

Órgão da Justiça Criminal terá a tônica da nova advocacia criminal



As transformações no exercício da advocacia criminal

atingem seu ápice com a entrada em vigor do pacote "anticrime". Os profissionais que militam na área precisam compreender as mudanças e se preparar para os novos tempos. Não seremos mais apenas defensores, mas, sobretudo, negociadores.

Em 1995, com a criação dos juizados especiais criminais, foram introduzidos em nosso sistema de justiça criminal os primeiros mecanismos de solução negociada dos litígios penais: a composição civil dos danos, a transação penal e a suspensão condicional do processo. Tivemos todos que aprender, ainda que com menos sofisticação e técnica, a avaliar as melhores alternativas em cada caso concreto entre a resistência à imputação — através do exercício do direito de defesa no curso da instrução processual — e a formalização de acordos, seja diretamente com a vítima, seja com o Ministério Público. Uma diferença marcante entre estas alternativas de solução conciliatória das lides criminais e o *plea bargaining* do Direito norte-americano que as inspira é que por aqui não havia a condição da confissão como pressuposto para os acordos.

O caminho sem volta para a chamada justiça penal negociada foi incrementado com a disciplina das colaborações premiadas na Lei de Combate às Organizações Criminosas (Lei 12.850/2013), que viabilizou diversas negociações e muitos acordos, sendo os de maior visibilidade aqueles celebrados no âmbito da operação "lava jato". A colaboração premiada — mesmo com as reservas que se pode ter quanto ao conteúdo ético do instituto — passou a ser uma alternativa de defesa, uma opção estratégica a ser considerada pela advocacia criminal em cada caso concreto. Afinal, há casos em que a melhor defesa pode ser a negociação e celebração de um bom acordo de colaboração premiada.

Vale registrar, por oportuno, que a Lei 13.964/2019 (pacote "anticrime") procura corrigir as lacunas da legislação anterior em relação às colaborações premiadas, especialmente no que diz respeito à vulnerabilidade dos potenciais colaboradores (investigados e réus) e seus defensores em face do excessivo poder de decisão atribuído ao Ministério Público e da ausência de regulamentação legal das negociações, circunstâncias estas geradoras da indesejável impunidade seletiva.

Não raro, advogados experientes no patrocínio de defesas em causas complexas, habituados aos embates travados em petições, audiências, julgamentos e sustentações orais, focados em construir teses

vencedoras para convencer magistrados, viram-se sentados em mesas de negociação com procuradores da República, promotores de Justiça e delegados de polícia, discutindo o quanto seus clientes poderiam colaborar com as autoridades, indicando as provas de corroboração, debatendo qual seria o valor da multa a ser paga, quem mais poderia aderir ao acordo, quantos anos de pena seus clientes iriam cumprir e em qual regime.

Em muitos casos a advocacia criminal se deparou com negociadores fortes (com grande poder de decisão), preparados e articulados. Sofisticadas técnicas de negociação foram postas em prática. A advocacia encarou a divisão de papéis entre os negociadores do outro lado da mesa (“o impaciente”, “o atencioso”, “o blefador”, “o leniente”, “o rigoroso”, “o conciliador”, “o legalista”), o uso estratégico do tempo nas tratativas, os vazamentos seletivos teleguiados para influir no rumo das negociações, as medidas cautelares como instrumento de pressão e a possibilidade de envolvimento ou proteção de familiares dos colaboradores. Alguns causídicos e seus clientes foram manipulados com a prática do *carrot and stick* — utilizada de maneira desleal para obtenção de informações ao longo de extensas negociações sem que houvesse o intento efetivo das autoridades de firmar o acordo ao fim das tratativas — e até a teoria dos jogos foi utilizada na forma do dilema do prisioneiro — em que dois pretendentes a colaborador são provocados à traição recíproca quando ameaçados com a possibilidade do outro delatar primeiro, não raras vezes em situações nas quais as autoridades não teriam muito mais do que a palavra de um contra o outro e o silêncio de ambos poderia ser a melhor alternativa para os dois.

O pacote "anticrime" procura corrigir a rota no uso das colaborações premiadas através da redação dos artigos 3º-A, 3º-B, 3º-C e das alterações e acréscimos nos parágrafos do artigo 4º da Lei 12.850/2013, estabelecendo novos requisitos para a validade das colaborações, procedimentos para as tratativas, mecanismos de registro destas, limitações quanto ao objeto da colaboração, meio de aferição quanto ao conhecimento prévio dos fatos pelo Ministério Público, vedação à recusa de celebração do acordo sem justificativa, indispensabilidade da efetiva assistência de advogado e um maior controle jurisdicional, de molde a evitar os notórios abusos, a banalização no uso do instituto e a disparidade entre as condições do Ministério Público e da defesa à mesa de negociações.

A opção legislativa pela composição na esfera processual penal ganha, agora, contornos ainda mais impactantes no nosso sistema de justiça criminal com a inserção em nosso ordenamento dos acordos de não persecução penal. O novo instituto de solução negociada dos casos criminais, que somente permite o ajuste em torno de penas alternativas à prisão, abarca a maior parte dos crimes tipificados na legislação brasileira, que tem poucos tipos penais com pena mínima cominada acima do alto patamar de quatro anos.

A justiça penal negociada passa a prevalecer mesmo sem o acolhimento da proposta original do Ministério da Justiça que previa duas possibilidades de acordo, uma no artigo 28-A e outra no artigo 395-A. A primeira abrangeria delitos com pena máxima cominada inferior a quatro anos, praticados sem violência ou grave ameaça, e viabilizaria acordos tendo como reprimenda principal a prestação de serviços à comunidade. Já a segunda proposição viabilizaria a celebração de acordo (com os mesmos efeitos de uma sentença condenatória) para qualquer delito, independente da pena cominada ou do delito ter sido praticado com violência ou grave ameaça, e poderia ter como objeto do ajuste o cumprimento de pena privativa de liberdade (sem processo, sem julgamento). Este dispositivo era o que efetivamente mais se assemelhava ao *plea bargaining* do Direito norte-americano e que, indiscutivelmente,

recrudesceria o encarceramento e a superlotação do sistema prisional, tal qual se constata alhures, no país que ostenta a maior população carcerária do mundo.

A redação final sancionada na Lei 13.964/2019 não acolheu a versão mais ampla do acordo — que estava contemplada na proposta para o artigo 395-A — e alterou substancialmente o cabimento da composição concebida no projeto para o artigo 28-A, ampliando sua abrangência para os delitos com pena mínima inferior a quatro anos, que tenham sido praticados sem violência ou grave ameaça.

O acordo de não persecução penal, assim como a transação penal, viabiliza a aplicação de pena sem processo. Tal qual a suspensão condicional do processo, tem como requisito a obrigação de reparar o dano. E, da mesma forma que os benefícios precedentes, garante a manutenção da primariedade do beneficiário.

Mas há uma diferença fundamental: os acordos exigem a confissão do investigado ou acusado, assemelhando-se, nesta quadra, ao *plea bargaining* ianque. Uma grande questão se apresenta neste ponto: e se houver descumprimento do acordo, a confissão poderá ser usada contra o réu na eventual retomada da ação penal? Nenhuma *safeguard* foi estabelecida para proteção do agente nestas circunstâncias. Na versão original do pacote "anticrime" havia previsão na proposta de redação do parágrafo 9º do novo artigo 395-A da garantia de que “se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos, ficando as partes proibidas de fazer quaisquer referências aos termos e condições então pactuados, tampouco o juiz em qualquer ato decisório”. Tal proteção corresponde àquela das tratativas frustradas de delação premiada estabelecida no parágrafo 6º do novo artigo 3º-B da Lei 12.850/2013. A garantia aqui, no âmbito dos acordos de não persecução penal, deveria ser ainda mais efetiva e ampla, vedando expressamente o uso da confissão caso o acordo seja frustrado ou rescindido. Como não há previsão de qualquer proteção neste sentido, trata-se de mais uma variável a ser considerada pela advocacia quando do aconselhamento dos constituintes para decidir sobre confessar para viabilizar o acordo de não persecução penal.

A advocacia criminal no Brasil está preparada para esta nova realidade? As faculdades de Direito ministram matérias sobre técnicas de negociação? Você está preparado para negociar a liberdade do seu cliente? Se sente apto a debater o cumprimento de “outra condição indicada pelo Ministério Público” (disposição legal extremante aberta e propícia ao afloramento da criatividade ministerial, que deve se sujeitar, salvo melhor juízo, ao comando genérico de adequação às circunstâncias do fato e às condições pessoais do investigado/acusado).

Um dos instrumentos à disposição da advocacia para melhorar suas condições à mesa de negociações pode ser a investigação defensiva. Saber tirar vantagem desta ferramenta pode fazer a diferença na hora de barganhar com o Ministério Público, ao qual, lamentavelmente, não foi imposto o dever de *disclosure* total das evidências favoráveis à defesa, tal como ocorre no país berço da justiça penal negociada. Mesmo sem esta obrigação explícita na legislação, espera-se, para o sucesso desta nova modalidade de solução negociada dos casos criminais, que acusação e defesa ajam, como nas relações contratuais, sob a égide da boa-fé e da lealdade, ou seja, dentro de padrões éticos mínimos de comportamento.

É forçoso reconhecer que se a Lei 9.099/95 não cumpriu um de seus intentos que era desafogar a justiça criminal — eis que, na verdade, deu vazão a uma demanda reprimida de casos envolvendo infrações

penas de menor potencial ofensivo que não chegavam ao crivo do judiciário — a Lei 13.964/2019 promete atingir esse objetivo, viabilizando a composição, via acordo de não persecução penal, em uma quantidade enorme de processos hoje em tramitação. Estima-se que no âmbito da Justiça Federal, por exemplo, seja viável a celebração de acordos em cerca de 70% do acervo processual. Uma das varas federais criminais da Seção Judiciária de Minas Gerais fez “auditoria” nos processos em tramitação e apurou que seria possível abrir rodadas de negociação entre o MPF e as defesas em 73% dos processos...

O maior risco da nova realidade é o de injustiças, com a coação de pessoas para celebrar acordos em situações em que a pretensão acusatória não seria sequer viável. Acordo sem denúncia pode implicar em acordo sem que o Ministério Público tenha sequer prova de materialidade e indícios suficientes de autoria. O risco do blefe é efetivo. E a prática do chamado *overcharging* — consistente na conduta do *parquet* de inflar acusações e majorar imputações — para forçar a aderência ao acordo pela ameaça de uma pena exagerada, injusta e desproporcional caso o processo vá a julgamento, pode desvirtuar o instituto. Exemplos claros de *overcharging* são as acusações de homicídio, sempre qualificado, após a entrada deste delito no rol dos crimes hediondos no início da década de 90. Coação e receio de julgamento injusto podem levar inocentes a aceitar acordos. Estatísticas americanas comprovam isso.

A aversão ao *trial*, típica da advocacia criminal nos Estados Unidos da América, não pode nos contaminar e impedir o exercício pleno do direito de defesa, em toda a sua amplitude e com todas as garantias. De outro lado, as soluções consensuais típicas da justiça penal negociada — que já são do nosso convívio desde 1995 e agora são ampliadas com o acordo de não persecução penal — devem ser bem-vindas e recebidas pela advocacia como mais uma alternativa de efetiva defesa dos melhores interesses de seus constituintes. Negociar e acordar pode ser mais importante que defender — no sentido de contrapor, resistir — e, na verdade, negociar pode ser a melhor defesa.

A grande missão da advocacia criminal diante de investigações e processos que comportem o acordo de não persecução penal será a gestão de riscos: decidir entre enfrentar os custos e riscos do processo, no qual, ao final, o acusado pode ser absolvido ou condenado, e a celebração do acordo, com reprimenda menor em um a dois terços que a pena mínima cominada e sempre convertida em penas alternativas à privativa da liberdade. Aconselhar o cliente para que este escolha entre a litigiosidade exacerbada e processos morosos ou a composição e a celeridade. Negociar será a tônica da nova advocacia criminal.

Date Created

23/02/2020