



ACCORDO PENAL

**NOTA TÉCNICA
SOBRE O PACOTE DE
MEDIDAS PENAIS
DO MINISTRO
SERGIO MORO
(PL 822/2019)**

01.

PROPOSTA DO PACOTE DE MEDIDAS PENAIS

Art. 3º O Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 395-A. Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

§ 1º São requisitos do acordo de que trata o **caput**:

I -a confissão circunstanciada da prática da infração penal;

II -o requerimento de que a pena privativa de liberdade seja aplicada dentro dos parâmetros legais e consideradas as circunstâncias do caso penal, com a sugestão de penas ao juiz; e

III -a expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas e de renunciar ao direito de recorrer.

§ 2º As penas poderão ser diminuídas em até a metade ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo.

Após o recebimento da denúncia ou da queixa e até o início da instrução, o Ministério Público ou o querelante e o acusado, assistido por seu defensor, poderão requerer mediante acordo penal a aplicação imediata das penas.

”

§ 3º Se houver cominação de pena de multa, esta deverá constar do acordo.

§ 4º Se houver produto ou proveito da infração identificado, ou bem de valor equivalente, a sua destinação deverá constar do acordo.

§ 5º Se houver vítima da infração, o acordo deverá prever valor mínimo para a reparação dos danos por ela sofridos, sem prejuízo do direito da vítima de demandar indenização complementar no juízo cível.

§ 6º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua voluntariedade, por meio da oitiva do acusado na presença do seu defensor, e sua legalidade.

§ 7º O juiz não homologará o acordo se a proposta de penas formulada pelas partes for manifestamente ilegal ou manifestamente desproporcional à infração ou se as provas existentes no processo forem manifestamente insuficientes para uma condenação criminal.

§ 8º Para todos os efeitos, o acordo homologado é considerado sentença condenatória.

§ 9º Se, por qualquer motivo, o acordo não for homologado, será ele desentranhado dos autos e ficarão proibidas quaisquer referências aos termos e condições então pactuados pelas partes e pelo juiz.

§ 10º No caso de acusado reincidente ou de haver elementos probatórios que indiquem conduta criminal habitual, reiterada ou profissional, o acordo deverá incluir o cumprimento de parcela da pena em regime fechado, exceto se insignificantes as infrações penais pretéritas.

§ 11º A celebração do acordo exige a concordância de todas as partes, não sendo a falta de assentimento suprível por decisão judicial, e o Ministério Público, ou o querelante, poderá deixar de celebrar o acordo com base na gravidade e nas circunstâncias da infração penal.” (NR)

02.

COMENTÁRIOS

O artigo 3º do PL 882/2019, derivado do pacote de medidas penais apresentado pelo ministro da Justiça e da Segurança Pública Sergio Moro, propõe mudanças importantes no Código de Processo Penal. Entre as alterações há a introdução do artigo 395-A, que prevê a figura do “acordo penal” e os requisitos para sua celebração. De inspiração americana, tal modelo se revela incompatível com sistemas de *civil law* como o brasileiro, cujo processo penal se orienta pela busca da verdade material e a presunção de inocência não pode ser relativizada somente pela confissão.

Em primeiro lugar, entende-se que a proposição padece de inconstitucionalidades. A Constituição Federal garante expressamente os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa e à presunção de inocência:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;

Esses direitos, por serem garantidos a todos em decorrência de sua essencialidade, são indisponíveis e, portanto, não podem ser alienados e negociados entre as partes ao longo de um processo judicial.

Dessa forma, a disposição contida no novo artigo 395-A contraria preceitos constitucionais ao prever, no caput, a “aplicação imediata das penas”, sobretudo as penas privativas de liberdade, sem o devido processo legal.

A exigência da “expressa manifestação das partes no sentido de dispensar a produção de provas por elas indicadas” (inciso III) contraria frontalmente o princípio da verdade real, decorrente do princípio da legalidade (*nullum crimen nulla poena nulla culpa sine lege et probatione*). O processo penal no sistema de *civil law* é orientado pela busca da verdade material ou real. Em razão disso, condenações baseadas na confissão e realizadas após a dispensa da instrução probatória sob o crivo do contraditório e da ampla defesa são incompatíveis com o sistema constitucional brasileiro. Isso porque a confissão não tem um valor probatório em si próprio.

A aptidão da confissão ou de qualquer outro elemento probatório para demonstrar a ocorrência de um fato criminoso e de suas circunstâncias só pode ser avaliada a partir da instrução processual penal, em que ambas as partes produzirão provas a fim de que o juiz possa tomar a melhor decisão. No modelo proposto, os elementos de prova produzidos pela polícia judiciária ou pelo ministério público, somados à confissão do

Em primeiro lugar, entende-se que a proposição padece de inconstitucionalidades. A Constituição Federal garante expressamente os direitos fundamentais ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa e à presunção de inocência [...]

”

acusado, passam a ser suficientes para a condenação independentemente desses elementos serem ou não verdadeiros.

Ainda, a previsão de que o “acordo homologado é considerado sentença condenatória” passa o acusado automaticamente à figura de culpado, além de ensejar a aplicação de pena privativa de liberdade sem procedimento judicial que a respalde.

A ausência de regulação do procedimento aplicável ao longo das negociações ofende também o princípio constitucional da publicidade (art. 93, IX da Constituição). Ora, não se pode admitir que discussões travadas a portas fechadas tenham o poder de definir o status da liberdade do indivíduo. O estado de direito é incompatível com atos processuais não documentados ou sigilosos, que não se sujeitam ao escrutínio público e judicial.

É preciso reforçar que a medida fragiliza ainda mais o direito de defesa. A natureza jurídica do inquérito policial – a de procedimento administrativo ao qual, na prática, não se aplicam os princípios do contraditório e da ampla defesa – aliada a um instituto como o da barganha penal, que importa em antecipação de culpa sem oportunidade de dilação probatória, retiraria do acu-

“

Ainda, a previsão de que o “acordo homologado é considerado sentença condenatória” passa o acusado automaticamente à figura de culpado, além de ensejar a aplicação de pena privativa de liberdade sem procedimento judicial que a respalde.

sado qualquer oportunidade de efetivação da justiça. Ressalte-se que grande parte das comarcas brasileiras não conta com defensoria pública estadual ou federal, o que gera o risco de se tornar ineficaz a exigência de defesa técnica do *caput* do art. 395-A.

Ressalta-se que a medida proposta traz riscos que não podem ser desconsiderados. A experiência americana revela que em 97% dos casos tramitados no nível federal foram impostas sentenças condenatórias mediante acordo entre promotoria e acusado¹, o que demonstra o profundo desequilíbrio de poderes entre o ministério público – órgão essencial à justiça – e a própria Jurisdição enquanto poder da República.

Tal desequilíbrio decorre da existência de um sistema de incentivos para que a renúncia ao direito ao processo se mostre a opção mais vantajosa, até mesmo para pessoas inocentes. Números de revisões criminais julgadas procedentes no Estados Unidos revelam que em grande parte dos casos, inocentes confessaram o crime mediante acordo². A elevada diferença entre a pena cominada em sentença e a proposta mediante acordo sugere à pessoa acusada, mesmo quando inocente, que o risco do processo é demasiadamente grande para ser suportado. Em razão disso, é inadmissível a oferta de um desconto de até metade da pena como o estabelecido no projeto de lei. Os parâmetros propostos para o desconto na pena – “a gravidade do crime,

¹ United States Sentencing Commission’s 2016 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics. Disponível em: <http://www.usc.gov/research/sourcebook-2016>

² Dos 2479 casos de revisão criminal identificados desde 1989 pelo The National Registry of Exonerations consórcio entre as Universidades de Michigan e da Califórnia, em 494 os acusados confessaram mediante guilty plea. Cf. http://www.law.umich.edu/special/exoneration/Pages/detail.aspx?View={faf6e-ddb-5a68-4f8f-8a52-2c61f5bf9ea7}&SortField=P_x002f_FA&SortDir=Asc&FilterField1=Group&FilterValue1=P

as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado para a rápida solução do processo” – são muito vagos e podem dar ensejo a penas diversas entre acusados em situações semelhantes, o que acarreta descrédito público na equidade da justiça.

A experiência forense brasileira demonstra que a acusação costuma imputar múltiplos crimes em concurso material – a regra do art. 69 do CP gera o somatório das penas impostas na sentença – mesmo nos casos em que seria correta a aplicação de concurso material ou continuidade delitiva (as regras dos arts. 70 e 71 do CP determinam que seja aplicada apenas uma das penas com um aumento decorrente do concurso de infrações). A mesma situação pode surgir nos casos em que se deve aplicar os princípios da subsidiariedade ou da consunção, que impõem a unicidade do delito e da pena. Este problema repercute severamente na pena aplicada em sentença mediante renúncia ao direito ao processo, porque indica a possibilidade de serem geradas penas mais elevadas do que as devidas unicamente em razão de divergência na interpretação do fato à luz das regras sobre o concurso de crimes.

A proposta é também obscura quanto à legalidade da ocorrência do *charge bargaining* – “barganha sobre a imputação” – que traz o risco de um fato ser interpreta-

A sentença condenatória é proferida ao final da instrução em um processo penal. As suas consequências ultrapassam o próprio processo e têm efeito em matéria de reincidência e também em outras esferas do direito, especialmente cível.

do pela promotoria como mais crimes que os ocorridos na realidade, com o fim único de serem descontadas imputações no momento do acordo, mantendo, contudo, elevadas as penas pactuadas.

Por fim, é inconstitucional a renúncia ao direito de recorrer no sistema constitucional brasileiro. A admissão da renúncia a este direito, por seu turno, é o fator último para a ausência de controle jurisdicional da atuação da polícia judiciária e do ministério público e para o desequilíbrio completo do sistema de justiça criminal. No modelo de *plea bargain* à americana trazido no pacote de medidas penais do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, o papel do Poder Jurisdicional é reduzido a cancelar a atuação da polícia judiciária e do Ministério Público. Em outras palavras, no modelo de justiça negocial proposto, o juiz e o Poder Jurisdicional deixam de ser destinatários da prova produzida pelos outros atores processuais, deixam de ter o poder de “dizer o direito” aplicável ao caso concreto e se tornam meros espectadores de um jogo negocial desequilibrado.

Importante frisar que este modelo de condenação sem processo, em última análise, é o grande responsável pelo país ter a maior taxa de encarceramento do mundo – 665 pessoas presas por 100 mil habitantes³ – com graves efeitos discriminatórios: estima-se que 1 em cada 3 homens negros americanos nascidos em 2001 terá uma passagem pela prisão ao longo da vida, enquanto a estimativa para homens brancos é de 1 para 17⁴.

³ Enquanto o Brasil hoje possui 35,9 pessoas presas por 100 mil habitantes. Cf. : <https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/2019/04/28/com-335-pessoas-encarceradas-a-cada-100-mil-brasil-tem-taxa-de-aprisionamento-superior-a-maioria-dos-paises-do-mundo.ghtml>

⁴ <https://www.sentencingproject.org/wp-content/uploads/2015/12/Race-and-Justice-Shadow-Report-IC-CPR.pdf> e <https://www.sentencingproject.org/criminal-justice-facts/>

03.

PROPOSTAS

Diante das inconstitucionalidades e de todos os problemas e riscos descritos, o IDDD espera que a proposta de acordo penal seja rejeitada pelo Congresso Nacional.

Por fim, é inconstitucional a renúncia ao direito de recorrer no sistema constitucional brasileiro. A admissão da renúncia a este direito, por seu turno, é o fator último para a ausência de controle jurisdicional da atuação da polícia judiciária e do ministério público e para o desequilíbrio completo do sistema de justiça criminal. No modelo de plea bargain à americana trazido no pacote de medidas penais do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, o papel do Poder Jurisdicional é reduzido a cancelar a atuação da polícia judiciária e do Ministério Público. Em outras palavras, no modelo de justiça negocial proposto, o juiz e o Poder Jurisdicional deixam de ser destinatários da prova produzida pelos outros atores processuais, deixam de ter o poder de “dizer o direito” aplicável ao caso concreto e se tornam meros espectadores de um jogo negocial desequilibrado.

”