

A NECESSÁRIA RELAÇÃO ENTRE LIBERDADE NEGOCIAL E PROTAGONISMO DA DEFESA NOS ACORDOS PENAIS

*THE NECESSARY RELATIONSHIP BETWEEN LIBERTY OF NEGOTIATION AND DEFENSE
PROTAGONISM IN CRIMINAL AGREEMENTS*

Luísa Walter da Rosa

Mestranda em Direito do Estado, com enfoque em Processo Penal pela UFPR. Pós-graduada em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS e em Direito Penal Econômico pela PUC Minas. Advogada criminalista.

Link Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5094657629897142>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6976-0943>

luisawdarosa@gmail.com

Resumo: O presente trabalho trata sobre a possibilidade de conciliar a ampliação da liberdade negocial em acordos penais, com respeito ao direito de defesa. Parte-se da premissa de que os espaços de consenso no Processo Penal brasileiro são uma realidade em expansão, pautada na negociação da culpa, autonomia privada, lealdade e mitigação das garantias processuais penais tradicionais. A prática ultrapassou a teoria, pois existem acordos firmados além das previsões legais existentes, tendo sido analisado um caso no primeiro tópico. Após a análise prática, abordou-se a adoção da via consensual como uma escolha do acusado. Por fim, num cenário de ampla liberdade negocial, constatou-se que, para poder exercer seu direito de defesa de forma plena ainda que na negociação de acordos penais extralegais, o acusado precisa de uma defesa técnica capacitada e protagonista.

Palavras-chave: Justiça Penal Negociada – Acordos Penais Extralegais – Direito de defesa – Direito de escolha.

Abstract: This paper address whether it is possible to reconcile the expansion of the liberty of negotiation of criminal agreements, respecting the right of defense. It starts on the premise that the spaces of consensus in the Brazilian criminal procedure are an expanding reality, based on the negotiation of guilt, private autonomy, loyalty and mitigation of traditional criminal procedural guarantees. The practice has surpassed the theory, as there are agreements signed beyond the existing legal provisions, one of which was analyzed in the first topic. After that, arguments were brought about the consensual way as a choice of the accused. Finally, in a scenario of wide liberty of negotiation, in order to fully exercise their right to defense, even when negotiating criminal agreements without legal protection, the accused needs a capable technical and protagonist defense.

Keywords: Plea bargain – Extralegal criminal agreements – Right of defense – Right to choose.

Introdução

O Processo Penal brasileiro passa por uma fase de profunda transformação. Apesar do Código de Processo Penal ser datado de 1941, o CPP sofreu grandes alterações ao longo dos anos, sendo a mais recente a da Lei Anticrime (BRASIL, 2019).

Dentre elas, destacam-se a ampliação das disposições legais sobre a colaboração premiada, acrescidas na Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013), e a inclusão no CPP do Acordo de Não Persecução Penal (ANPP). O foco do legislador da Lei Anticrime em dois institutos de Justiça Penal Negociada exemplifica a tendência de expansão dos espaços de consenso no Processo Penal brasileiro como uma das saídas para enfrentar os problemas de eficiência no combate à criminalidade (ROSA; BERMUDEZ; ROSA, 2021, p. 17-18).

Definindo a Justiça Penal Negociada de forma ampla, esta se refere à “possibilidade de o Estado (acusação) e acusado (defesa), no palco de um possível ou de um já instaurado processo penal, negociarem até chegar a um acordo que beneficie ambas as partes” (ROSA; BERMUDEZ; ROSA, 2021, p. 19), tendo como espécies legais a transação penal, suspensão condicional do processo, Acordo de Não Persecução Penal e colaboração premiada.

Nesse palco negocial, há uma certa flexibilização das garantias tradicionais do processo penal para privilegiar as características inerentes a um processo penal negociado, pautado na presunção de

culpa, autonomia privada, boa-fé das partes, lealdade e disponibilidade do direito de escolher a via negocial ou tradicional. Em razão dessas flexibilizações, a tônica dos acordos penais é que a prática vá delimitando os contornos dessa negociação, ficando à frente da teoria. Por isso, não é possível estudar a Justiça Penal Negociada sem olhar para o que vem acontecendo no cotidiano forense.

Nesse aspecto, tem-se conhecimento de casos em que se firmaram acordos penais para além da lei. Ou seja, acordos entre acusação e acusado, com a expressiva atuação da defesa, foram realizados e produziram efeitos sem qualquer amparo legal. Isso significa que as leis e a jurisprudência atual não dão conta da realidade dos acordos penais e, por consequência, os profissionais que atuam na área criminal devem conhecer o tema para além da teoria, a fim de se prepararem para a sua atuação prática.

Diante deste contexto, considera-se importante debater, partindo da premissa que a Justiça Penal Negociada é uma realidade, a relação entre a liberdade negocial das partes e o exercício do direito de defesa nos acordos penais.

1. Acordos penais para além da lei: o que diz a prática

De início, será analisado um caso concreto da Comarca de Florianópolis (SANTA CATARINA, 2019)¹ em que houve a negociação de um acordo penal, sem, contudo, enquadrar-se nos instrumentos de Justiça Penal Negociada já previstos em lei.

Neste caso, o acordo firmado não configura transação penal, suspensão condicional do processo ou Acordo de Não Persecução Penal, porque a persecução penal chegou ao fim, resultando na condenação do acusado. Tampouco configura colaboração premiada, porque não foi imputada a prática de crime de organização criminosa, não sendo possível se valer do meio de obtenção de prova previsto na Lei n. 12.850 (BRASIL, 2013).

Em linhas gerais, o caso ocorreu da seguinte forma: houve prisão em flagrante do acusado, pela prática do delito de porte ilegal de munições e acessórios de uso restrito (art. 16, *caput*, da Lei n. 10.826/2003). Realizada a audiência de custódia, o flagrante foi homologado. Encerrado o ato, o Ministério Público (MP) ofereceu denúncia oral.²

O acusado, ali presente e acompanhado de defensora, foi citado pessoalmente e a sua defensora apresentou resposta à acusação, também de forma oral. Após, com a concordância expressa do MP e da defesa, não havendo testemunhas a serem inquiridas, procedeu-se ao interrogatório do réu, que confessou espontaneamente o delito. Passou-se então à fase de alegações finais orais e em seguida o juiz proferiu a sentença, também oral. Desde a homologação do flagrante até a prolação da sentença, transcorreu cerca de uma hora, o que foi inclusive noticiado pelo site do Tribunal de Justiça à época (MEDEIROS, 2019).

O réu foi condenado, mas, em razão da confissão espontânea e da colaboração com a justiça na celeridade e conclusão do feito, expressamente mencionadas em sede de sentença, a pena final foi fixada em 1 ano e 6 meses de reclusão pelo porte ilegal de munição, muito abaixo do mínimo legal, em regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Abriu-se mão do prazo recursal.

Em que pese as particularidades do caso, percebe-se que houve uma espécie de acordo entre acusação e defesa, acelerando a resolução do feito e, em troca, reduzindo a pena final abaixo do mínimo legal, ainda que contrariando o entendimento dos Tribunais Superiores (BRASIL, 1999).

Fora a redução da pena, substituiu-se a privação de liberdade por restrição de direitos, o que resultou num quadro muito mais favorável ao acusado do que se tivesse se submetido a um Processo Penal tradicional, cujo melhor cenário, em caso de condenação, seria a aplicação da pena no mínimo legal – que no caso do porte ilegal de munições, é de 3 anos (BRASIL, 2003).

Isso porque, no caso em questão, além do acusado ter sido preso em flagrante, ele confessou a prática delituosa (já na oitiva durante a audiência de custódia,³ posteriormente confirmando a confissão durante o interrogatório em juízo), o que, naquele momento, indicava que a probabilidade de condenação ao final do processo seria maior do que de absolvição.

Sabe-se que existem muitas críticas a serem feitas ao caso, de ordem doutrinária, legal e constitucional, como, por exemplo, ter-se dado tanto valor à confissão (ANITUA, 2018, p. 135), que há tempos deixou de ser a rainha das provas, de não respeitar o tempo do Processo Penal (LOPES JR., 2019, p. 47), ou até mesmo mitigar garantias como a presunção de inocência e a legalidade (VASCONCELLOS, 2018; LANGER, 2010).

Contudo, não se pretende aqui questionar o que motivou o representante do MP, a advogada, o acusado e o juiz a acordarem nestes termos. A finalidade deste artigo é abordar outra perspectiva do tema. Considerando o já dito anteriormente, que a prática da negociação de acordos penais supera a teoria na realidade brasileira, é preciso fornecer subsídios teóricos ao que já vem acontecendo no país, a fim de resguardar o direito de defesa. Isso porque acredita-se que no caso aqui analisado a defesa foi exercida em sua plenitude,

o que viabilizou um cenário mais benéfico ao acusado do que se tivesse optado pela via tradicional. E que essa defesa se pautou em duas premissas essenciais: direito de escolha do acusado em optar pela via negocial e preparo do(a) advogado(a) em orientar o cliente e negociar o melhor cenário.

Além do exemplo citado acima, pensando-se nos mais de mil acordos de não persecução penal (VALENTE, 2019) firmados com base na Resolução 181 do CNMP (BRASIL, 2017), sem que sequer houvesse previsão legal para o ANPP, e os inúmeros acordos de colaboração premiada firmados na Operação Lava Jato, que foram muito além das previsões legais em termos de concessão de benefícios (ROSA, 2018, p. 90-99), é possível afirmar que existe sim, na prática, a possibilidade de se negociar acordos penais para além do previsto em lei. Se isso já existe, à margem da lei e independente das críticas doutrinárias, como assegurar que, num cenário em que as garantias legais do acusado já são flexibilizadas, o direito de defesa não restará prejudicado?

2. O necessário protagonismo da defesa

Não há dúvidas de que o Estado, no Processo Penal tradicional e no consensual, atua numa posição vantajosa em razão de todo o aparato que possui à sua disposição. Contudo, na Justiça Penal Negociada, é a autonomia privada das partes que prevalece, o que dá margem para uma liberdade negocial, ao mesmo tempo que exige uma proatividade da defesa, a fim de se posicionar frente à acusação, sob pena da negociação ser meramente pró-forma.

Considerando esse cenário, para que se repute essa margem negocial como possível, é preciso, primeiramente, reconhecer o acusado como sujeito de direitos, e não objeto do Processo Penal (ROSA, BERMUDEZ, ROSA, 2021, p. 19), ou seja, capaz de exercer seu direito de escolha em negociar sua culpa ou seguir o rito tradicional do processo.

Aliado a isso, a defesa técnica precisa estar devidamente capacitada para enfrentar essa nova realidade de negociação no Processo Penal, atuando ativamente desde o início das investigações até a fase final, conhecendo todas as espécies de acordos penais e sabendo operá-los. Não é porque no Processo Penal pautado no consenso as garantias processuais tradicionais são mitigadas que o direito de defesa não está sendo exercido em sua plenitude. Afinal, num contexto negocial, é um direito do acusado, de forma voluntária, optar por negociar a sua culpa, que poderá ser considerada a melhor estratégia defensiva no momento.

Na perspectiva da Justiça Penal Negociada, conforme já dito, há um novo Processo Penal, diferente do tradicional, pautado no consenso, boa-fé, lealdade e autonomia privada (MENDONÇA, 2017). Nessas situações, não há como a defesa ter um papel de mera espectadora. Ela deve participar ativamente de todas as fases da persecução penal, sejam elas pré-processuais (durante o inquérito policial, mediante uma boa investigação defensiva) ou durante a própria ação penal.

Ademais, se a defesa é protagonista e está capacitada para o jogo do Processo Penal (ROSA, 2020), a sua atuação em negociações e acordos penais torna-se mais uma importante forma de não só alcançar um resultado benéfico ao acusado como garantir o exercício do direito de defesa. Atuar de forma combativa é preciso e necessário muitas vezes. Mas optar pela via colaborativa é também uma dentre tantas possibilidades existentes de defesa.

Se no caso concreto a probabilidade de condenação for maior do que de absolvição, a defesa deve colocar na balança os riscos de jogar o jogo tradicional da ação penal ou realizar um acordo em busca de algum benefício (ex.: redução de pena, regime menos gravoso, substituição por pena restritiva de direitos). Caso o acordo seja mais benéfico ao acusado, e seja da sua vontade optar pela negociação ao invés do processo penal tradicional, a autonomia

privada das partes deve ser respeitada e até mesmo estimulada.

Importante afirmar que a premissa maior da negociação é efetivada, pois há uma lógica de ganha-ganha (ROSA, 2020) para ambas as partes ao firmar o acordo, considerando que o acusado receberá os benefícios e o Estado agirá de forma célere na pronta resposta jurisdicional ao delito cometido.

Sendo assim, a defesa deve se capacitar previamente para ir em busca do melhor cenário possível ao seu cliente/assistido. Para tanto, os profissionais devem investir em cursos e treinamentos em técnicas de negociação, visão de mercado, até mesmo estratégia de vendas (FISHER, PATTON, URY, 2018). É possível inclusive se pensar num programa de capacitação dos profissionais subsidiado pela própria OAB, em conjunto com a Defensoria Pública, por exemplo.

Por outro lado, há também que se considerar que, se os pretensos acordos penais a serem firmados não se enquadrarem nas possibilidades já previstas legalmente, a situação gera um cenário de bastante insegurança jurídica.

Não havendo previsão legal sobre a possibilidade de se firmarem acordos nos moldes como o analisado em Santa Catarina, e tampouco existindo decisão vinculante dos Tribunais Superiores a respeito do tema, caso seja do interesse da defesa e do acusado negociarem no processo penal, para além da lei e a fim de, estrategicamente, chegarem ao melhor cenário possível, estes vão depender da sorte do processo cair com partes que queiram negociar dessa forma (CABRAL, 2020).

Tal cenário é inaceitável. Todos aqueles submetidos a um processo penal devem ter acesso ao mesmo "cardápio" de estratégias defensivas, e não ficar dependendo de um acaso. Não pode existir um processo penal "a la carte" (LOPES JR., 2014). Porém, não é isso que se vê atualmente, o que significa que mesmo com as inúmeras

alterações trazidas pela Lei Anticrime, o CPP atual não comporta mais a realidade do Processo Penal brasileiro, em especial os seus novos espaços de consenso (BRANDALISE, 2016).

Considerações finais

Considerando todo o exposto, é de suma importância discutir esse descompasso entre teoria e prática na Justiça Penal Negociada. A prática demonstra, conforme visto no caso que tramitou em Florianópolis/SC, que é possível pactuar acordos penais diversos dos previstos em lei, em prol da vontade das partes, colaboração com a Justiça e celeridade na resolução do feito, desde que seja da vontade do acusado e este seja assistido por uma defesa técnica. Não só assistido, mas de fato orientado por uma defesa capacitada em negociar acordos e vislumbrar estrategicamente qual cenário seria mais benéfico ao representado.

Contudo, acredita-se que toda possibilidade de se optar pelo consenso em vez do processo penal tradicional deve ser amparada por lei, sob pena de gerar insegurança jurídica. Por mais que o Processo Penal brasileiro venha passando por substanciais reformas, em especial às atinentes aos acordos penais, necessita-se de uma legislação processual penal moderna e apta a oferecer a segurança jurídica que a sociedade brasileira e, em especial, os seus jurisdicionados merecem.

Enquanto isso não acontece, acredita-se só ser possível falar em ampliação da liberdade negocial nos acordos penais quando o acusado for visto como sujeito de direitos, assistido por defesa técnica e proativa, sendo uma escolha sua negociar a sua culpa, desde que mais benéfico do que a via tradicional. Com a participação ativa da defesa, valoriza-se tanto o direito à ampla defesa quanto a autonomia privada das partes e a sua liberdade em poder negociar. O que se entende ser a tônica da nova fase do Processo Penal brasileiro.

Notas

- ¹ Para mais informações sobre a prática da vara, recomenda-se a leitura de Musco (2018).
- ² À época dos fatos, em Florianópolis, o juiz que realizava a audiência de custódia se tornava prevento para julgar a ação penal.
- ³ Sabe-se que a audiência de custódia não é o momento adequado para se adentrar

ao mérito da questão e tampouco discutir a eventual culpabilidade do custodiado. Contudo, a informação de que o custodiado já haviam confessado na audiência de custódia consta no processo analisado como argumento na sentença; por isso, a referência a eles.

Referências

- ANITUA, Gabriel Ignacio. Introdução à criminologia: uma aproximação desde o poder de julgar. Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018.
- BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada: Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais relevantes*. Curitiba: Juruá, 2016.
- BRASIL. Decreto-lei n. 3.689, de 03 de outubro de 1941. *Código de Processo Penal*. Rio de Janeiro, 1941.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 231*. Brasília, 1999.
- _____. *Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003*. Dispõe sobre registro, posse e comercialização de armas de fogo e munição, sobre o Sistema Nacional de Armas – Sinarm, define crimes e dá outras providências. Brasília, 2003.
- _____. *Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013*. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Brasília, 2013.
- _____. Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). *Resolução nº 181, de 07 de agosto de 2017*. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Brasília, 2017.
- _____. *Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Brasília, 2019.
- CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. *Manual do Acordo de Não Persecução Penal*. Salvador: Juspodivm, 2020.
- FISHER, Roger; PATTON, Bruce; URY, William. *Como chegar ao sim: Como negociar acordos sem fazer concessões*. Rio de Janeiro: Sextante, 2018.
- LANGER, Maximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargain and the americanization thesis in criminal procedures, in World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial. In: THAMAN, Stephen (Ed.). *World Plea Bargain: consensual procedures and the avoidance of the full criminal trial*. Durham: Carolina Academic Press, 2010.
- LOPES JR., Aury. *Fundamentos do Processo Penal: Introdução Crítica*. 5. ed. São

- Paulo: Saraiva, 2019.
- LOPES JR., Aury. Sistema de Nulidades "a la carte" precisa ser superado no Processo Penal. *Conjur*, 5 set. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-set-05/limite-penal-sistema-nulidades-la-carte-superado-processo-penal> Acesso em: 20 mar. 2020.
- MEDEIROS, Ângelo. *Ação penal é julgada cerca de uma hora após denúncia ser aceita por juiz na capital*. Site do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, 2019. Disponível em: <https://www.tjsc.jus.br/web/imprensa/-/acao-penal-e-julgada-cerca-de-uma-hora-apos-denuncia-ser-aceita-por-juiz-na-capital> Acesso em: 20 abr. 2020.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. Os benefícios possíveis na colaboração premiada: entre a legalidade e a autonomia da vontade. In: BOTTINI, Pierpaolo Cruz; MOURA, Maria Thereza de Assis (Coord.). *Colaboração premiada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- MUSCO, Felipe Rapallo. *Aplicação do plea bargain em audiências de custódia: estudo de caso*. 2018. Dissertação (mestrado profissional) - Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2018.
- ROSA, Alexandre Morais da. *Guia do Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos*. 6. ed. Florianópolis: Emais, 2020.
- ROSA, Alexandre Morais da; BERMUDEZ, André L.; ROSA, Luísa Walter da. *Como negociar o Acordo de não Persecução Penal: Limites e possibilidades*. Florianópolis: Emais, 2021.
- ROSA, Luísa Walter da. *Colaboração premiada: A possibilidade de concessão de benefícios extralegais ao colaborador*. Florianópolis: Emais, 2018.
- SANTA CATARINA. 4ª Vara Criminal de Florianópolis. Ação Penal n. 0002067-59.2019.8.24.0023, j. 12/02/2019. TJSC, 2019.
- VALENTE, Fernanda. MPF firmou mais de mil acordos de "não persecução" penal. *Conjur*, 27 nov 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-nov-27/mpf-firmou-mil-acordos-nao-persecucao-penal> Acesso em: 15 abr. 2020.
- 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: D'Plácido, 2018.

Recebido em: 12.11.2021 - Aprovado em: 26.01.2022 - Versão final: 25.02.2022