

TÍTULO:

**A NECESSÁRIA ADAPTAÇÃO DO SISTEMA DE DEFENSORIA PÚBLICA
PARA VIABILIZAR O ACESSO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL**

FRANCISCO ALVES DA CUNHA HORTA FILHO

Mestrando em Direito no Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis, na linha de pesquisa Processo e Efetivação da Justiça e dos Direitos Humanos (2021). Bolsista do Programa de Suporte à Pós-graduação de Instituições Comunitárias de Educação Superior da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (PROSUC/CAPES). Especialista em Direito Constitucional (2020). Defensor Público do Estado do Rio de Janeiro. Membro indicado pela Associação de Defensores Públicos do Estado do Rio de Janeiro para a Comissão Temática de Política Criminal da Associação Nacional dos Defensores Públicos (2021)

**A NECESSÁRIA ADAPTAÇÃO DO SISTEMA DE DEFENSORIA PÚBLICA
PARA VIABILIZAR O ACESSO AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO
PENAL**

**THE NECESSARY ADAPTATION OF THE PUBLIC DEFENSE SYSTEM TO
ENABLE ACCESS TO THE CRIMINAL NON PROSECUTION AGREEMENT**

Resumo: A Lei nº 13.964/2019 trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal, até então tratado por questionável regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público, e que representa mais um instrumento consensual a ser utilizado na justiça penal. A lei estabelece requisitos que, sem o domínio da técnica jurídica, é de impossível apreensão, e, inobstante isso, a interpretação jurisprudencial que tem prevalecido é de que o novo mecanismo somente pode ser utilizado na etapa pré-processual. Isso faz com que seja necessária a atuação de um defensor técnico para a pessoa acusada, reduzindo a natural situação de desequilíbrio com Ministério Público. Ocorre que, a Defensoria Pública, tradicionalmente, tem a atribuição dos seus órgãos atrelada aos órgãos jurisdicionais, razão pela qual, há uma dificuldade em viabilizar a relação defensor-cidadão neste momento que antecede a ação penal. O artigo enfrentará a questão afeta aos requisitos do acordo de não persecução penal como meio para concluir pela necessidade de atuação do Defensor Público e, em momento seguinte, abordará o projeto no âmbito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro que pretende implementar o atendimento aos acusados que tenham o interesse em ser representados por um Defensor nas rodadas de negociação que antecedem a conclusão do acordo.

Abstract: The law 13.964/2019 brought to the Brazilian legal system the criminal non prosecution agreement, until then treated by questionable regulation of the National Council of the Public Prosecution, and which represents another consensual instrument to be used in criminal justice. The law establishes requirements that, without the domain of legal technique, it seems to be impossible to apprehend, and, nevertheless, the prevailing jurisprudential interpretation is that the new mechanism can only be used in the pre-procedural stage. This makes the performance of a technical defender necessary for the accused person, reducing the natural situation of imbalance with the Public Prosecutor. It so happens that the Public Defender's Office, traditionally, has the assignments of its organs linked to jurisdictional organs, which is why there is a difficulty in enabling the defender-citizen relationship at this moment that precedes the criminal action. The article will address the issue related to the requirements of the non-criminal prosecution agreement as a means of concluding the need for action by the Public Defender and, in a subsequent moment, will address the project within the scope of the Public Defender of the State of Rio de Janeiro that intends to implement the service to the accused who have an interest in being represented by a Defender in the negotiation rounds that precede the conclusion of the agreement.

Palavras-chave: Defensoria Pública; Atribuições; ANPP

Keywords: Public Defense; Assignments; NPA

1 A JUSTIÇA PENAL CONSENSUAL É UM CAMINHO SEM VOLTA (?)

O ordenamento brasileiro tem vivenciado, desde os anos 1990, a importação para a sua realidade de alguns instrumentos consensuais a serem aplicados nas demandas criminais, o que se justifica por inúmeras razões.

LOPES JÚNIOR (2020, 142), de forma muito perspicaz, constata que

A ampliação dos espaços de consenso no processo penal é uma tendência inexorável, que começou timidamente no Brasil em 1995, com a Lei n. 9.099 e seus institutos de transação penal e suspensão condicional do processo, e foi se expandindo através da delação premiada e, mais recentemente, com o ‘acordo de não persecução penal’ recepcionado pelo art. 28-A do CPP.

De fato, a avaliação do professor gaúcho parece verdadeira, notadamente se observa que a Lei nº 13.964/2019 não foi até onde queria: a proposta que nela estava veiculada de adoção do *plea bargaining* não foi recepcionada, inobstante a defesa do colonial argumento de que a sua utilização nos Estados Unidos da América seria “um sucesso”. Não é bem assim, mas, como a pretensão deste artigo não é enveredar sobre as críticas da barganha norte-americana voltemos ao cerne do debate.

Em síntese, os movimentos de incorporação do consenso na justiça penal brasileira se justificam a partir de dois vetores.

O primeiro deles é a sobrecarga de processos que se acumula nos juízos com competência criminal desde o Oiapoque até o Chuí. É inegável que os instrumentos da Lei nº 9.099/1995 tem como escopo, principalmente, reduzir a maior quantidade possível de processos que tramitam no Poder Judiciário elegendo, para isso, condutas reputadas como menos expressivas para a sociedade.

O segundo é a necessidade de eficiência, vista como o advento de uma decisão final o mais breve e com o menor custo possível. A Lei nº 12.850/2013, com a colaboração premiada, e a Lei nº 13.964/2019, com o acordo de não persecução penal, buscam, por meio de confissões estimuladas por benefícios, a indicação de terceiros envolvidos do fato e a perda do produto econômico da atividade fazem com que o agente receba uma punição rápida, com o nítido objetivo de arrefecer ânimos punitivistas, mesmo sob o preço da vulgarização de direitos fundamentais.

Neste cenário, o modelo consensual penal é um caminho sem volta no Brasil, em que o acordo de não persecução penal desponta como o seu mais novo representante.

2 O DESENHO LEGAL DO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Apresentada essa perspectiva de que o acolhimento de métodos consensuais na justiça criminal brasileira é necessário e uma via sem retorno, a partir de agora, releva analisar a forma com que a Lei nº 13.964/2019 trata o acordo de não persecução penal, principalmente, os requisitos que foram estabelecidos pelo legislador para o oferecimento ao imputado.

2.1 Os requisitos legais para a concessão do benefício

O Artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro traz os requisitos que deverão ser preenchidos no caso concreto para o oferecimento ao imputado do acordo de não persecução penal. Tais condições são de natureza objetiva, quando ligadas a aspectos do fato criminoso que seria objeto da denúncia, e, de natureza subjetiva, quando ligadas a condições pessoais do imputado.

Vejamos, inicialmente, os requisitos objetivos.

Para que seja possível o oferecimento do acordo é exigido que não seja caso de arquivamento da investigação. Disso decorre duas exigências: (i) No momento em que o Ministério Público avalia a possibilidade de oferecimento da solução consensual todos os atos de investigação já devem estar encerrados, pois, apenas assim é possível vislumbrar se haverá arquivamento; e, (ii) A investigação deve trazer um substrato mínimo de elementos de convicção que apontem a autoria e materialidade delitiva, isso porque, sem isso será hipótese de arquivamento.

O segundo requisito está ligado à pena mínima prevista pelo tipo: ela deverá ser inferior a 4 anos, considerando-se as causas de aumento e de diminuição de pena. Note-se que, diferentemente do que se dá no Artigo 44 do Código Penal Brasileiro, que fala em pena não superior a 4 anos, para o acordo é necessário que não ultrapasse o limite de 3 anos, 11 meses e 30 dias.

Além deste aspecto referente à pena, quando o delito imputado estiver inserido em um contexto de violência doméstica, familiar ou contra a mulher, por razões da condição de sexo feminino, também não será possível o acordo. CABRAL (2020, 101)

traz uma importante consideração a este respeito deste impeditivo legal esmiuçando cada uma das hipóteses ali previstas:

O crime praticado no contexto doméstico abrange todos os delitos que envolvam pessoas (não importando aqui o gênero) que convivam num mesmo lugar físico. [...] Já com relação aos crimes cometidos no âmbito familiar, leva-se em consideração – não o espaço físico – mas as relações de parentesco existentes entre os envolvidos, ainda que não residam juntos. [...] Em suma, sempre que o delito for cometido contra mulher, por razões da condição do sexo feminino, pouco importando se é no âmbito doméstico ou familiar, se é com violência ou não, está vedada a celebração do acordo de não persecução penal.

Como requisito se exige ainda que o crime não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, de qualquer natureza, à pessoa.

Também é requisito objetivo a constatação, pelo membro do Ministério Público, de que os termos do acordo serão necessários e suficientes para a repressão do crime. Severas críticas devem ser direcionadas a esta condição do acordo, na medida em que, entrega uma grande margem discricionária ao membro do Ministério Público no momento de oferecer ou não um instrumento que, em alguns casos, poderá ser crucial para a preservação do estado de inocência e do direito à liberdade da pessoa, o que, em um sistema forjado sob o pálio do princípio da obrigatoriedade, poderá ensejar debate quanto à violação do direito à igualdade.

Por fim, o último requisito objetivo é o não-cabimento de transação penal, o que dá a conotação de que o acordo de não persecução penal é um instrumento menos benéfico ao imputado do que aquele previsto no Artigo 76 da Lei nº 9.099/1995.

Já em relação aos requisitos subjetivos, o primeiro é o de que não se trate de réu reincidente, tampouco exista habitualidade, reiteração ou profissionalismo na conduta que lhe é imputada. A reincidência não é conceito traumático, posto que definida por lei, contudo, ainda será necessário que não exista: (i) habitualidade, ou seja, a prática constante de condutas penalmente relevantes ao longo da vida do imputado; (ii) reiteração, isto é, a repetição da prática que lhe seria imputada; e, (iii) profissionalismo, quando o *modus operandi* revela um procedimento organizado.

A este respeito a lei faz uma ressalva salutar: quando as infrações anteriores se ajustarem ao conceito de insignificância não serão consideradas como causas impeditivas para o acordo.

O segundo requisito é a inexistência de acordo 5 anos antes à conduta imputada ao agente.

A análise dos requisitos termina com a exigência de que o imputado confesse, de maneira formal e circunstanciada, o fato que lhe é imputado na investigação. Essa condição, deve ser dito, desperta inúmeras críticas dos estudiosos como, por exemplo, SANTOS (2020, 189) que chega a sustentar a necessidade de controle de constitucionalidade:

Como não se trata de condenação – diferentemente do resultado de outros mecanismos negociais, que podem desaguar em um édito condenatório, como se dá na Itália, haja vista o *juízo abreviado*, o *procedimento por decreto penal* e o *patteggiamento*, cada qual com suas peculiaridades – o ANPP é um mero pacto despenalizador, logo, falece ao requisito da confissão proporcionalidade, sob o ângulo da necessidade e da adequação. [...] Por tudo isso, o art. 28-A, cabeça, do CPP merece interpretação conforme a Constituição, com redução parcial do texto, a fim de retirar a exigência de confissão formal e circunstanciada para o seu implemento.

Dessa forma, apenas quando todos estes requisitos estiverem presentes na hipótese é que se poderá falar em acesso ao acordo de não persecução penal.

2.2 Imprescindibilidade de assistência jurídica para a expressão da vontade do imputado quanto a realização do acordo

A análise do rol de requisitos estabelecidos em lei para que o Ministério Público possa oferecer ao imputado o acordo de não persecução penal leva a seguinte conclusão: é inconcebível que durante a negociação da avença o imputado não esteja assistido por um profissional do direito que possa instruí-lo quanto às consequências advindas da sua opção.

Um dos argumentos que levam a esta conclusão é a constatação de que, como regra, há uma disparidade de conhecimento jurídico entre o membro do Ministério Público e o imputado. Neste tocante devemos recordar FOUCAULT (2010, 30) quando fala que “o poder produz saber [...], não há relação de poder sem constituição correlata de um campo de saber, nem saber que não suponha e não constitua ao mesmo tempo relações de poder”. Se o conhecimento gera poder, o domínio do discurso jurídico acaba por estabelecer uma relação verticalizada entre o membro do Ministério Público e o imputado, razão pela qual, apenas com a intermediação de uma outra pessoa com conhecimento técnico equivalente ao de quem acusa é que este problema poderá ser enfrentado.

O outro caminho para se chegar a esta conclusão é o medo do imputado quanto ao seu destino, a depender da opção em aceitar ou não a proposta do Ministério Público. Esse sentimento é fruto do natural receio da pessoa se ver submetida à prisão, ainda mais em um sistema carcerário como o brasileiro, reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal como “em estado de coisas inconstitucional”, dado o quadro de reiteradas violações a diversos direitos fundamentais daqueles que estão nele inseridos. Esse fator, em muitos casos, é preponderante para que o imputado acabe se “convencendo” quanto a vantajosidade da solução consensual.

O órgão do Ministério Público, por sua vez, não negocia interesse próprio, mas atua na defesa do interesse coletivo, o que, mesmo diante do alto grau de responsabilidade dos membros da instituição, o coloca em uma cômoda posição de terceiro na avença.

SANTOS (2020, 196) faz um diagnóstico preciso desta situação de desequilíbrio evidente entre o Ministério Público e o imputado:

Como o juiz designa audiência especial para fins de homologação do pacto (art. 28-A, §4º), pressupõe que o ANPP já esteja pronto, logo, as tratativas aconteceriam extrajudicialmente, na sede do *Parquet*. Tal inteligência, contudo, só potencializa a inferioridade do imputado frente ao Ministério Público. As opções à disposição do investigado bem enfatizam isso: ou negocia o ANPP ou será denunciado. Pior ainda se estiver preso em flagrante. Se, além disso, a negociação ocorrer nas dependências do *Parquet*, maior ainda será o efeito inibitório – ou, para sermos pragmáticos, intimidatório. Talvez o cenário ora desenhado esteja superdimensionado se projetado para imputados oriundos de classes socioeconômicas abastadas, representados por um entourage de excelentes advogados. Mas esses investigados não refletem o real destinatário da Justiça Penal, o Pedro Pedreiro, da canção de Chico Buarque.

Tais fatores justificam a necessidade de acompanhamento da defesa técnica durante as tratativas entre o órgão que promove a acusação penal estatal e o imputado.

O acordo de não persecução penal é um negócio jurídico e, por isso, é da sua essência a existência de elementos técnicos que sejam dominados apenas por aqueles que se dedicam ao estudo da ciência do Direito. Muitos dos requisitos apontados pelo Artigo 28-A do Código de Processo Penal Brasileiro, senão todos, possuem carga técnica em seu sentido, e, por conta disso, apenas aqueles que detém o conhecimento específico podem averiguar a sua efetiva presença no caso concreto.

Quando a lei fala, por exemplo, em não se tratar de hipótese de arquivamento, faz necessária a interpretação de um defensor técnico, afinal, apenas um profissional com sua habilidade poderá averiguar se há elementos suficientes para que se ofereça a denúncia.

Também deve-se ter em mente que o acordo de não persecução penal é um ato por meio do qual o imputado abre mão de direitos fundamentais que são muito caros à nossa

ordem constituída, como é o caso do direito a não auto-incriminação, ao estado de inocência e ao devido processo legal. Se para a disposição, em processo judicial, de um direito patrimonial é necessária a representação de um advogado ou defensor público, muito mais para transigir com tantos direitos fundamentais.

Há, ainda, a necessidade de garantia da paridade de armas no processo penal em todas as suas etapas, inclusive, naquela que antecede ao oferecimento da denúncia. Como já se demonstrou, é negar a realidade dizer que não existe entre o imputado e o membro do Ministério Público uma relação vertical. A respeito desta preocupação ensina BONATO (2003, 196) que:

o acesso à justiça, no âmbito processual penal, significa precipuamente dar ao acusado todas as condições necessárias para ingressar no processo e efetivar a sua defesa. [...] O tratamento paritário dos sujeitos processuais significa dar às partes as possibilidades necessárias para que possam valer seus direitos, garantindo o julgador que haja o equilíbrio de situações.

Por conta disso, o Artigo 28, §3º, do Código de Processo Penal Brasileiro exige que o acordo de não persecução penal seja “formalizado por escrito e será firmado pelo membro do Ministério Público, pelo investigado e por seu defensor”. Prossegue a lei dizendo que na audiência designada pelo juiz para verificar a “voluntariedade” da aquiescência pelo imputado aos termos do acordo é necessária a presença do defensor técnico.

Diante de tudo o que foi dito nos parágrafos anteriores, a lei acabou tímida ao tratar do direito à uma defesa técnica no acordo de não persecução penal, isso porque, deveria ter sido expressa ao exigir que em toda a etapa de negociação o imputado esteja acompanhado por um defensor técnico. Isso seria salutar para deslegitimar qualquer ato de negociação envolvendo o Ministério Público e imputado sem a presença de um profissional técnico que tenha as condições materiais de contrapor-se a eventuais “excessos de carga” na condução da formalização da avença.

Naturalmente, nada impede que o imputado busque o auxílio de um profissional da sua confiança para assisti-lo nas negociações, contudo, ao não constar a obrigatoriedade de assistência de um defensor, não há qualquer vício de legalidade ou de legitimidade nas reuniões com este desiderato, o que reforçaria um eventual questionamento quanto aos seus termos.

O acordo de não persecução penal, com a forma que a lei lhe deu, é um instrumento que deve ser negociado e elaborado em cada caso, e não fruto de um padrão aplicável de forma abstrata, isso porque, ao exigir a necessidade e a suficiência desafia a

elaboração para cada caso. A relação entre o imputado e o Ministério Público se protraí no tempo em algumas sessões de negociação, sendo certo que, para que se possa dizer que o resultado da avença foi adequado é indispensável que em cada uma dessas reuniões exista um equilíbrio de forças entre os participantes, o que depende da presença física de um defensor técnico.

Assim, a legitimidade das negociações para a celebração do acordo de não persecução penal passa pela afirmação de que em cada uma das suas sessões, ao imputado seja garantido o direito de se ver representado por um defensor técnico que, ao seu lado, poderá esclarecer com precisão os termos da avença e, ao final, recomendar a assinatura do pacto ou deixar a cargo do *parquet* oferecer a denúncia.

2.3 O entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal sobre o limite para o oferecimento do acordo

Em que pese a proposta deste tópico seja a de abordar a conformação que a lei deu ao acordo de não persecução penal, é conveniente abordar dois recentes precedentes que refletem o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal quanto ao momento processual limite para que seja oferecido o acordo.

No âmbito do Superior Tribunal de Justiça será utilizado o AgRg no HC 661.692/SC, julgado pela 5ª Turma e relatado pelo Ministro Ribeiro Dantas, em maio de 2021, e, em relação ao Supremo Tribunal Federal o precedente citado será o HC 191464 AgR/SC, apreciado pela 1ª Turma e cuja relatoria incumbiu ao Ministro Roberto Barroso.

Vejamos, pela sua completude, a ementa do acórdão julgado pela nossa mais alta Corte:

EMENTA: Direito penal e processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Acordo de não persecução penal (art. 28-A do CPP). Retroatividade até o recebimento da denúncia. 1. A Lei nº 13.964/2019, no ponto em que institui o acordo de não persecução penal (ANPP), é considerada lei penal de natureza híbrida, admitindo conformação entre a retroatividade penal benéfica e o *tempus regit actum*. 2. O ANPP se esgota na etapa pré-processual, sobretudo porque a consequência da sua recusa, sua não homologação ou seu descumprimento é inaugurar a fase de oferecimento e de recebimento da denúncia. 3. O recebimento da denúncia encerra a etapa pré-processual, devendo ser considerados válidos os atos praticados em conformidade com a lei então vigente. Dessa forma, a retroatividade penal benéfica incide para permitir que o ANPP seja viabilizado a fatos anteriores à Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia. 4. Na hipótese concreta, ao tempo da entrada em vigor da Lei nº 13.964/2019, havia sentença penal condenatória e sua confirmação em sede recursal, o que inviabiliza restaurar fase da persecução penal já encerrada para admitir-se o ANPP. 5. Agravo regimental a que se nega provimento com a fixação da seguinte tese: “o acordo de não

persecução penal (ANPP) aplica-se a fatos ocorridos antes da Lei nº 13.964/2019, desde que não recebida a denúncia”

Como se vê, foi por ocasião deste julgamento que o Supremo Tribunal Federal firmou a tese que prevalece atualmente, no sentido de que uma vez oferecida a denúncia não cabe mais falar em oferecimento do acordo de não persecução penal.

O cerne da questão era saber a respeito da possibilidade de se iniciarem tratativas para a celebração de um acordo, a pedido da defesa, quando o processo-crime já está em curso, ressaltando que no caso analisado já havia, até mesmo, uma sentença condenatória com recurso interposto dirigido ao Superior Tribunal de Justiça. O Ministro Roberto Barroso, no voto condutor, justificou a impossibilidade de se acolher o pedido da defesa pelos seguintes argumentos: (i) O texto normativo fala em investigado e não em réu, o que, tomando o processo como um percurso, demonstra que o momento adequado para o desfecho consensual seria aquele em que ainda não há uma acusação formalizada em desfavor do interessado; (ii) Quando menciona o juiz que seria competente para a homologação do acordo de não persecução penal se refere ao juiz das garantias e não aquele a quem incumbe a condução da instrução criminal; (iii) O descumprimento dos termos da avença culminará com o oferecimento da denúncia, razão pela qual, se não for observado este marco limite, da inobservância dos seus termos não redundará em nenhuma “sanção” para o imputado; (iv) A finalidade da lei, ao estabelecer o novo método consensual, é a de evitar a instauração do processo-crime, o que já teria ocorrido com o oferecimento da denúncia.

Vale enfatizar que a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, até o primeiro trimestre de 2021, possuía julgados no sentido de que o acordo de não persecução penal poderia ser oferecido a pessoa que foi denunciada, desde que, no caso concreto ainda não existisse uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Esse entendimento é expresso no AgRg no HC 575.395/RN, relatado pelo Ministro Nélfi Cordeiro. A guinada jurisprudencial consolidou a interpretação de que o recebimento da denúncia é o marco limite para o acordo de não persecução penal, haja vista que, se assim não fosse, haveria um “retrocesso na marcha processual”.

Disso se constata que para que o imputado possa utilizar-se do acordo é impositivo que o faça antes do oferecimento da denúncia, motivo pelo qual, a assistência jurídica deverá ser prestada a ele nesta etapa pré-processual para que possa atuar com liberdade na avença, mitigando o cenário até aqui traçado.

Se o imputado não acessar o direito neste momento, por conta da jurisprudência, não poderá fazê-lo, o que rende ensejo a uma assistência jurídica efetiva antes mesmo do processo chegar ao Poder Judiciário, ainda durante a etapa de investigação.

3 A ATUAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA PODE EFETIVAR O ACESSO AO DIREITO DE REALIZAR ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

3.1 Defensoria Pública: compromisso constitucional e porto seguro de direitos dos vulneráveis

Dentre os direitos fundamentais que o Estado Brasileiro se compromete a promover encontra-se, no Artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal da República, a inafastabilidade do Poder Judiciário. Ao mesmo tempo em que reafirma que o monopólio da violência é estatal, garante que toda a pessoa lesada em seus direitos pode buscar uma tutela jurisdicional apta a ser imposta ao terceiro em face do qual se dirige.

Se a via eleita no projeto constitucional para a defesa de direitos é a judicial, e, levando-se em consideração que o serviço advocatício é dos mais caros, em uma sociedade que tem a desigualdade em suas entranhas é necessário buscar um instrumento apto a viabilizar que as pessoas em situação de vulnerabilidade financeira não fiquem impossibilitadas de defender seus direitos.

O Artigo 134 da Constituição Federal da República entrega à Defensoria Pública o cumprimento desta tarefa. Aliás, desde a redemocratização, pode-se dizer que a Defensoria Pública é uma das instituições de Estado que mais se fortaleceu, e, não foi por outro motivo que foi utilizada uma figura de linguagem para descrevê-la: um porto seguro de direitos dos vulneráveis.

Alguns marcos normativos são emblemáticos para a conquista da sociedade brasileira de fortalecimento de uma instituição vocacionada à defesa dos mais humildes. Um deles, inclusive, ampliou a natureza constitucional da Defensoria Pública para torná-la, além de uma instituição destinada a prestar assistência jurídica aos mais pobres, um instrumento para a defesa de interesses transindividuais. São eles: (i) A Lei Complementar nº 80/1994, que organiza a Defensoria Pública da União e delimita as regras gerais a serem observadas por cada estado da federação; (ii) A Lei nº 11.448/2007, que confere legitimidade ativa à Defensoria Pública para o ajuizamento de ações civis públicas para a defesa de direitos coletivos em sentido amplo; (iii) A Lei Complementar

nº 132/2009, que alterou a lei orgânica originária; e, (iv) a Emenda Constitucional nº 80/2014 que, além de reformular por completo o Artigo 134 da Lei Maior, estabeleceu que até 2022 todas as Comarcas do país contem com um órgão de atuação para atendimento da população.

Isso evidencia uma clara preocupação da sociedade brasileira em permitir a defesa dos direitos de grupos vulneráveis e justifica a atual posição de protagonismo da Defensoria Pública no sistema de justiça.

No processo penal é ainda mais urgente a questão do fortalecimento/ampliação da assistência jurídica pela Defensoria Pública, isso porque, como bem destaca PRADO (2011, 274), o direito criminal tem um público alvo: “A tradição inquisitorial do processo penal brasileiro revela-se neste aparato, cujas ações ainda são dirigidas prioritariamente contra os que estão na base econômica da sociedade ou integram grupos frágeis assim definidos historicamente”.

Há um estudo, datado de 2015, que traçou o perfil da população carcerária do Rio de Janeiro e concluiu que, a sua imensa maioria, é composta por homens (96,57%), entre 18 a 34 anos de idade (73,10%), autodeclarados como negros ou pardos (68%) e com ensino fundamental apenas (77,02%). Não se trata de uma realidade regional, tampouco de um quadro que se alterou nos últimos anos, e que reflete uma triste predileção do sistema de justiça criminal. Este é o público que, por excelência, consome os serviços da Defensoria Pública, e, por tal razão, incumbe à instituição prestar assistência à imensa maioria das pessoas processadas criminalmente, em especial, aqueles que não são praticados com violência ou grave ameaça à pessoa e, portanto, comportam o acordo de não persecução penal.

É necessário fazer com que os serviços prestados pela Defensoria Pública cheguem ao destinatário com a maior brevidade possível, haja vista, como se disse, o momento limite para o oferecimento do acordo na visão dos Tribunais Superiores.

3.2 A delimitação das atribuições de cada membro da Defensoria Pública

Logo de início, por dever de lealdade, é importante esclarecer que este subtópico tem em vista a experiência da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, dada a natural relação de familiaridade do autor do artigo com a instituição, na medida em que

integra os seus quadros e, a partir de sua experiência profissional, faz as presentes reflexões.

Para fazer com que o serviço chegue ao seu destinatário de forma eficiente e tempestiva é indispensável estabelecer, de maneira objetiva, a qual membro incumbe a responsabilidade de prestar assistência jurídica no caso concreto. Em outras palavras, é preciso delimitar a atribuição do Defensor Público a quem incumbirá o atendimento da parte assistida.

Atribuição, como ensinam ESTEVES e SILVA (2018, 865), é “a soma de poderes outorgados ou conferidos à pessoa para que validamente pratique certos e determinados atos, ou seja, o limite de atuação dos membros da Defensoria Pública, a partir de sua investidura no cargo”. Essa delimitação importa, especialmente, para enfrentar as seguintes questões: (i) O respeito ao princípio da impessoalidade da Administração Pública, na medida em que os critérios objetivos pré-estabelecidos impedem que o Defensor Público atue de forma válida/legítima em prol de uma determinada pessoa; (ii) Preserva-se a garantia da inamovibilidade, instrumento de máxima relevância para o agente e para a sociedade, ao impedir que por conta de sua atuação o Defensor Público acabe afastado de determinado caso; e, (iii) Possibilidade de controle correicional com relação a ação ou inação do Defensor Público.

Como regra, ao que parece por tradição, os órgãos da Defensoria Pública possuem suas atribuições vinculadas a órgãos do Poder Judiciário, em que pese não exista qualquer amarra administrativa nesse sentido. Mais uma vez vale, citar ESTEVES e SILVA (2018, 879): “Normalmente, alguns órgãos da Defensoria Pública têm a sua atribuição correlacionada à competência dos órgãos do Poder Judiciário, de forma a assegurar uma maior organização e facilitação do desempenho das funções institucionais”.

Apenas a título de exemplo desta predileção, a Comarca da Capital do Estado do Rio de Janeiro conta com 415 órgãos de atuação, dentre os quais, 255 estão vinculados diretamente a um órgão do Poder Judiciário. Este cenário, todavia, não é a regra, na medida em que a Comarca da Capital reúne os órgãos especializados da instituição que por sua natureza não se vinculam a órgão judiciário específico, representados pelo Núcleo do Sistema Penitenciário (NUSPEN), de Custódia (NUCAP), de Fazenda Pública (NUFAZ), de Defesa da Criança (CDEDICA), de Regularização Fundiária (NUTH), de Defesa do Consumidor (NUDECON), de Defesa da Pessoa Idosa (NEAPI), da Pessoa

com Deficiência (NUPED), de Combate à Desigualdade Racial (NUCORA), de Diversidade Sexual (NUDIVERSIS) e de Defesa dos Direitos Humanos (NUDEDH) que reúnem, ao todo, 107 órgãos de atuação.

A questão fica mais evidente quando se analisa a região dos municípios de Niterói, São Gonçalo, Itaboraí, Magé: são 90 órgãos de atuação e 75 vinculados a órgãos jurisdicionais, ou seja, 83,33%.

O problema surge quando a atuação é necessária antes da chegada da demanda ao Poder Judiciário, como é o caso, por exemplo, do acordo de não persecução penal. Para uma ação cível ou de família o assunto não é traumático, na medida em que a instituição logrou, ao longo dos anos, criar uma série de Núcleos de Primeiro Atendimento que servem como “portas de entrada” da população no sistema de justiça.

3.3 Quando começa a atuação do defensor público criminal?

Durante o trabalho de pesquisa deste artigo não foi possível localizar registros em relação a estruturação de atendimento por parte da Defensoria Pública nas Delegacias de Polícia, arena em que se inicia a maioria, senão todas, as ações penais. Em um cenário ideal, caberia ao Defensor Público atuar já na fase de investigações para tentar levar aos autos do inquérito os elementos de convicção que pudessem, na conclusão dos atos de inquisição, culminar com algum benefício ao imputado, ou, ao menos, garantir que ele permaneça em silêncio.

Na realidade, a atuação dos Defensores Públicos com atribuições criminais se inicia no momento em que o réu é citado, manifesta o interesse em ser assistido pela instituição e, nos termos do que dispõe o Artigo 396-A e o Artigo 406, *caput*, ambos do Código de Processo Penal, que se referem, respectivamente, ao procedimento comum ordinário e ao procedimento do Tribunal do Júri, apresenta a sua Resposta Preliminar. Isso se justifica, principalmente, pelo fato de que será a partir da distribuição da denúncia à um juízo de direito que se poderá estabelecer o órgão de atuação com atribuições para officiar naqueles autos.

Não há, como regra, um órgão de atuação com atribuições para atuar em prol da pessoa imputada em momento antecedente ao oferecimento da denúncia e, dessa maneira, não será possível que a população beneficiária dos serviços da Defensoria Pública possa

utilizar-se, se for o caso, do acordo de não persecução penal, na medida em que não haverá um membro responsável em atuar durante as rodadas de negociação.

Vale destacar que o prejuízo se dá, inclusive, pelo fato de que o potencial assistido da Defensoria Pública não saberá sequer a quem procurar para que o acompanhe nas reuniões de negociação do acordo.

Se a denúncia é o termo final para o oferecimento do acordo de não persecução penal, e, inexistindo órgão com atribuições para atuar neste momento pré-processual, o que se tem é que os assistidos da Defensoria Pública, materialmente, não poderão acessar o benefício trazido pela Lei nº 13.964/2019 se assim o desejarem.

Esse “ruído na comunicação” dificulta, senão inviabiliza, o acordo de não persecução penal para o público alvo da Defensoria Pública.

3.4 O projeto piloto da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro para superar este quadro

A partir do reconhecimento de todas as vicissitudes aqui apontadas quanto a estruturação do serviço de assistência jurídica, e, principalmente, pautada no compromisso assumido pela instituição em viabilizar o acesso à direitos pela população em situação de especial vulnerabilidade, a Defensoria Pública Fluminense iniciou, em 2021, um projeto piloto que pretende assegurar que um Defensor Público acompanhe o imputado nas negociações do acordo de não persecução penal.

Para tanto foram criados dois órgãos com atribuições para funcionar nos acordos de não persecução penal: um responsável pela Comarca da Capital e outro responsável pelas Comarcas de Niterói e São Gonçalo.

A partir de junho de 2021, incumbe aos Defensores Públicos designados para estes órgãos atuar nas negociações dos acordos de não persecução penal.

A iniciativa, sem a menor sombra de dúvida, tem o mérito de enfrentar uma situação para a qual a instituição não pode fechar os olhos, notadamente quando se leva em consideração que boa parte dos processos criminais sob sua responsabilidade dão ensejo, seguindo os requisitos legais, a celebração do acordo que poderá, como se disse, render uma posição favorável ao assistido. Contudo, um aprimoramento deve se avizinhar.

Em primeiro lugar, percebe-se que os Defensores Públicos designados para os referidos órgãos atuam em “acúmulo de funções”, ou seja, sem prejuízo das suas atividades nas respectivas titularidades, o que leva à uma sobrecarga de trabalho que impede a dedicação de tempo – e de paciência – que em muitos casos é necessário para a conclusão do acordo mais benéfico ao imputado. Uma negociação leva tempo e isso demanda a total dedicação do profissional que atua na celebração do acordo.

O trabalho se inicia muito antes da mesa de negociações, isso porque, é essencial uma boa preparação, especialmente, o contato com aquela pessoa que será por ele representado. MARASCHIN (2017, 56) enfatiza que “uma boa preparação é essencial para o sucesso de uma negociação, evitando que se decida precipitadamente por uma opção ruim. [...] O quanto melhor tiver se preparado, mais seguro estará para concordar ou rejeitar um acordo.” É inconcebível, por exemplo, que o Defensor Público consiga exercer adequadamente a sua função se não compulsar, ainda que brevemente, os autos da investigação e, dessa maneira, avaliar se não vislumbra a hipótese do arquivamento.

Em segundo lugar, como o processo de negociação exige o emprego de técnicas que, usualmente, não são dominadas por operadores do direito, não basta designar um Defensor Público com experiência na defesa criminal para participar das negociações, mas, deve-se garantir a sua capacitação para tanto com treinamento específico. É essencial preparar o Defensor Público para atuar das sessões de negociação, para que ele possa empregar as técnicas necessárias a obtenção de uma boa solução para o imputado.

Em terceiro lugar, cumpre a Defensoria Pública divulgar, com a maior amplitude possível, os canais de comunicação dos potenciais interessados na assistência de um membro da instituição em uma sessão de negociação com o Ministério Público, o que, inclusive, decorre na própria legislação de regência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Lei nº 13.964/2019 acompanha uma tendência no ordenamento jurídico brasileiro e incorpora um novo método consensual para a justiça penal, qual seja, o acordo de não persecução penal, que prevê uma série de requisitos objetivos e subjetivos cuja compreensão depende de conhecimento jurídico específico.

O acordo é fruto de negociações realizadas entre o imputado e o Ministério Público, sendo certo que, para reduzir a desigualdade de forças nas tratativas, causada

pelo discurso jurídico e pelo receio quanto a uma possível pena de prisão, torna essencial a presença de um defensor técnico, cuja função será explicar os termos da avença e vislumbrar qual a solução mais vantajosa para a preservação do direito de liberdade.

A lei não prevê a obrigatoriedade de acompanhamento por um defensor nas sessões de negociação, o que se revela prejudicial para a legitimidade do acordo, dada a disparidade de armas já mencionada.

A Defensoria Pública, como instituição constitucionalmente vocacionada para a representação jurídica de pessoas em situação de especial vulnerabilidade, deve atuar, se assim o imputado manifestar interesse, em todas as etapas do acordo, e, para isto, deverá reformular a sua estrutura de maneira a permitir que um dos seus membros tenha condições materiais de atuar de forma a melhor preservar os interesses do destinatário dos seus serviços.

Neste tocante, a Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, em um projeto piloto, criou em sua estrutura dois órgãos de atuação com atribuições para atuar nos acordos de não persecução penal, nas cidades do Rio de Janeiro, Niterói e São Gonçalo. Em que pese a louvável iniciativa, o que se vê é que se trata de um passo tímido na concretização de sua função institucional, na medida em que a adequada assistência jurídica nestes casos depende da dedicação exclusiva do defensor à este trabalho e da sua capacitação para melhor agir em negociações, nem sempre facilitadas pelas circunstâncias de fato.

Para que o sistema de Defensoria Pública possa consubstanciar-se em um porto seguro de direitos fundamentais e viabilizar que o destinatário dos seus serviços tenha acesso à este inovador instrumento, é indispensável levar a frente estas reflexões.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BONATO, Gilson. **Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

BRASIL, Ministério da Justiça e da Segurança Pública. **Prisão: Para quê e para quem? Diagnóstico do Sistema carcerário e perfil do preso**. Disponível em <<http://pensando.mj.gov.br/wp-content/uploads/2015/07/joined-443.pdf>>. Acesso em: 19 jun 2021

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira Cabral. **Manual do Acordo de Não Persecução Penal**. Salvador: JusPodivm, 2020

Defensoria terá projeto piloto em acordos de não persecução penal. **Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<https://www.defensoria.rj.def.br/noticia/detalhes/11327-Defensoria-tera-projeto-piloto-em-acordos-de-nao-persecucao-penal>>. Acesso em: 10 jun 2021

ESTEVES, Diogo, SILVA, Franklyn Roger Alves. **Princípios Institucionais da Defensoria Pública**. 3ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018

FOUCAULT, Michel. **A ordem do discurso**. São Paulo: Loyola, 2010

LOPES JÚNIOR, Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6.ed. São Paulo: Saraiva, 2020

MARASCHIN, Márcia Uggeri (Coord.). **Manual de negociação baseado na teoria de Harvard**. Brasília: EAGU, 2017

PRADO, Geraldo. A Defensoria Pública e o direito processual penal brasileiro. *In*: SOUSA, José Augusto Garcia de. **Uma nova Defensoria Pública pede passagem: Reflexões sobre a Lei Complementar 132/2009**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Comentários ao Pacote Anticrime**. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2020

VASCONCELLOS, Vinícius 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, 2021