



PARECER - Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

Ref. Indicação nº. 001/2019

Autor: Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal IAB, Dr. Márcio Barandier

Matéria: Anteprojeto de Lei do Executivo denominado “Projeto de Lei Anticrime”, de iniciativa do Ministro da Justiça e Segurança Pública. Tema XII ‘Medidas para introduzir soluções negociadas no Código de Processo Penal e na Lei de Improbidade’

Relator: Thiago Bottino

Introdução

O Presidente da Comissão Permanente de Direito Penal do Instituto dos Advogados Brasileiros designou-me para elaborar parecer sobre o item XII do Projeto de Lei de iniciativa do Ministério da Justiça e Segurança Pública denominado “Projeto de Lei Anticrime”. O referido item trata da inclusão de soluções negociadas no processo penal e na lei de improbidade administrativa. A designação alerta para a relevância da matéria e urgência da tarefa, o que faço nos termos seguintes.

O “Projeto de Lei Anticrime” foi originariamente divulgado como um documento único, mas posteriormente desmembrado em três diferentes projetos de lei para envio à Câmara dos Deputados pelo Poder Executivo (PL 881/2019, PL 882/2019 e PLP 38/2019).

Para permitir melhor compreensão do extenso projeto, que acrescenta diversos dispositivos na legislação brasileira a partir de uma inspiração do sistema penal dos Estados Unidos da América (EUA), o presente parecer foi dividido em duas partes: (1) avaliação geral do projeto; e (2) análise das soluções negociadas no processo penal.

1. Avaliação geral do projeto

O projeto que trata especificamente dos Acordos Penais padece de uma falha gravíssima: não apresenta justificativas concretas capazes de recomendar a introdução, no Brasil, de um instituto extremamente criticado em seu país de origem¹.

Trata-se de uma medida absolutamente indispensável para que essa opção legislativa possa ser debatida pelo Congresso e pela sociedade a partir de suas vantagens e desvantagens. Apresentar um projeto criando uma nova possibilidade de composição da lide penal sem esclarecer quais os efeitos e consequências pretendidos com a mudança, sem apresentar dados e/ou estudos que indiquem a relação de causalidade entre a modificação legislativa e os objetivos pretendidos, revela uma postura antidemocrática, na medida em que priva a sociedade de entender e discutir os objetivos da reforma.

Ademais, embora criticado nos Estados Unidos, o modelo de acordos faz parte da tradição jurídica daquele país há centenas de anos e está relacionado diretamente com as características, atribuições e competências que os atores processuais (juiz e ministério público) possuem naquele sistema, os quais são radicalmente diferentes daqueles existentes no Brasil.

O direito é uma das formas de expressão da cultura de uma determinada sociedade em um determinado momento histórico. Se os institutos processuais penais são construídos a partir de sistemas penais completamente diferentes, não se pode pretender introduzir um elemento jurídico desenvolvido em outro país sem que haja uma análise mínima acerca de sua adaptação. Nesse ponto,

¹ São inúmeros os artigos acadêmicos que apontam as disfuncionalidades do instituto nos EUA. Vejam-se, por todos: STUNTZ, William J.: **The Collapse of American Criminal Justice**. Disponível em <https://www.jstor.org/stable/j.ctt2jbtht>; ROBERTS, Paul Craig e STRATTON, Lawrence M.: **The Tyranny Of Good Intentions: How Prosecutors and Law Enforcement Are Trampling the Constitution in the Name of Justice**. New York: The Rivers Press, 2000; LANGER, Maximo: **Rethinking Plea Bargaining: The Practice and Reform of Prosecutorial Adjudication in American Criminal Procedure**. American Journal of Criminal Law, Vol. 33, p. 223, 2006; CRESPO, Andrew Manuel: **The Hidden Law Of Plea Bargaining**. Columbia Law Review, Vol. 118, p. 1303, 2018. Disponível em <https://columbialawreview.org/content/the-hidden-law-of-plea-bargaining/>. Há, ainda, um movimento de magistrados demandando modificações na sua utilização. Nesse sentido, uma das vozes mais expoentes é a do Senior Federal Judge Jed S. Rakoff, como se vê do artigo (<https://www.nybooks.com/articles/2014/11/20/why-innocent-people-plead-guilty/>) e da entrevista (<https://www.youtube.com/watch?v=hVFcMtCjHrg>) referidos.

seria essencial que a exposição de motivos indicasse como o novo instituto seria compatibilizado com o sistema jurídico brasileiro.

Assim como um transplante de órgãos exige uma série de exames de compatibilidade, um “transplante jurídico” também exige que se compreenda que os sistemas jurídicos são diferentes. Introduzir um “corpo estranho” sem ter isso em conta pode simplesmente produzir o efeito inverso, piorando nosso sistema de justiça.

2. Análise das soluções negociadas no processo penal

São dois os dispositivos que se pretende modificar a fim de introduzir o “acordo penal” no sistema processual penal brasileiro, previstos respectivamente nos artigos 28-A (acordo de não-persecução) e 395-A (acordo penal).

2.1) acordo de não-persecução

O acordo de não-persecução não constitui uma inovação total no sistema processual penal brasileiro, mas sim uma espécie de “nova transação penal” (art. 76, da Lei 9.099/95), na medida em que ambos os institutos possuem as características comuns respectivamente ao **momento, requisito e iniciativa** da proposta de solução consensual:

1. São realizados antes do oferecimento de denúncia, finda a investigação preliminar e não sendo caso de arquivamento;
2. São regulados pela pena máxima prevista para o suposto crime (máxima de dois anos para transação penal; máxima inferior a quatro anos para acordo de não-persecução) e dependem de uma análise subjetiva acerca dos antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime;
3. Apresentam a limitação de que seja feito um acordo a cada cinco anos, limitando-se também a possibilidade de outras medidas de solução consensual da lide penal;
4. São propostos por iniciativa do Ministério Público e só podem ser aceitos se o indivíduo for assistido por advogado;
5. São homologados pelo juiz, em audiência, o qual tem poderes de rejeitar a proposta formulada;

6. A aceitação da proposta não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para fins da realização de uma nova composição negociada da lide penal.

Por outro lado, há diferenças entre o acordo de não-persecução e a transação penal:

1. O acordo de não-persecução exige a confissão do indivíduo, ao passo que a transação penal não;
2. O acordo de não-persecução possui um requisito específico de que o crime investigado não tenha sido praticado com violência ou grave ameaça, ao passo que a transação penal não;
3. As condições a que estará submetido o indivíduo são distintas:

Acordo de não-persecução	Transação penal
Reparação do dano causado	Não há previsão de reparação do dano (uma vez que a transação pressupõe a não realização de composição civil dos danos, prevista no art. 74, da Lei 9.099/95)
Renúncia a bens indicados pelo Ministério Público como instrumentos, produto ou proveito do crime	Não há previsão de perda de bens (idem acima, pois isso seria objeto da composição civil)
Prestação de serviços em local a ser indicado pelo Ministério Público;	Possibilidade de qualquer pena restritiva de direitos, inclusive prestação de serviços, em local determinado pelo Juiz e sujeito à fiscalização do Poder Judiciário
Prestação pecuniária em favor de instituição indicada pelo Ministério Público que tenha por finalidade a proteção de bens jurídicos específicos	Prestação pecuniária em favor de instituição determinada pelo Juiz e sujeita à fiscalização do Poder Judiciário
Cumprimento de condição indeterminada a ser indicada pelo Ministério Público.	

De todo o exposto, evidenciam-se diferenças marcantes entre os institutos, sendo a principal delas o incremento do poder do Ministério Público em detrimento do Poder Judiciário, o que se verifica pelos seguintes elementos: (1) o MP passaria a indicar o local da prestação de serviços; (2) o MP poderia estabelecer qualquer condição extraordinária, sem previsão taxativa da lei; (3) o MP obteria a confissão do crime mesmo sem ter sequer apresentado uma denúncia formal; (4) o descumprimento do acordo traria consequências mais gravosas para o indivíduo do que ocorre com a transação penal.

Nesse sentido, o acordo de não persecução constitui uma versão piorada da transação penal, na medida em que reduz as garantias individuais ao limitar o poder do juiz (agente imparcial) e aumentar o poder do Ministério Público (parte processual) retirando essa corporação do controle realizado pelo Poder Judiciário.

Ora, as principais críticas ao instituto nos EUA tratam justamente da ausência de controle pelo Judiciário da atuação do MP.

Portanto, o presente parecer é pela rejeição da referida modalidade de acordo de não persecução.

No entanto, tendo em vista que a necessidade de se ampliar os modelos consensuais de resolução da lide penal representam, verdadeiramente, uma possibilidade de resolução de conflitos de forma mais célere (porque abreviado o procedimento) e econômica (dispensando múltiplas intimações e audiências, acarretando em menores gastos com recursos humanos e materiais), sugere-se que a iniciativa do Poder Executivo seja contemplada por meio da modificação do instituto da transação penal, ampliando-se a competência dos Juizados Especiais Criminais e alterando-se a Lei 9.099/95, da seguinte forma:

Redação atual	Redação sugerida
Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.	Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 4 (quatro) anos, cumulada ou não com multa.
	Inclusão do parágrafo único: Parágrafo único. Para aferição da pena mínima cominada ao delito, a que se refere o <i>caput</i> , serão consideradas as causas de aumento e diminuição aplicáveis ao caso concreto.
Art. 76. Havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena	Manutenção da redação

restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta.	
§ 1º Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o Juiz poderá reduzi-la até a metade.	Modificação do § 1º § 1º Se o juiz considerar inadequadas as condições propostas, poderá substituí-las por outras, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do autor da infração.
§ 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo; III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.	Manutenção da redação
§ 3º Aceita a proposta pelo autor da infração e seu defensor, será submetida à apreciação do Juiz.	Manutenção da redação
§ 4º Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o Juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de cinco anos.	Manutenção da redação
§ 5º Da sentença prevista no parágrafo anterior caberá a apelação referida no art. 82 desta Lei.	Manutenção da redação
§ 6º A imposição da sanção de que trata o § 4º deste artigo não constará de certidão de antecedentes criminais, salvo para os fins previstos no mesmo dispositivo, e não terá efeitos civis, cabendo aos interessados propor ação cabível no juízo cível.	Manutenção da redação
	Inclusão do § 7º: § 7º Para homologação do acordo, será realizada audiência na qual o juiz deverá verificar a sua legalidade e voluntariedade, devendo, para este fim, ouvir o investigado na presença do seu defensor.

A ampliação do alcance da transação penal pra infrações com pena máxima até quatro anos se justifica em razão da regra contida no Código Penal estabelecendo regime inicial aberto para o cumprimento de condenações dessa monta. Logo, se tais penas não justificam o encarceramento do indivíduo, há razoabilidade para que essas infrações penais não sejam objeto de persecução penal e sejam consideradas infrações de menor potencial ofensivo.

2.2) Acordo penal

Esse instituto, previsto para ser incluído no art. 395-A, do Código de Processo Penal, constitui verdadeiramente uma inovação no sistema processual penal brasileiro e se inspira, claramente, no modelo americano do *plea bargaining*: uma negociação onde o réu confessa um crime em troca de uma pena mais branda do que a que receberia se fosse condenado.

O acordo penal, assim como o *plea bargaining*, traz como principal vantagem a redução de custos, na medida em que acordos são mais rápidos e mais baratos do que processos (embora ainda não se tenha uma estimativa do custo médio de um processo criminal no Brasil, ele será bem superior ao custo médio do processo de execução fiscal, hoje calculado em R\$ 20.000,00)².

A segunda vantagem é a maior celeridade para resolução de conflitos, dado que a morosidade do judiciário no Brasil é ruim tanto no caso de réus culpados (pois demoram a ser punidos) como inocentes (porque ficam submetidos a essa suspeita por anos, até serem absolvidos).

Por fim, a terceira vantagem é a voluntariedade. Como é fruto de um acordo, o acordo penal atenderia ao interesse das duas partes e reduz a quantidade de recursos, aliviando os tribunais.

Contudo, as desvantagens do modelo superam as vantagens, o que justifica o parecer pela rejeição dessa proposta.

² Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/7862?mode=full>

A primeira desvantagem também envolve custos. O uso em larga escala dos acordos nos EUA³ (variando entre 90% e 97% dos crimes) gerou o aumento de presos, inclusive em infrações leves. Hoje, os EUA são o país com o maior número de encarcerados do planeta e gastam US\$ 82 bilhões por ano com prisões. Se o mesmo ocorrer no Brasil, o custo do encarceramento em massa poderá ser superior à economia com pessoal e equipamentos.

Além disso, já se constatou nos EUA a tendência de que o acusado aceite um acordo mesmo quando é inocente⁴. Promotores pressionam e ameaçam os réus para obter acordos, o que foi autorizado pela Suprema Corte daquele país⁵. Não se deve duvidar que isso aconteça aqui, decretando-se prisões com a finalidade (não declarada) de obter acordos.

Outra desvantagem é a falta de publicidade. No modelo atual, um juiz precisa indicar por escrito as razões que levaram à condenação e todos podem criticá-las, pois o processo é público. Já no modelo de acordos, as negociações são secretas, feitas a portas fechadas.

A última desvantagem é a falta de controle institucional. Um elemento básico é o fato de que as negociações feitas pelos promotores têm como premissa a legitimidade democrática desses atores, os quais são eleitos diretamente pelo povo (em 35 dos 50 estados americanos) ou indicados por um representante eleito (nos 15 estados restantes os promotores são nomeados pelo governador, assim como pelo presidente, no âmbito federal).

³ Diferentes estatísticas estão disponíveis, como as produzidas pelo Escritório de Assistência Jurídica do Departamento de Justiça (<https://www.bja.gov/Publications/PleaBargainingResearchSummary.pdf>), pela imprensa americana (<https://www.nytimes.com/2012/03/23/us/stronger-hand-for-judges-after-rulings-on-plea-deals.html>) e por organizações não governamentais (<https://www.innocenceproject.org/guilty-pleas-on-the-rise-criminal-trials-on-the-decline/>), variando entre 90% e 97% dos casos criminais identificados nos EUA.

⁴ São inúmeros os estudos que indicam a aceitação, por inocentes, de acordos de *plea bargaining*, submetendo-se a penas indevidas. Nesse sentido, há artigos acadêmicos (GAZAL, Oren: *Screening, Plea Bargains and the Innocent Problem*. In Law & Economics Working Papers Archive, 31, 2004, disponível em https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1031&context=law_econ_archive), bem como relatórios elaborados por organizações não governamentais com dados estaremcedores, estimando-se em centenas de milhares de inocentes presos nos EUA em decorrência dos acordos ("11% de todas as condenações revertidas pelo uso de técnicas avançadas de DNA haviam sido confessadas pelos acusados", Innocence Project and Members of Innocence Network Launch Guilty Plea Campaign, disponível em <https://www.innocenceproject.org/guilty-plea-campaign-announcement/>).

⁵ *Bordenkircher v. Hayes*, 434 U.S. 357 (1978), disponível em <https://www.oyez.org/cases/1977/76-1334>.

As escolhas sobre quem processar (ou não) e qual pena negociar constituem formas de administração popular da justiça criminal. Portanto, os promotores indicados estão sujeitos à demissão (e os eleitos à não reeleição) caso façam mal-uso desse poder. Afinal, esses servidores públicos ocuparam tais postos em virtude dos valores e princípios que apresentaram nas disputas políticas que conduziram às suas escolhas e são responsabilizados (no sentido de *accountability*) pela sua atuação.

Contrariamente, no Brasil promotores e procuradores são selecionados por seu conhecimento técnico da lei e não por seus valores ou princípios. Portanto, não podem “escolher em nome do povo” nem tomar decisões que acreditem “ser o melhor para o país”.

No Brasil, membros do Ministério Público não são substituíveis por decisão do povo ou seus representantes, mas possuem cargos vitalícios e também inamovibilidade e total autonomia funcional, sem qualquer responsabilização decorrente do emprego ineficiente dos recursos públicos. De fato, não há qualquer consequência para membros do Ministério Público que acusam pessoas inocentes ou sem provas, tendo suas denúncias rejeitadas ou pedidos de condenação indeferidos por atipicidade, ausência de elementos de autoria ou incapacidade de apresentação de provas suficientes para condenação.

Em resumo, não se pode introduzir um instrumento processual que permita a supressão da liberdade individual baseado na legitimidade democrática da atuação do Ministério Público na medida em que essa corporação **não possui tal legitimidade** no sistema constitucional e processual penal brasileiro, nem se pode estabeleça mecanismos de controle e responsabilização dos promotores sem alteração constitucional. Ou seja, a mudança legislativa ampliaria o poder de uma corporação de servidores públicos que não são controlados pela população desacompanhada de mecanismos para evitar arbitrariedade e subjetivismo em sua atuação.

Entretanto, o elemento mais controverso e inconstitucional é a previsão dos acordos penais admitirem penas de prisão sem processo.

Em primeiro lugar há uma restrição de ordem constitucional. A liberdade individual é um bem indisponível e sua supressão somente pode ser determinada pelo Estado por meio de uma decisão judicial. Logicamente, trata-se de

decisão judicial que examine provas, e não que simplesmente homologue um acordo realizado entre partes sem base em qualquer material probatório (uma vez que os elementos existentes quando do oferecimento da denúncia são apenas indiciários).

O modelo proposto de acordo penal retira dos membros do Judiciário o poder sobre a liberdade individual e o transfere para uma instituição que não tem a atribuição constitucional de proteção dos direitos e garantias individuais.

Membros do Ministério Público não são juízes. Não são imparciais. Não são orientados para a proteção dos indivíduos frente aos abusos estatais. Ao contrário, o Ministério Público está limitado em suas iniciativas, de acordo com o modelo constitucional, justamente pelo Poder Judiciário.

A segunda restrição é de ordem prática. Como a prisão tem um custo social altíssimo (pois inocentes também aceitarão acordos), ela não pode ser fruto de uma negociação onde não se examinam provas e não há possibilidade de defesa. Além disso, aumentar prisões por meio de acordos implodirá nosso sistema carcerário, já superlotado. O remédio acabaria sendo pior do que a doença, porque presídios lotados são um conhecido foco de violência e de fortalecimento do crime organizado. Logo, acordos devem ser usados apenas para penas alternativas à prisão.

Assim como um transplante de órgãos exige uma série de exames de compatibilidade, um “transplante jurídico” também exige que se compreenda que os sistemas jurídicos são diferentes. Introduzir um “corpo estranho” sem ter isso em conta pode simplesmente produzir o efeito inverso, piorando nosso sistema de justiça.

Nesse contexto, assim como o acordo de não-persecução é desnecessário – sendo mais eficiente a ampliação do instituto da transação penal – também o acordo penal se mostra inadequado ao nosso sistema processual, podendo suas vantagens serem alcançadas por outro mecanismo jurídico que não apresenta os mesmos riscos: a suspensão condicional do processo.

Com efeito, trata-se de instituto processual já bem adaptado ao sistema brasileiro e que pode ser ampliado a fim de atender aos mesmos objetivos do acordo penal. Hoje limitado a infrações penais com pena mínima não superior a um ano, o instituto pode ser ampliado para todas as infrações penais praticadas sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou inferior a dois anos, bem como para crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

3. Conclusão

O parecer é no sentido de que o modelo de acordos proposto no “Projeto de Lei Anticrime” **deve ser rejeitado** porque não é compatível com o sistema de garantias constitucionais brasileiro, nem com o desenho institucional do Poder Judiciário e do Ministério Público pelas seguintes razões:

1. A proposta de alteração legislativa não foi precedida nem se baseia em qualquer estudo de impacto na redução do número de processos ou no aumento do número de presos, revelando-se, portanto, um movimento destituído de base empírica e fundamentação racional;
2. As propostas de acordo de não persecução e de acordo penal pretendem “copiar” um modelo extremamente criticado nos EUA e não trazem salvaguardas para evitar os mesmos problemas já constatados em sua aplicação em seu país de origem;
3. Já existem soluções consensuais da lide penal em nosso sistema, as quais foram lapidadas pelo legislador (com alterações pontuais) e pelos tribunais (com pacificação da jurisprudência e edição de súmulas), as quais podem e devem ser ampliadas;
4. O Ministério Público é uma instituição essencial ao Estado Democrático de Direito que, no entanto, como qualquer outro serviço público, não deve ser dotado de poderes ilimitados e precisa estar submetido a um rígido controle por parte de outro Poder (*checks and balances*). A atribuição de novos poderes a esse órgão público, sem maiores controles pelo Poder Judiciário, e sem mecanismos de responsabilização de seus agentes representa uma violação ao princípio da separação de poderes e um risco aos direitos e garantias individuais;
5. A imposição de penas de prisão decididas sem base em provas produzidas sob o contraditório e que não sejam decretadas por juízes depois de observado o devido processo legal e a ampla defesa é uma medida inconstitucional.

Em contrapartida, sugere-se a ampliação dos mecanismos de solução consensual da lide penal a partir da manutenção e aperfeiçoamento dos institutos já incorporados e adaptados ao sistema processual brasileiro:

- a transação penal para infrações de menor potencial ofensivo, agora ampliado para infrações penais com pena máxima até quatro anos; e
- a suspensão condicional do processo, agora ampliado para infrações penais (de médio potencial ofensivo) praticadas sem violência ou grave ameaça com pena mínima igual ou inferior a dois anos, bem como para crimes culposos, qualquer que seja a pena aplicada.

Isto posto, sugere-se a rejeição da proposta contida no “Projeto Anticrime”, pelos vícios que carrega, mas apoia-se a ideia de ampliação dos mecanismos de solução consensual da lide penal por meio das modificações nos institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

Rio de Janeiro, 22 de fevereiro de 2019.

Thiago Bottino – relator.