

# JUSTIÇA CRIMINAL NEGOCIAL E DIREITO DE DEFESA: OS ACORDOS NO PROCESSO PENAL E SEUS LIMITES NECESSÁRIOS

*NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE AND RIGHT OF DEFENSE:  
AGREEMENTS IN CRIMINAL PROCEDURE AND ITS NECESSARY LIMITS*

**Vinicius Gomes de Vasconcellos**

Doutor pela USP. Mestre pela PUCRS. Professor pela UEG e IDP. Editor-chefe da RBDPP. Assessor de Ministro no STF.

Link Lattes: <http://Lattes.cnpq.br/9628659956663949>

ORCID: 0000-0003-2020-5516

[vinicius.vasconcellos@ueg.br](mailto:vinicius.vasconcellos@ueg.br)

**Resumo:** Neste artigo, almeja-se assentar a importância da proteção de direitos e garantias nos procedimentos negociais hoje existentes ou em debate para previsão futura, especialmente em relação ao direito de defesa. Para tanto, serão analisados casos julgados pela Supremo Corte dos Estados Unidos que alteraram posições relevantes na temática, de modo a, considerando as relevantes diferenças entre os sistemas, poder ressaltar a necessidade de limites e controles aos acordos penais. A partir de tal premissa, serão expostos pontos problemáticos que carecem de maior atenção e desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil, indicando-se possíveis sugestões de reformas.

**Palavras-chave:** Justiça criminal negocial - Acordos penais - Direito de defesa - Controle judicial.

**Abstract:** In this article, the aim is to establish the importance of protecting rights and guarantees in criminal agreements procedures that currently exist or are under debate for future creation, especially in relation to the right of defense. For this purpose, relevant cases judged by the Supreme Court of the United States will be analyzed in order to, considering the differences between the US and the Brazilian systems, emphasize the need for limits and controls on criminal agreements. From this premise, problematic points that need more academic and jurisprudential attention in Brazil will be exposed, indicating possible suggestions for reforms.

**Keywords:** Negotiated criminal justice - Plea bargaining - Right of defense - Judicial control.

"A realidade é que a justiça criminal hoje caracteriza, em regra, um sistema de barganhas, não um sistema de julgamentos."<sup>1</sup> Em tradução livre, essa constatação foi feita pelo *Justice Anthony Kennedy* em precedente assentado pela Suprema Corte dos Estados Unidos no sentido de ampliar a importância da defesa técnica durante a fase pré-processual, que envolve, em muitos casos, as negociações de acordos. Por óbvio, a situação brasileira ainda está longe dos percentuais altíssimos de condenações obtidas por acordos que ocorrem no modelo estadunidense; contudo, a tendência de expansão dos espaços de consenso no nosso processo penal é marcante, como já destacamos neste *Boletim*.<sup>2</sup> Sem as cautelas devidas, a barganha triunfará entre nós e, embora não sustente uma inconstitucionalidade incontornável no sistema negocial, há muito ressaltos os seus riscos e problemas inerentes.<sup>3</sup>

Diante disso, neste artigo, almeja-se assentar a importância da proteção de direitos e garantias nos procedimentos negociais hoje existentes ou em debate para previsão futura, especialmente em relação ao direito de defesa. Para tanto, serão analisados casos julgados pela Suprema Corte dos Estados Unidos (SCOTUS) que alteraram posições relevantes na temática de modo a, considerando as relevantes diferenças entre os sistemas, poder ressaltar a necessidade de limites e controles aos acordos penais. A partir de tal premissa, serão expostos pontos problemáticos que carecem de maior atenção e desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial no Brasil.

Primeiramente, no caso *Lafler v. Cooper* (2012), a SCOTUS analisou caso em que o réu, acusado de tentativa de homicídio doloso,

recebeu proposta de acordo feita pelo MP para confessar e obter uma pena reduzida (51-81 meses). Em contato com o juízo, o acusado admitiu a sua culpa e demonstrou interesse no acordo. Contudo, seu advogado afirmou que a acusação não teria como comprovar o dolo, visto que os tiros teriam sido abaixo da cintura da vítima. No julgamento, o réu foi condenado a pena superior àquela oferecida anteriormente (185-360 meses) e, então, passou a alegar que a assistência técnica deficiente causou prejuízo manifesto ao instruí-lo a não aceitar o acordo. Por maioria de um voto, decidiu-se que a deficiência na defesa acarretou manifesto prejuízo ao imputado, visto que demonstrada uma "razoável possibilidade de que o resultado do acordo teria sido diferente com uma assistência técnica competente" e, assim, determinou-se que o acordo deveria ser novamente oferecido e, se aceito, submetido ao controle judicial.

A divergência afirmou que não haveria direito ao acordo e, portanto, a submissão ao julgamento tradicional não poderia ser vista como prejuízo. Tal posição, semelhante ao majoritariamente aceito no Brasil, deve ser analisada com cautela em um cenário de generalização dos mecanismos negociais, onde a persecução penal precisa, ainda assim, pautar-se pela legalidade, previsibilidade e isonomia de tratamento. Simplesmente afirmar que o réu não pode questionar ilegalidades na fase negocial, porque submetido ao juízo tradicional, é ignorar que o sistema precisa se estruturar de modo a tendencialmente dar respostas isonômicas a casos semelhantes, e não depender de uma discricionariedade incontrolável do representante do MP no caso concreto.

Já em *Missouri v. Frye* (2012),<sup>4</sup> a SCOTUS julgou fato em que o órgão acusatório havia oferecido duas propostas de acordo com redução de pena ao advogado do imputado (uma delas com pena de 90 dias). Contudo, sem ser informado de tais ofertas, o réu confessou os delitos narrados e foi condenado a uma pena de três anos, superior àquelas potencialmente aplicáveis se as negociações tivessem sido bem-sucedidas. Diante disso, o réu impugnou a condenação sob a tese de que a deficiência da defesa técnica prejudicou a sua situação, ao passo que, se informado das propostas, a pena imposta seria inferior. Partindo-se da premissa de que o direito à defesa técnica efetiva deve ser garantido em todas as fases “críticas” da persecução penal (como a de negociações), considerou-se que houve violação e que, em regra, as ofertas de acordos devem ser comunicadas ao imputado.<sup>5</sup>

A partir de tais casos, pode-se afirmar que o direito de escolher não aceitar o acordo e se submeter ao processo penal tradicional não suprime a necessidade de que o mecanismo negocial adote procedimento legítimo e compatível com a proteção efetiva dos direitos fundamentais, como o direito de defesa.<sup>6</sup> Ou seja, ainda que o réu tenha sido submetido ao processo penal ou pudesse fazê-lo, vícios e ilegalidades nos acordos ou nas etapas de sua formação podem contaminar a legitimidade da condenação proferida.

Portanto, embora não concorde com construções de um “novo devido processo consensual”,<sup>7</sup> por entender que isso finda por suprimir completamente direitos e garantias desenvolvidas ao longo de séculos, penso que é fundamental avançar no estudo sobre os parâmetros e limites aos acordos no processo penal, de modo a estruturar um procedimento negocial que respeite tais direitos e garantias, ainda que modulados às características e lógicas distintas da justiça criminal negocial. Tendo em vista tais considerações, elenco alguns pontos problemáticos que precisam ser adequadamente regulados em um sistema negocial que se pretenda legítimo.

### **1. Assistência técnica efetiva durante todas as etapas da persecução penal, inclusive negociações.**

A legislação brasileira é precisa ao impor o acompanhamento por advogado ou advogada em todos os momentos. Conforme o § 1º do art. 3º-C da Lei 12.850/13, “nenhuma tratativa sobre colaboração premiada deve ser realizada sem a presença de advogado constituído ou defensor público”. Além disso, o § 2º do mesmo dispositivo, ambos inseridos pela Lei 13.964/19, afirma que “em caso de eventual conflito de interesses, ou de colaborador hipossuficiente, o celebrante deverá solicitar a presença de outro advogado ou a participação de defensor público”. Trata-se de mecanismo que busca evitar situação de indefesa do réu, em hipótese de “insuficiência da defesa técnica nas instruções relacionadas a possível impulso negocial”, como “desprezo ou má condução nas orientações ao cliente no tema do acordo de colaboração”.<sup>8</sup> Por autorizar uma intromissão aguda no direito do imputado em escolher defesa técnica de sua confiança, tal instrumento deve ser interpretado com cautela e submetido ao devido controle judicial motivado.

Por óbvio, a assistência da defesa técnica em todos os momentos é fundamental e vai bem a legislação em consolidar tal imposição. Contudo, não se pode sustentar a ideia de que o simples fato de ter sido o réu aconselhado por advogado/a impeça o reconhecimento de qualquer ilegalidade no acordo e nas negociações, ou vício na vontade do réu. Nesse cenário, a própria relação entre advogado e cliente pode ser impactada, pois diversas são as influências possíveis em meio à justiça criminal negocial. Segundo **Albert Alschuler**, “o sistema negocial é um método inerentemente irracional de administração da justiça e necessariamente destrutivo às relações entre cliente e advogado”.<sup>9</sup> Isso ocorre porque em muitos casos o próprio advogado, que deveria informar adequadamente o réu, acaba por tender a facilitar e incentivar a realização do acordo e o consenso do imputado, tanto por razões ilegítimas (como obtenção de benefícios ou honorários

rapidamente) quanto legítimas, ao considerar os riscos inerentes a qualquer processo penal.<sup>10</sup>

Portanto, a efetividade da assistência técnica deve ser assegurada em todos os casos e eventuais deficiências devem ser controláveis pelos tribunais para correção de ilegalidades no procedimento negocial. Além disso, como já sugerido neste Boletim, seria importante regular diretrizes deontológicas para atuação de advogados e advogadas na justiça criminal negocial.<sup>11</sup>

### **2. Direito à informação e acesso aos autos investigativos como pressuposto da voluntariedade do imputado no acordo penal.**

Para que a decisão do réu em aceitar um acordo e renunciar a direitos fundamentais seja efetivamente voluntária, impõe-se que ela ocorra devidamente informada. É necessário que o imputado tenha conhecimento e compreensão de sua situação em relação à acusação, ao acordo e aos seus direitos, às opções e estratégias processuais possíveis, e às renúncias que realiza ao pactuar com a persecução penal. Conforme a Orientação Conjunta 1/2018 do MPF:

o membro do MPF oficiante deve empregar todos os esforços a fim de bem esclarecer ao interessado e ao seu defensor, desde o início do procedimento, suas tratativas e antes de qualquer ato de colaboração, em que consiste o instituto da colaboração premiada, o respectivo procedimento previsto em lei e nesta Orientação Normativa, os benefícios possíveis em abstrato, a necessidade de sigilo e outras informações pertinentes, em ordem a viabilizar o consentimento livre e informado.<sup>12</sup>

Consequentemente, para aceitar o acordo com voluntariedade, deve-se ter conhecimento sobre a sua situação diante da persecução penal. Não se pode admitir que a acusação se utilize de meios abusivos ou blefes para influenciar o réu a confessar por acreditar indevidamente que existem provas em um determinado sentido. Trata-se de uma decisão estratégica que envolve uma ponderação de chances e riscos, de modo que “a ausência de conhecimento real dos elementos de convicção colhidos durante as investigações pode incutir no colaborador o temor de ser alvo de acusações que, em verdade, não se sustentariam por absoluta falta de justa causa à ação penal” e dificultasse a “constituição de um prognóstico sobre a viabilidade da própria defesa em caso de recusa à colaboração”.<sup>13</sup>

Conforme **Mariana Lauand**, “deverão, imputado colaborador e seu advogado, outrossim, ter ciência do inteiro teor dos autos antes de decidirem realizar a colaboração processual”.<sup>14</sup> Ainda que, diferentemente do sistema estadunidense, a investigação brasileira paute-se pelo princípio da oficialidade e da formalização nos autos, devem ser adotados mecanismos adequados para assegurar o acesso devido e evitar a supressão de elementos pertinentes.<sup>15</sup>

### **3. Critérios e controles para a decisão do órgão acusatório em relação a propor/aceitar um acordo penal.**

Embora tenha prevalecido nos Tribunais a posição de que os acordos penais não configuram direito subjetivo do imputado que possa ser concedido de ofício pelo juízo, pensa-se que é inadmissível a visão que exclui qualquer possibilidade de controle ao afirmar que se trata de mera discricionariedade da acusação.<sup>16</sup> Sem dúvidas, um dos maiores problemas descritos no sistema estadunidense é a ocorrência de abusos por parte de acusações infladas, recusas injustificadas e tratamentos desiguais entre imputados em situações semelhantes.<sup>17</sup>

É necessário estabelecer normativas internas mais detalhadas para a atuação de representantes do Ministério Público, de modo a assentar critérios e parâmetros sobre admissibilidade dos acordos e, especialmente, benefícios e penas a serem negociadas. Não se pode admitir a estruturação de um sistema em que a busca por isonomia e igualdade na aplicação da lei penal para casos semelhantes não seja um objetivo primordial.

Nesse sentido, vale citar o exemplo italiano. No *patteggiamento*, mecanismo de barganha, há uma tentativa de limitação à discricionariedade do acusador pela imposição ao promotor da obrigação de justificar a sua recusa, que, se ilegítima, acarretará consequências: “na Itália os motivos da recusa são verificados pelo juiz, que, se entendê-la injustificada, assegurará a redução solicitada pelo acusado, mesmo após o transcorrer de todo o procedimento ordinário, consagrando assim o acordo como direito subjetivo do réu.”<sup>18</sup>

#### 4. Direito ao recurso e sistemas de controle judicial aos mecanismos negociais.

Como exposto, pensa-se que os mecanismos negociais devem, primordialmente, ser submetidos a controles internos no âmbito do órgão acusatório. Decisões sobre aceitar ou não o acordo e os benefícios possíveis são muito relevantes na persecução penal e, assim, precisam ser tomadas e revisadas colegiadamente. Contudo, isso de modo algum afasta a importância do controle judicial para assegurar a proteção aos direitos fundamentais e evitar abusos, cujo risco é potencializado em um cenário negocial.

Renúncias prévias e genéricas ao direito ao recurso não devem ser admitidas, visto que inviabilizam o acesso à justiça. Segundo **Figueiredo Dias**:

(...) à renúncia ao recurso no âmbito dos acordos processuais não parece estar subjacente qualquer interesse legítimo; e, pelo contrário, à sua pretendida eficácia poderiam ligar-se perigos duradouros para a subsistência de um processo penal adequado ao Estado de Direito.<sup>19</sup>

O direito ao recurso sobre a condenação é assegurado no processo penal pelo art. 8.2.h da CADH, devendo ser resguardado em tal situação.<sup>20</sup> Eventual impugnação ao acordo pode, a depender da análise do caso concreto, ensejar a sua rescisão, se houver cláusula nesse sentido, mas não pode ser admitida renúncia genérica e prévia ao próprio gravame.

Além disso, no juízo homologatório, é fundamental que ocorra um controle sobre a base fática para a aceitação do acordo.<sup>21</sup> A confissão não pode ser fundamento exclusivo da condenação, ao passo que elementos de corroboração precisam justificar a superação da presunção de inocência para autorizar a imposição de uma sanção criminal (ainda que denominada diversamente). Mesmo em mecanismos negociais dirigidos a fatos considerados menos graves, como uma transação penal, não se pode admitir a homologação sem qualquer lastro probatório a indicar a ocorrência de fato criminoso e punível, por exemplo.

#### Notas

<sup>1</sup> SCOTUS, p. 11, 2012.

<sup>2</sup> FALAVIGNO; VASCONCELLOS, 2018.

<sup>3</sup> Ver: VASCONCELLOS, 2018.

<sup>4</sup> SCOTUS, 2012.

<sup>5</sup> Sobre isso: ROBERTS, 2013.

<sup>6</sup> Ressaltando a importância dos precedentes, mas afirmando que ainda carecem de atenção diversos problemas graves no sistema negocial estadunidense, como abusos acusatórios e falta de acesso a provas e investigações: ALKON, 2014.

<sup>7</sup> MENDONÇA, 2017, p. 126.

<sup>8</sup> PEREIRA, 2020, p. 233.

<sup>9</sup> ALSCHULER, 1975, p. 1180 (tradução livre).

<sup>10</sup> VASCONCELLOS, 2018, p. 403-419.

<sup>11</sup> VASCONCELLOS, 2018.

<sup>12</sup> Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr5/orientacoes/orientacao-conjunta-no-1-2018.pdf>>. Acesso em: 22 mai. 2021. p. 4.

<sup>13</sup> PEZZOTTI, 2020, p. 260.

<sup>14</sup> LAUAND, 2008, p. 114.

<sup>15</sup> Sobre isso: MIRZA MADURO, 2020.

<sup>16</sup> VASCONCELLOS, 2020, p. 94-101.

<sup>17</sup> MCCANNON, 2015.

<sup>18</sup> VASCONCELLOS, 2015, p. 446.

<sup>19</sup> DIAS, 2011, p. 97. Em sentido contrário, posicionando-se favoravelmente à renúncia ao direito de recorrer: FONSECA, 2017, p. 132.

<sup>20</sup> Sobre isso: ROMERO, 2017, p. 272. Em relação ao direito ao recurso no processo penal, ver: VASCONCELLOS, 2020.

<sup>21</sup> O controle judicial sobre o acordo e seus limites são temas complexos, de modo que se remete a: VASCONCELLOS, 2021; DE-LORENZI, 2021.

#### Referências

ALKON, Cynthia. The U.S. Supreme Court's Failure to Fix Plea Bargaining: The Impact of Lafler and Frye. *Hastings Constitutional Law Quarterly*, v. 41, n. 3, p. 561-622, 2014.

ALKON, Cynthia. An Overlooked Key to Reversing Mass Incarceration: Reforming the Law to Reduce Prosecutorial Power in Plea Bargaining. *University of Maryland Law Journal of Race, Religion, Gender and Class*, vol. 15, no. 2, p. 191-208, 2015.

ALSCHULER, Albert W. The Defense Attorney's Role in Plea Bargaining. *Yale Law Journal*, v. 84, n. 6, p. 1179-1314, maio/1975. <https://doi.org/10.2307/795498>

DE-LORENZI, Felipe. *Justiça negociada e fundamentos do direito penal*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal*. Porto: Conselho Distrital do Porto, 2011.

FALAVIGNO, Chiavelli F.; VASCONCELLOS, Vinicius G. O processo penal brasileiro e os mecanismos de barganha: o cenário do processo legislativo atual de reformas para expansão dos espaços de consenso. *Boletim do IBCCRIM*, v. 26, p. 2-3, 2018.

FONSECA, Cibele B. G. *Colaboração premiada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2017.

LAUAND, Mariana de Souza Lima. *O valor probatório da colaboração processual*. 2008. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

MCCANNON, Bryan C. Prosecutors and plea bargains. In: EDKINS, REDLICH (ed.). *A system of pleas*. New York: Oxford University Press, 2019, p. 56-79. <https://doi.org/10.1093/oso/9780190689247.003.0005>

MENDONÇA, Andrey B.; DIAS, Fernando L. A renúncia ao direito recursal em acordo de colaboração premiada. In: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. (Org.). *Temas atuais da investigação preliminar no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

MIRZA MADURO, André. Direito de acesso aos autos como requisito informativo durante as negociações de colaboração premiada: uma análise à luz do processo justo (*fair trial*). 2020. Dissertação (Mestrado em Direito) – Instituto Brasileiro de Direito Público, Brasília.

PEREIRA, Frederico Valdez. Apontamentos sobre a colaboração premiada na Lei Anticrime. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 174, p. 199-254, dez. 2020.

PEZZOTTI, Olavo Evangelista. *Colaboração premiada*. São Paulo: Almedina, 2020.

ROBERTS, Jenny. Effective Plea Bargaining Counsel. *The Yale Law Journal*, v. 122, p. 2650-2674, 2013.

ROMERO, Eneas. A colaboração premiada. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Coord.). *Crime organizado. Análise da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Barganha e justiça criminal negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Colaboração premiada no processo penal brasileiro*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Direito ao recurso no processo penal*. 2ed. São Paulo: RT, 2020.

VASCONCELLOS, Vinicius G. "Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença penal no Brasil" - propostas para limitação normativa aos acordos e à atuação judicial no controle de suficiência probatória para homologação. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 175, p. 343-360, 2021.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, v. 15, jan./jun. 2015. <https://doi.org/10.12957/redp.2015.16880>

VASCONCELLOS, Vinicius G.; SOUSA, Matheus F. Código de Ética da Advocacia na Justiça Criminal Negocial: proposta de regras deontológicas para integridade defensiva na colaboração premiada. *Boletim IBCCRIM*, ano 26, n. 303, p. 13-15, fev. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius G.; SENEDES, João Paulo. Colaboração premiada e defesa técnica: a crise do direito de defesa na justiça criminal negocial. In: SANTORO; MALAN; MIRZA (Org.). *Crise no processo penal contemporâneo*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

Autor convidado