

ASSIMETRIA NEGOCIAL NOS ACORDOS PROCESSUAIS PENAIS: CONTRATOS PARITÁRIOS OU DE ADESÃO?

*INEQUALITY OF BARGAINING POWER IN CRIMINAL AGREEMENTS:
PARITY OR ADHESION CONTRACTS?*

Michelangelo Cervi Corsetti

Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela PUC/RS. Professor no Programa de Pós-Graduação do IDP/DF. Advogado.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9453524647010556>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5109-2131>

michecorsetti@gmail.com

Maria Luiza Rosa Diniz Rodrigues

Especialista em Direito Penal Econômico pela FGV/SP. Bacharel em Direito pela UnB. Advogada.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0670929054516004>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9958-5808>

marialuiza.diniz.rodrigues@gmail.com

Resumo: No presente artigo, são analisadas as disparidades de poder existentes entre acusação e defesa no Processo Penal, a partir da transição entre os paradigmas da justiça contenciosa e consensual. Argumenta-se que, nos acordos processuais penais, há uma assimetria negocial entre as partes, o que desfigura o modelo de justiça consensual brasileiro e expõe os acusados a vulnerabilidades.

Palavras-chave: Justiça negocial – Acordos Processuais Penais – Assimetria Negocial – Barganha.

Abstract: In this article, the power disparities which exist between prosecution and defense in criminal proceedings are analyzed, based on the transition between the litigation and consensual justice paradigms. It is argued that, in criminal procedural agreements, an inequality of bargaining power exists between the parties, which disfigures the Brazilian consensual justice model and exposes the accused to vulnerabilities.

Keywords: Negotiated Justice – Criminal Agreements – Inequality of Bargaining Power – Bargaining.

1. Da assimetria contenciosa à assimetria negocial

As leis penais e processuais penais existem muito menos como mecanismos por meio dos quais a pena é viabilizada, e mais enquanto garantias do cidadão frente ao arbítrio estatal. O Direito Penal não é, como alguns imaginam, instrumento de punição, mas sim de proteção ao indivíduo que é vulnerável à intervenção e ao controle estatal. A necessidade de proteção se origina da nítida assimetria de poder existente na relação entre as pessoas e o Estado. No processo, o acusado conta essencialmente com seu defensor, enquanto o Estado direciona todo seu aparato (agentes policiais, peritos, membros do Ministério Público, autoridades reguladoras) para garantir a punição.

A existência de uma assimetria de poder é, então, intrínseca ao Processo Penal. Quer dizer, os órgãos estatais detêm muito mais meios para perseguir a condenação que o cidadão para se defender. É exatamente por isso que a ordem constitucional brasileira, tal como outras, elegeram a presunção de inocência como princípio fundante do sistema de justiça criminal. A partir daí, tanto a Constituição Federal, como a legislação ordinária fixaram uma série de regras com o fim de mitigar a discrepância de poder existente na relação processual penal e (ao menos tentar) equalizar as partes.

Ocorre que toda a legislação processual nacional foi historicamente construída a partir de um modelo contencioso de processo, no seio do qual há um conflito, um embate entre indivíduo e Estado. Contudo, nas últimas décadas, mecanismos consensuais vêm sendo incorporados ao Processo Penal brasileiro, os quais permitem que as partes negociem e pactuem a solução jurídica que melhor atenda a seus interesses, e não a solução que necessariamente corresponda à "verdade material" ou, em termos proporcionais, à gravidade do delito.

Diante disso, as diferenças de poder entre acusação e defesa,

existentes no processo contencioso tradicional, dão lugar a um novo tipo de desigualdade, qual seja, a de natureza negocial. Ou seja, ainda que admitam a possibilidade do acordo, os negociantes não possuem, pragmaticamente, as mesmas condições de se posicionar e defender seus interesses. E o contrato liberal clássico, chamado pela doutrina de "paritário", pressupõe justamente o contrário: as partes devem ocupar posições igualitárias no processo de negociação, para que o resultado pactuado seja justo e equânime para ambas, ainda que concessões sejam feitas. Por óbvio, pouquíssimas relações contratuais são, do ponto de vista negocial, perfeitamente equilibradas. No entanto, há disparidades que não são meramente individuais, constatáveis caso a caso, mas que derivam da própria estrutura de certos modelos de relação contratual.

Em verdade, o desequilíbrio negocial é um problema que, apesar de relativamente novo no Processo Penal brasileiro, é antigo conhecido de outros ramos do direito nacional: o Direito do Trabalho e o Direito do Consumidor. Nas relações trabalhistas, a diferença de poder econômico entre trabalhador e empregador impede a negociação paritária. Já nas relações consumeristas, entre consumidor e fornecedor existe considerável disparidade de informação. Em ambos os casos, reconhecendo a assimetria negocial intrínseca à relação contratual, o legislador criou regras de mitigação da desigualdade e de equalização das partes. Todo um arcabouço jurídico foi construído a fim de garantir relações contratuais mais próximas da ideia liberal do contrato paritário.

Interessa notar que os contratos trabalhistas e consumeristas regulam relações de natureza estritamente econômica e, ainda assim, o ordenamento nacional lhes destina todo um sistema de regras cogentes em nome do interesse público e da garantia de direitos. Então, como deve ser regulada a assimetria negocial existente no negócio jurídico processual penal, cujo objeto abarca a

própria liberdade do cidadão? São suficientes as normas processuais penais já existentes e que, como visto, destinam-se à disciplina da relação de conflito, e não consensual, entre as partes?

2. O modelo de acusação e o agravamento da assimetria negocial no Processo Penal brasileiro

Marques (2020, p. 9-12) ressaltou que o modelo negocial no Processo Penal está situado em um contexto geográfico, histórico e cultural específico, qual seja, aquele dos países que adotam o sistema jurídico do *common law*. Desse modo, é necessário ter em mente que certos institutos advindos desses sistemas (como o *plea bargaining*, que serviu de inspiração para o nosso Acordo de Não Persecução Penal), por mais úteis que possam parecer, podem acabar desfigurados se afastados de suas jurisdições originais (problema dos “transplantes”).

Nos Estados Unidos, país com forte tradição jurídica negocial, os acordos processuais penais evoluíram a partir de uma noção estritamente adversarial de processo. O sistema adversarial é baseado, em primeiro lugar, na busca pela verdade exclusivamente processual. O objetivo é a construção de uma narrativa processual que interesse às partes, ainda que de forma lógica e, em alguma medida, embasada (CUNHA, 2015, p. 455). Esse é um primeiro dado, que viabiliza e sustenta a justiça penal negocial. Isso porque, já em sua matriz principiológica, o modelo adversarial não dá protagonismo à verdade material, mas sim à verdade construída pelas partes. Nesse contexto, os acordos fazem maior sentido exatamente porque, por meio deles, as partes negociam livremente os fatos e suas qualificações jurídicas,¹ chegando a um resultado que, no mais das vezes, pode ser divergente da realidade.

Ademais, o modelo adversarial pressupõe a inércia e passividade do julgador, bem como seu distanciamento da atividade das partes (DIDIER JR., 2011, p. 208). Portanto, cabe exclusivamente às partes a atividade probatória. Mas, mais do que isso, o sistema adversarial iguala as posições ocupadas pelos participantes do processo. Acusação e defesa estão equidistantes do julgador e, ao menos em tese, atuam em uma “plataforma jurídica horizontal e paritária” (MARQUES, 2020, p. 10). Em tal cenário, o órgão acusador não assume um papel de autoridade, mas, na verdade, de um agente partidário, com uma agenda a ser defendida no processo e que apresenta, ao juiz, uma visão parcial da controvérsia, tal como ocorre no processo civil.² Logo, por ocuparem posições teoricamente iguais, é possível, em princípio, que acusador e acusado acordem o resultado do processo em um ambiente de menor desigualdade negocial.

Nada disso ocorre no Brasil. A ordem jurídica brasileira descende de uma tradição processual inquisitorial, especialmente porque a dita verdade material ocupa lugar de protagonismo. Ao juiz são permitidos certos poderes instrutórios e algumas iniciativas processuais, a fim de garantir que seu convencimento abranja os fatos de forma mais próxima da realidade possível.

Além disso, aqui, o Ministério Público assume a obrigação de promover acusações ao mesmo tempo em que, de forma inconciliável, é considerado “fiscal da lei” (VIEIRA, 2018, p. 797). Por isso, a figura da acusação acaba se confundido com a de autoridade do Estado e se aproximando demasiadamente da do julgador, fato que é comprovado pela mera observação dos locais fisicamente ocupados, em audiência, por promotores, juízes e acusados. Inclusive, o Ministério Público é socialmente visto como um braço do Estado, assim como o Judiciário é, de forma que a versão apresentada pela acusação é comumente associada com a “verdade”, enquanto as teses defensivas são vistas com desconfiança. No Brasil, o órgão ministerial não é, de forma alguma, tratado enquanto parte, no sentido que é atribuído ao acusado e sua defesa, o que acaba por lhe conceder uma posição privilegiada no processo. Não igual à do juiz, mas certamente superior à da defesa.

Nesse cenário, como fazer exigências ou discordar expressamente de certas condições, a fim de pautar e defender seus interesses, se

a parte com a qual se negocia é muito mais poderosa? Em verdade, no Brasil, as possibilidades reais de negociação da defesa são consideravelmente pequenas.

3. A assimetria negocial e os requisitos de admissibilidade e validade dos acordos processuais penais

Vasconcellos (2018, p. 85-92) apontou que a doutrina estadunidense geralmente elenca três requisitos de admissibilidade dos acordos processuais penais: voluntariedade, informação (ou inteligência) e adequação. Em todos os três, é possível constatar assimetrias negociais relevantes.

Quanto ao primeiro, a Suprema Corte dos Estados Unidos fixou entendimento de que os acordos devem ser firmados sem que haja “coação indevida” (VASCONCELLOS, 2018, p. 87-89). A qualificação da coação como “indevida” se deve ao fato de que, no processo de negociação, indiscutivelmente o acusado sempre enfrentará algum grau de pressão, especialmente diante da possibilidade de ser processado e acabar por ser sentenciado a penas mais graves que aquelas que poderiam ser impostas caso pactuasse um acordo.

Este é um dado relevante: o acusado nunca negocia de forma totalmente livre. Sobre ele, sempre pairará uma espada, qual seja, aquela do risco da punição mais grave. Desse modo, a coação apta a viciar a voluntariedade, necessária à admissibilidade do acordo, seria somente aquela que vai além da ameaça de punição futura mais grave e que caracteriza espécie de agressão ou ameaça física ou moral.

De todo modo, é evidente que o acusado não possui a mesma liberdade para escolher não negociar, tal como o consumidor que eventualmente desiste de realizar uma compra ou o trabalhador que não aceita determinada vaga de emprego. Em verdade, o acusado é empurrado para o acordo, frente aos graves riscos aos quais está submetido caso rechace a via negocial. Além disso, a possibilidade de pautar seus interesses é diminuída pela ameaça da punição mais severa. É possível, por exemplo, que o órgão ministerial abuse do poder de acusação e insira cláusulas desproporcionais ou ilegais nos acordos processuais penais, sob a ameaça de que, caso o acusado não as aceite, o processo penal prosseguirá – com a possibilidade de solução mais grave.

Já o requisito da informação diz respeito à necessidade de o acusado conhecer amplamente a acusação formulada contra ele e compreender detalhadamente os termos do acordo para, somente então, tomar uma decisão racional de pactuar sua sentença ou ir à julgamento.

Muitas vezes, o simples fato de o acusado contar com defesa técnica – o que, no Brasil, sempre ocorrerá, ainda que via Defensoria Pública –, já é suficiente para que esse requisito seja considerado cumprido, sem que seja necessária nenhuma análise sobre a qualidade do aconselhamento jurídico (VASCONCELLOS, 2018, p. 89-91). Nesse ponto, o requisito da informação é amplamente descumprido em nosso País, particularmente diante da enorme dificuldade de acesso à defesa técnica qualificada ou aos próprios autos por pessoas hipossuficientes, não bastando, assim, que a mera constituição de um defensor seja considerada evidência suficiente de que acusado conhece e compreende a acusação formulada contra si e os termos do acordo proposto.

Além disso, sempre existirá algum grau de desequilíbrio informacional entre acusado e acusador, frente à possibilidade de blefe – que não é conduta muito bem delimitada, muito menos expressamente rechaçada no direito brasileiro – e de investigações e medidas cautelares sigilosas em curso, as quais somente as autoridades conhecem.

Por fim, a necessidade de adequação pressupõe “uma suposta correlação mínima entre as imputações assumidas pelo acusado e aquelas que teoricamente se capitulariam aos fatos reais, além da obrigação de existência de uma base fática que sustente o reconhecimento da culpabilidade do réu” (VASCONCELLOS, 2018, p. 91). Apesar de representar uma tentativa de controle sobre acordos

infundados e acusações que jamais se sustentariam em juízo, há considerável indefinição do *standard* probatório necessário para a verificação dessa correlação, o que vem tornando a apreciação do requisito, pelo juiz, uma mera formalidade.

Diferentemente do contexto estadunidense, no Brasil não há controle seguro sobre a base fática dos acordos negociados pelo Ministério Público (uma espécie de justa causa exigida, como visto, pelo requisito da adequação). Não se sabe, por exemplo, se as confissões feitas em sede de colaboração premiada ou de Acordo de Não Persecução Penal possuem mínimo lastro probatório.

A Lei Anticrime ao menos repetiu a redação do dispositivo que trata da transação penal e condicionou a oferta do Acordo de Não Persecução à hipótese de “não ser o caso de arquivamento” (art. 28-A do Código de Processo Penal). Quer dizer, o acordo somente será viável nos casos em que houver justa causa para o oferecimento de denúncia (indícios mínimos de materialidade e autoria). Ocorre que o juízo da existência ou não de justa causa está a cargo exclusivamente do Ministério Público, não havendo previsão legal que comande uma avaliação judicial sobre o lastro probatório dos acordos. É possível, então, que acusados se sintam pressionados a confessar imputações que não se sustentariam em um juízo preliminar de admissibilidade da acusação.

Em suma, no Brasil, a prática forense tem se revelado muito distante de um processo negocial paritário, o que inviabiliza o preenchimento dos requisitos de admissibilidade e validade dos acordos. Em verdade, os acordos processuais penais têm se caracterizado por verdadeiros contratos de adesão, nos quais o Ministério Público apresenta os termos e condições que julga pertinentes, cabendo ao acusado a mera aceitação ou rejeição, em verdadeira lógica de “pegar ou largar”.

O espaço para pautar alguma condição não contemplada inicialmente ou questionar cláusulas desfavoráveis é reduzido, tendo em vista que o órgão ministerial sempre poderá recorrer à ameaça do processo e de penas mais graves para paralisar a negociação no ponto em que desejar. Inclusive, não são raras as vezes que membros do Ministério Público abusam do poder de acusação, agravando ou multiplicando as imputações formuladas contra o acusado (*overcharging*), a fim de pressioná-lo a firmar um acordo. Há suspeitas de que até prisões cautelares já foram utilizadas com tal objetivo espúrio.³ Ainda, é necessário considerar que, em um país como o Brasil, no qual o acesso a aconselhamento jurídico e à defesa técnica de qualidade é dificultado pela considerável desigualdade social e a absoluta pobreza de diversos setores da sociedade, a possibilidade de uma negociação paritária é ainda mais hipotética.

Logo, considerando *i*) que, na prática, os acordos processuais

penais se aproximam dos chamados contratos de adesão; *ii*) que a consequência da rejeição da proposta é a possibilidade de imposição de penas mais graves e, por conseguinte, de restrição de liberdade; *iii*) a capacidade do Ministério Público de exercer pressões não necessariamente ilegais; *iv*) as dificuldades de amplo acesso às informações processuais e de total compreensão dos termos, condições e consequências do acordo e *v*) a ausência de controle seguro sobre a pertinência do acordo, frente à demonstração ou não da justa causa; resta evidente que as disparidades negociais são profundas, de forma que os requisitos de admissibilidade e validade dos negócios jurídicos processuais penais (voluntariedade, informação e adequação) podem não ser adequadamente preenchidos e verificados.

4. Conclusão: o princípio da proteção do acusado no Processo Penal Negocial

Diante das consideráveis assimetrias existentes no Processo Penal Negocial, os acordos devem ser abolidos do ordenamento jurídico? Por mais que alguns assim desejem, é impossível voltar ao ponto anterior à introdução dos mecanismos negociais no Direito Processual brasileiro. Esses institutos estão aqui para ficar. O que importa é, acima de tudo, reconhecer suas limitações e as vulnerabilidades às quais estão sujeitos os acusados durante o processo negocial.

O objetivo do presente artigo foi justamente chamar a atenção para tais limitações, introduzindo a questão e estimulando a reflexão para o aperfeiçoamento do modelo processual negocial. Propostas e soluções, que serão enriquecidas a partir dos debates decorrentes da visão ora exposta, serão abordadas e desenvolvidas em trabalhos futuros.

Por ora, lembremos da experiência de outros ramos jurídicos, como o Direito do Trabalho e do Consumidor, a fim de eleger a proteção do acusado (tal como a proteção do trabalhador e do consumidor) enquanto princípio informador de toda negociação processual penal. Se, no processo contencioso, há o princípio da presunção de inocência, nos acordos processuais penais é preciso ir além e, reconhecendo a vulnerabilidade do acusado frente à acusação, oferecer-lhe proteção através de um arcabouço de normas de mitigação e equalização.

Apesar dos importantes avanços legislativos que foram feitos nos últimos anos, a disciplina do negócio jurídico processual penal está longe de estar completa, de forma que é preciso pensar em mecanismos de diminuição da intrínseca desigualdade negocial existente entre acusação e defesa, especialmente no contexto brasileiro (distante da realidade dos sistemas de *common law*), que confere elevada posição processual ao titular da ação penal.

Notas

¹ Nos Estados Unidos, é possível negociar até mesmo a data em que o fato criminoso aconteceu, a fim de evitar a aplicação de normas mais severas. É o chamado *date bargaining*. Ver: BRANDALISE, 2016, p. 69.

² “Esse modelo de administração judicial tem uma característica importante: os órgãos de persecução não gozam do status de representantes do Estado. Na Inglaterra,

os promotores são tratados como funcionários públicos civis; nos Estados Unidos, assumem a função transitória de promover a acusação. Importante dizer que eles não são vistos, em nenhum dos dois Países, como membros de uma instituição.” (MARQUES, 2020, p. 10).

³ TRINDADE; STRECK, 2014.

Referências

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes*. Curitiba: Editora Juruá, 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.

CUNHA, Marcelo Garcia. Notas comparativas entre o sistema adversarial norteamericano e o sistema inquisitorial: qual sistema está mais direcionado a fazer justiça?. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 40, n. 249, p. 451-468, nov. 2015.

DIDIER JR. Fredie. Os três modelos de direito processual: inquisitivo, dispositivo e cooperativo. *Revista de Processo*, v. 36, n. 198, p. 213-225, ago. 2011.

MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. Acordo de não-persecução: um novo começo de era (?). *Boletim IBCCRIM*, ano 28, n. 331, p. 9-12, jun. 2020.

TRINDADE, André Karam; STRECK, Lenio Luiz. “O passarinho pra cantar precisa estar preso” Viva a inquisição!. *Conjur*, 29 nov. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-nov-29/diario-classe-passarinho-pra-cantar-estar-presos-viva-inquisicao>. Acesso em: 03 ago. 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2. ed., Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

VIEIRA, Renato Stanzola. O que vem depois dos “legal transplants”? Uma análise do processo penal brasileiro atual à luz de direito comparado. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 2, p. 767-806, mai./set. 2018. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v4i2.133>.

Recebido em: 14.12.2021 - Aprovado em: 11.02.2022 - Versão final: 31.03.2022