

PARIDADE DE ARMAS: NECESSIDADE DE SUPERAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL FRENTE AOS ACORDOS PENAIS

WEAPONS PARITY: THE NEED TO OVERCOME THE JURISPRUDENTIAL ORIENTATION IN RELATION TO CRIMINAL AGREEMENTS

Luiz Antonio Borri

Doutorando em Ciências Criminais pela PUC-RS. Advogado.
Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/1414046440611495>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7649-1270>
luiz@advocaciabittar.adv.br

Rafael Junior Soares

Doutorando em Direito pela PUCPR. Mestre em Direito Penal pela PUCSP.
Professor de Direito Penal e Processo Penal pela PUCPR. Advogado.
Link Lattes: <https://lattes.cnpq.br/7645805665092232>
ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0035-0217>
rafael@advocaciabittar.adv.br

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8356484>

Resumo: O presente artigo discute a necessidade de se reconsiderar a orientação jurisprudencial que veda o depoimento de corréus como informantes e/ou testemunhas no processo penal. O objetivo é demonstrar que a introdução de acordos penais obriga a se repensar figuras tradicionais do sistema de justiça criminal, como forma de minorar o desequilíbrio gerado à defesa pelos novos institutos, pois colaboram apenas com a busca de provas incriminatórias. Desse modo, a partir do método dedutivo e da pesquisa bibliográfica e documental, conclui-se que as partes têm o direito de inquirir corréus em outros feitos de seu interesse, a fim de assegurar o devido processo legal.

Palavras-chave: Prova penal; Acordos penais; Investigação defensiva.

Abstract: This article discusses the necessity to rethink the jurisprudential orientation that prohibits the testimony of co-defendants as informants and/or witnesses in criminal proceedings. The objective is to demonstrate that the introduction of penal agreements forces to rethink traditional figures of the criminal justice system, as a way of mitigating the imbalance generated in the defense by the new institutes, as they collaborate only with the search for incriminating evidence. Thus, based on the deductive method and bibliographical and documental research, it is concluded that the parties have the right to inquire co-defendants in other matters of their interest, in order to ensure due process of law.

Keywords: Criminal evidence; penal agreements; defensive investigation.

O presente ensaio tem a pretensão de discutir a (im)possibilidade até então assentada no processo penal de arrolar corréu como “testemunha”. A questão é colocada nas hipóteses em que o agente não formalizou acordo de colaboração premiada, especialmente porque a jurisprudência e a legislação asseguram o direito de formular questionamentos ao corréu independentemente da existência de acordo.

Na prática, porém, é possível que, por consequência de cisão (art. 79, CPP) ou separação do processo (art. 80, CPP), um acusado não seja ouvido no processo do outro corréu. Imagine-se que A seja acusado de crime de corrupção ativa porque ofereceu vantagem indevida ao policial militar B, objetivando que deixasse de adotar as providências inerentes à sua função para prender em flagrante delito a pessoa de A. Por sua vez, o policial militar B aceita receber a vantagem indevida e efetivamente se omite na sua atuação. Nesse caso, teremos o civil A respondendo pelo delito perante a Justiça comum estadual, enquanto o policial militar B será acusado perante a Justiça militar estadual (art. 9º do Código Penal Militar).

É possível pensar ainda nos maxi- e megaprocessos envolvendo sem número de acusados em que a acusação, por questões estratégicas e de eficiência processual, entenda pertinente a imputação dos fatos a partir de diversos núcleos (Malan, 2019, p. 45-67). O primeiro envolvendo agentes políticos, o segundo agentes públicos e o terceiro apenas particulares. Uma vez mais teríamos, como regra, a inviabilidade dos imputados participantes do núcleo político serem inquiridos pelos defensores dos imputados no núcleo dos particulares.

Essa impossibilidade decorre da compreensão firmada na jurisprudência de que o corréu não pode ser testemunha, salvo na hipótese do colaborador ou delator: “É vedada a oitiva de corréu na condição de testemunha ou informante, salvo no caso de corréu colaborador ou delator [...]” (Brasil, 2017). Mais recentemente a jurisprudência passou

a admitir a oitiva de corréu que formalizou acordo de não persecução penal com o Ministério Público (Brasil, 2022a, 2023).

O mais curioso, no entanto, é que o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui precedentes sustentando inexistir constrangimento ilegal no indeferimento da oitiva de corréu, na medida em que ele não presta compromisso de dizer a verdade:

sendo vedada a oitiva do corréu na qualidade de testemunha, revela-se correta a conclusão da Corte local no sentido de que “a inclusão de vídeo gravado unilateralmente pela defesa do paciente, em que o corréu admite a autoria exclusiva do crime, implicaria no colhimento de sua oitiva na função de testemunha/informante, sem compromisso ou dever de dizer a verdade, subvertendo a orientação pacificada pelos Tribunais pátrios” (Brasil, 2022b)

Para além dos problemas que podem ser suscitados na utilização indevida do acordo de não persecução penal para a obtenção de prova em desfavor dos corréus, por não se tratar de meio de obtenção de prova como a colaboração premiada (Daguer; Soares, 2023, p. 24), é certo que, ao confessar, ainda que de forma meramente protocolar, o investigado que firmou o acordo com a acusação consubstancia fonte de prova a ser explorada única e exclusivamente para fins punitivos. Noutras palavras, inexistente no ordenamento jurídico pátrio instrumento similar ao disponível para a acusação permitindo que a defesa angarie elementos de confirmação da tese sustentada a partir do relato de corréu.

Nessa perspectiva, após reconhecerem que, no processo penal, a acusação dispõe de melhores condições de atuação, porque detém maiores informações sobre a causa, Alexis Couto de Brito, Jenifer Moraes e Juan Carlos Ferré Olivé (2022, p. 21) admitem que, embora a defesa, em princípio, possa ter acesso às evidências e testemunhas angariadas na fase investigatória, no plano empírico, a defesa apoiar-

se-á nos dados carreados pela própria acusação. Disso decorre a necessidade de cautelas para evitar que a justiça negocial se transforme em mecanismo de ainda mais desigualdade e desequilíbrio processual.

Na ambiência negocial, observa-se, por exemplo, a flexibilização do ônus da prova, na medida que a colaboração é empregada nos casos em que a acusação não dispõe de elementos suficientes para afastar a dúvida razoável do julgador. Além do mais, são identificados estímulos dos mais variados às “testemunhas” potenciais, com oferecimento de prêmios, situação que compromete a credibilidade dos relatos. De todo modo, visando reconduzir o processo a um espaço de respeito à paridade de armas, os autores anteriormente mencionados questionam acerca da viabilidade de uma defesa conduzir um acordo de colaboração ou oferecer vantagem pecuniária a uma testemunha para estimular sua participação no processo.

À luz desse questionamento arrematam que, diante do ordenamento jurídico pátrio, inexistente qualquer proibição ao oferecimento de incentivos à testemunha com o objetivo de fazer com que ela compareça em juízo e declare aquilo que viu, haja vista que se esse comportamento não se subsume ao atual crime disposto no art. 343 do Código Penal (Brito; Moraes; Olivé, 2022, p. 23-24).

A doutrina justifica a possibilidade desse comportamento, denominado de colaboração defensiva, invocando a oportunidade conferida à acusação na colaboração premiada. O fundamento é que “tolher a defesa de desenvolver sua argumentação ou seus meios de prova da mesma forma que a acusação acaba por impedir o próprio alcance da verdade, para além da violação da ampla defesa e contraditório, mandamentos constitucionais sabidamente invioláveis” (Brito; Moraes; Olivé, 2022, p. 24). Na mesma linha, ganha impulso a investigação defensiva das mais variadas formas, inclusive na perspectiva colaboracional aqui retratada, na busca da paridade de armas no processo penal (Dias, 2018, p. 145-187), até mesmo almejando angariar elementos que possam subsidiar possível proposta de acordo com o órgão acusador e potencializar os prêmios (Machado, 2018).

Por sua vez, Fernanda Regina Vilares e Vinicius Gomes de Vasconcellos (2021, p. 296-297) observam como os vieses cognitivos, especialmente a heurística da confirmação, podem dificultar a implementação de modelos negociais diante de atores acostumados a atuarem em posições antagônicas diante do conflito, mas admitem que a inserção e ampliação dos acordos na justiça criminal:

acarretam violações a premissas fundamentais do direito penal e do

processo penal, o que finda por abrir brechas para arbitrariedades e violações de direitos fundamentais, além de potencializar o risco de condenação de inocentes ao afastar a necessidade de produção de provas em contraditório para verificação da acusação.

Considerando a complexidade das relações processuais penais atuais e as formas de acordos penais vigentes na legislação brasileira, o que evidencia duas formas de advocacia, tanto a de resistência quanto a colaborativa, figuras tradicionais da prática forense merecem ser repensadas — como foi o caso da ordem das alegações finais quando presente colaboração premiada (sobre a relevância do contraditório na delação cf. Bittar, 2020, p. 236-238) —, com o escopo de compatibilizar a eficiência da justiça criminal e as liberdades individuais. Nesse contexto, a discussão apresentada no presente ensaio mostra-se relevante, vez que a presença de corréu como fonte de prova, em especial por pleito da defesa técnica, colabora com o esclarecimento dos fatos e, assim, com a maior qualidade da decisão judicial.

Por sua vez, Scarance Fernandes (2005, p. 61) ressalta que o contraditório deve ser pleno e efetivo, não bastando conferir à parte a possibilidade formal de se pronunciar sobre os atos da parte contrária, já que é preciso também conferir as condições para tanto. Não por acaso, Antonio Magalhães Gomes Filho (1997, p. 84) sustenta existir um verdadeiro direito subjetivo à introdução de material probatório no processo e a participação em todas as fases do respectivo procedimento.

A postura aqui adotada pretende reafirmar no sistema processual penal brasileiro o direito ao confronto independentemente da posição que ostente o corréu na relação jurídico-processual e suas dificuldades práticas de categorização, em especial porque, no Brasil, não há regulamentação específica, sendo prudente ao legislador estabelecer norma geral para as situações em que o coacusado incrimine outro réu (Bragagnollo, 2018, p. 306-309).

Diante disso, como forma de reequilibrar as oportunidades de produção probatória no processo, entende-se pela necessidade de reorientação do posicionamento firmado pelo STJ, sobretudo para permitir que, dadas as circunstâncias assinaladas no texto, o corréu possa ser arrolado na qualidade de “informante”, assegurando-lhe o direito ao silêncio, inclusive a oportunidade de não comparecer, se assim desejar. Outra alternativa viável seria permitir que o advogado do corréu postule sua habilitação no feito desmembrado ou cindido, comparecendo ao respectivo interrogatório, quando exercerá o contraditório e a ampla defesa em favor do seu constituinte, com o posterior empréstimo da prova ao processo do corréu.

Referências

BITTAR, Walter Barbosa. *Delação Premiada*. 3. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

BRAGAGNOLLO, Daniel Paulo Fontana. *Direito ao confronto e declarações do corréu*. 2018. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2018. <https://doi.org/10.11606/D.2.2018.tde-25092020-143105>

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Sexta Turma. RHC 76.951/RJ. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 9/3/2017, DJe de 16/3/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no REsp 1.993.885/PE. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 28/2/2023, DJe de 6/3/2023.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC 144.641/PR. Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quinta Turma. AgRg no RHC 170.058/MT. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022b.

BRITO, Alexis Couto de; MORAES, Jenifer; OLIVÉ, Juan Carlos Ferré. Igualdade de armas (des) iguais: a colaboração premiada defensiva como aproximação à paridade de armas no processo penal brasileiro. *Revista de Estudos Criminais*, n. 87, p.12-29, out/dez. 2022.

DAGUER, Beatriz; SOARES, Rafael Junior. A confissão exigida para celebração do acordo de não persecução penal, o concurso de agentes e a (im)possibilidade de incriminação

de terceiros. In: DAGUER, Beatriz; ROSA, Luisa Walter da; SOARES, Rafael Junior (Orgs.). *Justiça penal negociada: teoria e prática*. Florianópolis: Emais, 2023. p. 24.

DIAS, Gabriel Bulhões Nóbrega. A advocacia criminal, a investigação defensiva e a luta pela paridade de armas. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 150, p. 145-187, dez/2018.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 4. ed. São Paulo: RT, 2005.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. São Paulo: RT, 1997.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Delação premiada e investigação defensiva: levando o devido processo legal a sério*. ConJur, 13 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-13/academia-policial-delacao-investigacao-defensiva-levando-processo-legal-serio>. Acesso em 19 jun. 2023.

MALAN, Diogo. Megaprocessos criminais e direito de defesa criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 159, p. 45-67, set/2019.

VILARES, Fernanda Regina; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Vieses cognitivos e funções dos atores processuais penais na justiça criminal negocial: análise sobre a atuação dos órgãos persecutórios. In: SANTORO, Antonio Eduardo Ramires; MALAN, Diogo Rudge; MADURO, Flávio Mirza (Orgs.). *Desafiando 80 anos de processo penal autoritário*. São Paulo: D'Plácido, 2021. p. 289-309.

Informações adicionais e declarações do autor (integridade científica)

Declaração de conflito de interesses: o autor confirma que não há conflitos de interesses na condução desta pesquisa e na redação deste artigo. **Declaração de autoria:** todos e somente os pesquisadores que cumprem os requisitos de autoria deste artigo são listados como autores; todos os coautores são totalmente responsáveis por

este trabalho em sua totalidade. **Declaração de originalidade:** a autora garantiu que o texto aqui publicado não foi publicado anteriormente em nenhum outro recurso e que futuras publicações somente ocorrerão com a indicação expressa da referência desta publicação original; ela também atesta que não há plágio de terceiros ou autoplágio.

Como citar (ABNT Brasil)

JUNIOR SOARES, M. R.; BORRI, M. L. A. Paridade de armas: necessidade de superação da orientação jurisprudencial frente aos acordos penais. *Boletim IBCCRIM*, [S. l.], v. 31, n. 371, [s.d.].

DOI: <https://doi.org/10.5281/zenodo.8356484>. Disponível em: https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/606. Acesso em: 22 set. 2023.

Recebido em: 20.06.2023 - Aprovado em: 04.08.2023 - Versão final: 19.08.2023