja, aquele contra quem fora ofertada a ação penal, há toda uma preocupação em relação à interpretação do seu silêncio, com maior razão deve-se interpretar beneficentemente o silêncio do investigado em sede policial em seu favor, oportunizando-se-lhe a oferta da proposta de não persecução penal em sede ministerial.

Se não há confissão ficta ou tácita no processo penal brasileiro, entender que o silêncio seria equivalente à confissão é interpretação inadmissível, mais ainda quando este silêncio se dá perante a

**DIREITO AO SILÊNCIO DO INVESTIGADO E ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL**

Flávia Soares Unneberg

Autoridade Policial, portanto, em órgão diverso do Ministério Público. Caso o investigado que silenciou em sede policial mantenha-se silente ao ser notificado a comparecer perante o representante do Ministério Público para esclarecimento do seu direito a receber proposta de acordo de não persecução penal, trata-se de uma manifestação volitiva de recusa ao instituto que possibilitará ao Ministério Público continuar a tramitação da investigação ou mesmo a oferta da denúncia criminal. No entanto, não poderia o Parquet se furtar de notificar o investigado que silenciou em sede policial para este momento extraprocessual, até mesmo porque, após o recebimento da denúncia, preclui a possibilidade de aplicação do acordo, vez que a judicialização do feito já se ultimou.

Outro ponto objeto de reflexão é o fato de que, se na esfera judicial o interrogatório de réu que se quedou silente em sede policial é ato obrigatório para que se permita o exercício do contraditório e da ampla defesa, nada obsta – e até recomenda, diga-se – que ao titular da ação penal que agora tem a possibilidade efetiva de definir os rumos do caso que tem em mãos – se irá judicializá-lo ou solucionar a lide mediante consenso, havendo os requisitos autorizadores – possa ouvir o investigado e obter diretamente dele as informações necessárias e sua aquiescência para eventual oferecimento de acordo na esfera penal.

Afasta-se, ainda, o argumento de que a necessidade de chamamento do investigado silente em sede policial para fazer-se presente perante o Promotor de Justiça e ali exercer ora a manutenção do direito ao silêncio, ora o exercício da confissão dos ilícitos que lhe são imputados, ora a negativa total ou parcial das imputações, significaria a criação de uma nova fase procedimental não prevista em lei. A lei é absolutamente clara quanto aos requisitos para o oferecimento da proposta de acordo de não persecução penal, e sequer precisaria dizer da necessidade de o Promotor de Justiça buscar a via da aferição pessoal da versão do investigado dos fatos que lhe são atribuídos. Se o investigado não confessou nem negou perante a Autoridade Policial as imputações que ensejaram a instauração do inquérito policial, quedando-se silente, e sendo que a única oportunidade para oferecimento do acordo de não persecução penal se dá antes do recebimento da denúncia, não poderia se furtar o membro do Ministério Público de promover tal audiência com o investigado, não cabendo ao intérprete defender um entendimento que obstaculize a possibilidade de oferecimento do acordo e negue ao investigado a oportunidade de participar, em querendo, desta fase extraprocessual penal.

**4 CONCLUSÃO**

Em conclusão, entendemos que a possibilidade de acordo de não persecução penal, por se traduzir em

direito subjetivo do investigado, não pode ser subtraída daquele que, em sede policial, fez uso do seu direito constitucional ao silêncio, sob pena de afronta de subversão da interpretação constitucional do artigo 5º, LXIII, da Constituição Federal de 1988, e pela inteligência do artigo 186, parágrafo único, do Código de Processo Penal.

Desta forma, o Ministério Público, com sua nova participação ativa extraprocessual penal, deve atuar com discricionariedade regrada aos limites estabelecidos pelo artigo 28-A do Código de Processo Penal, sendo-lhe vedado criar embaraços não previstos na legislação de forma a obstaculizar ao investigado a possibilidade de apresentar sua versão dos fatos ao autor da ação penal, permitindo a este um melhor convencimento sobre os passos a serem dados no caso concreto, razão pela qual, mesmo tendo o investigado exercitado o direito ao silêncio perante a Autoridade Policial, deve ser o mesmo chamado à presença do representante ministerial para receber as orientações acerca do seu direito ao acordo de não persecução penal, em perfazendo os requisitos legais para tanto. Com isto se compatibiliza a norma processual penal com a melhor interpretação acerca do direito ao silêncio constitucionalmente previsto.

**REFERÊNCIAS**

BRASIL. **Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003**. Altera a Lei no 7.210, de 11 de junho de 1984 - Lei de Execução Penal e o Decreto-Lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.792.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.792.htm). Acesso em 16 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm). Acesso em 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. [Código de Processo Penal]. **Decreto-Lei 3.689, de 03 de out. de 1941**. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm). Acesso em 15 fev. 2020.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019**. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm). Acesso em 15 fev. 2020.

SOUZA, Renee do O.; DOWER, Patrícia Eleutério Campos. Algumas Respostas sobre o Acordo de Não Persecução Penal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Coord.). **Acordo de Não Persecução Penal: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Resolução 183/2018**. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2018, p. 137-141.