

**Exmo. Sr. Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil**

**Ref. Acordo Penal no Pacote Moro**

“O pior estrangeiro é o brasileiro que vem de fora”

(Nelson Rodrigues)

Tendo sido honradamente convidado por Vossa Excelência a colaborar com sugestões referentes ao Pacote Anticrime apresentado pelo Ministro da Justiça, Sergio Fernando Moro, vimos por meio desta apresentar nossa pequena e modesta contribuição, abordando especificamente o tópico tocante às regras que visam instituir e regulamentar o acordo penal no Brasil.

**1. Acordo penal no Brasil**

O Brasil ainda está muito pouco habituado à ideia de que as partes no processo penal possam pactuar imposição de pena sem julgamento, muito embora já exista entre nós algumas possibilidades de acordo na justiça criminal, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a colaboração premiada.

O atual sistema só prevê a possibilidade de acordo para crimes com pena máxima de 2 (dois) anos (transação penal), ou com pena mínima de 1 (um) ano (suspensão condicional do processo), ou ainda, em qualquer caso envolvendo organização criminosa, em que o réu aceite colaborar com a justiça.

Recentemente, o CNMP editou Resolução 181/17, prevendo a possibilidade de acordo de não persecução penal em crimes com pena mínima até 4 (quatro) anos, e desde que o dano não seja superior a 20 (vinte) salários mínimos, o que foi objeto de severas críticas, por não ter sido feito por meio de lei, o que parece de fato ser impeditivo para a adoção do instituto.

**2. O Pacote Moro e o acordo penal.**

O Pacote Moro prevê duas modalidades novas de acordo.

A **primeira** delas propõe alteração do artigo 28 do CPP, com possibilidade de acordo antes do oferecimento da denúncia, para crimes com pena máxima até 4 (quatro) anos, modalidade bastante assemelhada à transação penal, mas com uma diferença substancial. Na proposta de Moro, para poder celebrar o acordo, o investigado precisa ter *“confessado circunstanciadamente a prática de infração penal”*, e o acordo o sujeitará, além da reparação do dano e o cumprimento de pena não privativa de liberdade, *“renunciar voluntariamente a bens e direitos, indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime”*.

Causa estranheza a proposta, na medida em que para crimes com pena máxima até 4 (quatro) anos, praticados sem violência ou grave ameaça, já não há previsão de pena de prisão (artigo 44 do Código Penal). Desta forma, o pacote não prevê vantagem para que o réu abra mão do direito de defesa, de modo que parece não haver o que barganhar.

Além de não indicar que vantagem o investigado teria ao abrir mão de exercer seu sagrado direito de defesa, a proposta não estabelece qualquer proibição de oferecimento de denúncia por crime mais grave do que o aventado na proposta de acordo, o que nos parece fundamental como meio de evitar que o MP possa usar a ameaça de uma denúncia por crime mais grave como instrumento para persuadir o investigado a aceitar o acordo (overcharging).

A **segunda** modalidade proposta prevê acordo penal após o recebimento de denúncia e antes de iniciada a instrução. Neste caso a proposta não faz qualquer restrição quanto à natureza ou gravidade do crime imputado. Cabe, portanto, para qualquer crime.

A previsão de que a pena não poderá ser fixada fora dos parâmetros legais parece estar em **contradição** com o parágrafo 2º, no qual consta que *“as penas poderão ser diminuídas até a metade, ou poderá ser alterado o regime de cumprimento das penas ou promovida a substituição da pena privativa [de liberdade] por restritiva de direitos, segundo a gravidade do crime, as circunstâncias do caso e o grau de colaboração do acusado”*.

Em favor da tese de que não poderá o acordo estabelecer penas fora dos patamares legais de mínimo e máximo, estabelece o parágrafo 7º que *“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”*.

Seja qual for a proposta que deverá vingar no congresso, a redação precisa deixar claro que a pena **pode** ser reduzida abaixo do mínimo legal. Caso contrário, estamos diante de uma proposta que oferece como benefício máximo

a pena mínima, barganha quase inexistente para quem renuncia a algo tão relevante como o direito de defesa.

Neste ponto a questão é mais complexa do que no acordo de não persecução penal. Estão em jogo outras implicações de natureza filosófica que dificilmente vão encontrar algum consenso na comunidade jurídica.

Afinal, se no tópico anterior o direito de defesa e o direito ao devido processo legal são dispensados em troca de uma pena imediata, que nunca será de prisão, nesta segunda modalidade a consequência é bem mais grave, já que a renúncia ao direito de defesa dar-se-á em casos em que os acusados poderão ser enviados ao sistema prisional para cumprirem **longas penas de prisão**.

É preciso reconhecer algum mérito na disposição de que o acordo deverá ser rejeitado quando o juiz entender que **não há prova suficiente para uma condenação** criminal, importante barreira judicial para evitar erros gritantes, prevenindo acusações manifestamente injustas resultantes de condenação consentida. Poderia, no entanto, ter avançado mais, prevendo meios de impugnação da condenação injusta.

Na verdade, faz o oposto, pois não obstante o próprio pacote Moro concorde que o judiciário não deve compactuar com acordos firmados em casos em que não há prova para uma condenação criminal, acaba condescendendo com esta possibilidade ao obrigar o réu a renunciar a qualquer recurso em face da sentença condenatória (parágrafo 1º, III). Há aqui uma insuperável **contradição**, novamente em desfavor do **direito de defesa** e da **presunção de inocência**.

Sim, pois como se depreende facilmente do texto apresentado por Moro, o réu abrirá mão de produzir provas, de contestar a acusação e de recorrer de qualquer tópico da sentença condenatória, sentença que, de acordo com o projeto, será a própria homologação do acordo.

Causa espécie, por outro lado, que o mesmo juiz que se recusa a homologar o acordo possa continuar sendo o juiz da causa, mesmo depois de ter entrado em **contato irrevogável com a confissão do réu**, de modo que não vemos como poderá julgar o feito sem se deixar influenciar por ela. A tentativa de acordo frustrado torna quase certa a condenação.

Outro ponto que a sociedade brasileira não pode abrir mão é do direito de que todas as **conversas** e **negociações** entabuladas entre as partes sejam **devidamente registradas**, a fim de prevenir abusos, **coaçoões** e outras indevidas interferências na livre manifestação da vontade do réu.

É preciso haver transparência na forma como as tratativas para se chegar ao acordo são realizadas. Mais do que isto, é preciso que o legislador estabeleça um rol taxativo de matérias que não podem em hipótese alguma ser objeto de

barganha, como decretação de prisão cautelar, medidas contra familiares do réu, entre outras.

Além disto, o texto apresentado por MORO não torna expresso o que, na nossa opinião, não poderia estar sujeito a qualquer dúvida: a proibição de que o juiz, ao homologar o acordo, estabeleça pena, regime ou condições mais rigorosas do que a acordada entre as partes.

### 3. Acordo penal e a experiência internacional: o modelo francês.

Existem vários modelos de acordo penal no mundo. Modelos que preveem uma maior participação do juiz e outros, menor. Todavia, não é comum encontrar modelo onde o réu abre mão de toda e qualquer defesa, sem saber ao certo o que receberá em troca, decisão final, que ao que se extrai da proposta de Moro, deverá caber ao juiz, que não assina o acordo.

A maioria dos países adota alguma forma de acordo penal como meio de solução de conflitos na esfera criminal. O que varia de país para país é o grau de protagonismo do judiciário no acordo e o nível de liberdade de negociação que a lei reserva às partes (grau de regulamentação legal).

Há países com regulamentação mínima, como os EUA, onde as partes são livres para barganhar o que querem, e outros com critérios legais mais bem definidos, que colocam limites relevantes de até onde as partes podem negociar, como é o caso do modelo francês.

Vale destacar que organizações internacionais ao redor do mundo, a exemplo da inglesa FAIR TRIAL, têm apontado alguns parâmetros mínimos para que acordos penais se tornem compatíveis com o processo penal de bases democráticas. Entre estes parâmetros estão a) garantia de acesso às provas que compõem os autos, b) estar representado por advogado de sua confiança c) registro das conversas entabuladas entre as partes, d) submissão do acordo ao crivo do judiciário.

Pelo modelo francês, por exemplo, só é permitido acordo em crimes com pena até 10 (dez) anos, e **de acordo algum pode resultar pena de prisão mais longa do que 1 (um) ano.**

Ao colocar um teto de pena máxima que permite o acordo e o máximo de prisão que um acordo pode produzir, o legislador francês opta por estabelecer que a partir de determinada pena o crime é bastante grave para dispensar um julgamento com todas as suas exigências legais e constitucionais.

Com o limite máximo de um ano de prisão que pode resultar de um acordo o legislador francês considera que é temerário mandar alguém para cumprir longa pena de prisão, sem que tenha havido um julgamento cercado de

todas as garantias constitucionais, e sem que o acusado possa ter exercido o direito de defesa. Por outro lado, parece se preocupar também com o fato de que de crimes com penas muito muito altas possam resultar barganha tão excessiva, em que a pena aplicada seja tão branda.

Ou seja, pelo modelo francês a diferença entre a pena cominada e a resultante do acordo não pode ser tão alta a ponto de criar uma sensação de desconfiança da justiça, mas tampouco pode ser tão diminuta que dificulte perceber a vantagem para o réu. Também parece incompatível com os princípios que inspiram o Estado Democrático de Direito o fato de uma pessoa poder ficar presa sem que haja uma certeza da culpa, o que só se alcança mediante julgamento pleno, com contraditório, ampla defesa, etc. A França procurou resolver este dilema, estabelecendo que a partir de determinada pena não cabe acordo, e, quando feito, o acordo não pode resultar em prisão que exceda 1 (um) ano.

#### 4. Acordo penal e a realidade prisional brasileira

Muito embora o modelo francês possa servir de inspiração para o Brasil, seria necessário pensar critérios adequados ao contexto prisional brasileiro e à sistemática de penas e regime de penas adotada pela nossa lei penal. De todo modo, parece que nenhuma proposta legislativa de acordo penal pode prescindir de buscar alternativas à pena de prisão.

Assim, parece razoável que, levando em conta a sistemática brasileira e a nossa realidade prisional, o acordo deve mirar no **desencarceramento**, e não ser usado com o objetivo inverso, como instrumento de incremento do encarceramento em massa vivido no país.

Como é sabido por todos, e uma pesquisa recente encomendada pela AMB termina por comprovar isto, os juízes de primeira instância e os tribunais dos Estados ainda demonstram enorme resistência a adotar o entendimento das Cortes Superiores mais favorável aos réus (STJ e STF).

Em **matéria penal**, sabemos que esta relutância é ainda maior quando se trata de questões envolvendo dosimetria de pena privativa de liberdade e fixação do regime adequado de pena.

Logo, a pena resultante do acordo não pode ser apenas fruto da vontade das partes, ainda que o juiz esteja de acordo. O legislador, assim como no modelo francês, deve velar para que o acordo não se transforme em uma máquina de prisões em escada industrial, como aconteceu nos EUA nos últimos trinta anos, o que os tem feito inclusive a repensar o modelo de regulação mínima que adotam.

Acreditamos que por flexibilizar princípios constitucionais pétreos, o acordo penal deve ser usado com muito cuidado, e sua incorporação ao sistema brasileiro precisa ser precedida de muita discussão.

É o mínimo que o legislador brasileiro deve fazer para evitar uma indústria de prisões sem comprovação da culpa, que produza a explosão da população carcerária brasileira, já hoje uma das maiores do mundo.

## 5. Conclusão

O acordo penal é exerce um forte poder de sedução sobre a sociedade brasileira e sobre os agentes da justiça, porque de fato pode significar uma solução para a crise judiciária, causada pelo número excessivo de demandas.

No entanto, por implicar a flexibilização de dois princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito – a presunção de defesa e o direito de defesa – que o acordo acarreta precisa ser precedido de muito debate e discussão.

Uma coisa, porém, é certa.

Qualquer modelo que o Brasil venha adotar deve passar necessariamente por dois objetivos: desafogar o judiciário e reduzir o superencarceramento.

Fábio Tofic Simantob