

Reflexiones brasileñas sobre la reforma procesal penal en Uruguay

HACIA LA JUSTICIA PENAL ACUSATORIA EN BRASIL

Jacinto Nelson de
Miranda Coutinho

Leonel González Postigo

Marco Aurélio
Nunes da Silveira

(Dirección)

Leonardo Costa de Paula
(Coordinación)



A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO URUGUAI VISTA POR UM BRASILEIRO

Aury Lopes Jr.¹

INTRODUÇÃO

A investigação preliminar é um ponto extremamente sensível no processo penal de qualquer país, não só porque é nela que se produzem importantes elementos para justificar a acusação ou arquivamento (processo ou não processo), mas também porque lá se produzem provas técnicas irrepetíveis. Considerando a tendência cada vez maior em supervalorar provas (meios ocultos de obtenção de provas) como interceptação telefônica, quebra de sigilo fiscal e bancário, acesso a dados sensíveis em computadores e smartphones, exame de DNA, etc., é preciso considerar que quase sempre são produzidas na fase pré-processual. Para agravar o cenário, em modelos com amplo espaço negocial - como é o caso do Uruguai, em que cerca de 90% dos casos penais são resolvidos pela via do procedimento abreviado (sem produção de prova judicializada, portanto) — a investigação preliminar adquire imensa relevância.

Dessarte, é um imenso reducionismo — como parcela significativa da doutrina brasileira faz — dizer que a fase pré-processual é um 'mero' procedimento administrativo investigatório sem valor. Basta considerar que com base na investigação se pode retirar todos os bens de uma pessoa (medidas cautelares reais); se pode retirar a liberdade de alguém (medidas cautelares pessoais) e, finalmente, se pode até

¹ Doutor em Direito Processual Penal (Universidad Complutense de Madrid). Professor Titular no Programa de Pós-Graduação - Mestrado e Doutorado – em Ciências Criminais da PUCRS. Advogado.

condenar alguém (provas técnicas, tribunal do júri, etc.). Para além disso, em países como EUA ou Uruguai, 90% (ou mais) dos casos são resolvidos exclusivamente com base na investigação preliminar, pois os acordos (*plea bargaining*) são feitos sem qualquer produção de prova judicializada.

Eis, portanto, a relevância do tema e a necessidade de compreender seus limites e funções.

1 SUPERAÇÃO DO MODELO DE JUIZ DE INSTRUÇÃO E O PROMOTOR INVESTIGADOR

Como já explicamos em outra oportunidade², atualmente encontramos três sistemas de investigação preliminar vigentes, conforme a autoridade encarregada: modelo policial (caso do Brasil); juiz de instrução (Espanha e França, entre outros) e promotor investigador (Uruguai, Portugal, Itália, Alemanha, entre outros). Todos os modelos possuem vantagens e inconvenientes, mas essa análise supera os limites desse breve artigo e já foi feita por nós em trabalho específico para onde remetemos o leitor³, mas sem dúvida o modelo de juiz instrutor é o mais atrasado, inadequado e inquisitorial de todos, sendo esse o utilizado pelo Uruguai até a reforma processual que, alterando substancialmente toda a estrutura processual, adotou a figura do 'promotor investigador'.

O modelo uruguaio era tipicamente inquisitório, com a figura do juiz instrutor que comandava a investigação preliminar e depois, na fase processual, julgava o caso. Um modelo que também vigorou na Alemanha até 1974, na Itália até 1988, Portugal até 1987, por exemplo, mas que teve uma vida excessivamente longa no Uruguai. Esses países também implantaram a figura do promotor investigador, ou seja, o Ministério Público comandando a investigação preliminar, tendo a polícia a seu serviço e controle. É uma tendência também seguida por diversos outros países, inclusive na América Latina, a exemplo do

² Na obra "Investigação Preliminar no Processo Penal", 6ª edição, publicada pela editora Saraiva.

³ *Investigação Preliminar no Processo Penal*, 6ª edição, publicada pela editora Saraiva.

Chile, Argentina, Bolívia, Colômbia e Paraguai, como uma consequência da implantação do modelo acusatório.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO, IMPARCIALIDADE DO JUIZ E JUIZ DAS GARANTIAS

Importante recordar que sistema acusatório e imparcialidade do juiz são temáticas diretamente relacionadas, de modo que a imparcialidade é o Princípio Supremo do Processo (Pedro Aragoneses Alonso⁴ e Werner Goldschmidt⁵) e somente uma estrutura acusatória⁶ - que mantenha o juiz afastado da iniciativa probatória, da gestão da prova e que respeite o *ne procedat iudex ex officio* - cria as condições de possibilidade de termos um juiz imparcial.

Existe uma íntima relação e interação entre acusatório-imparcialidade e inquisitório-ausência de imparcialidade. Mas a imparcialidade, além de ser uma construção técnica artificial do processo penal, está diretamente relacionada a outras questões meta-jurídicas, como a originalidade cognitiva e a dissonância cognitiva.

A imparcialidade, no decorrer do tempo, desde pelo menos o julgamento do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), no caso Piersack vs. Bélgica (1982), distinguiu-se entre objetiva (em relação ao caso penal) e subjetiva (no tocante aos envolvidos). Também deve-se valorizar a “estética de imparcialidade”, ou seja, a aparência, a percepção que as partes precisam ter de que o juiz é realmente um “juiz imparcial”, ou seja, que não tenha tido um envolvimento prévio com o caso penal (por exemplo, na fase pré-processual, decretando prisões cautelares ou medidas cautelares reais) que o contamine, que fomente os pré-juízos que geram um imenso prejuízo cognitivo. É importante que o juiz mantenha um afastamento que lhe confira uma “estética de julgador” e não de acusador, investigador ou inquisidor. Isso é crucial para que se tenha a “confiança” do jurisdicionado na figura do

⁴ Na obra "Proceso y Derecho Procesal", 2a edição, Madrid, Edersa, 1997.

⁵ "La ciencia de la justicia - Dikelogia", 2ª edição, Buenos Aires, Depalma, 1986.

⁶ Sobre Sistemas Processuais Penais, remetemos o leitor para nossa obra *Fundamentos do Processo Penal*, 5ª edição, publicada pela editora Saraiva, onde aprofundamos o estudo e análise.

jugador. Mas todas essas questões perpassam por um núcleo imantador, que é a originalidade cognitiva.⁷

A condição de terceiro é a de ignorância cognitiva em relação às provas, ao conteúdo probatório, já que o acerto das condutas deve ser novidade ao julgador. O juiz é um sujeito processual (não parte) ontologicamente concebido como um ignorante, porque ele (necessariamente) ignora o caso penal em julgamento. Ele não sabe, pois não deve ter uma cognição prévia ao processo. Deixará o juiz de ser um ignorante quando, ao longo da instrução, lhe trouxerem as partes às provas que lhe permitirão então conhecer (cognição).⁸

Todas essas questões são fundamentais para compreendermos a necessidade de manter o juiz longe da função investigatória, completamente afastado da atividade de investigação e coleta de elementos, somente agindo quando invocado (reserva de jurisdição). E ainda, jamais atuando nas duas fases, ou seja: juiz que atua na fase pré-processual não pode ser o mesmo juiz que depois, no processo, vá julgar. Mesmo no modelo de promotor-investigador, a figura do juiz de garantias (ou juiz "da" investigação e não 'de' investigação — *il giudice per le indagini preliminari*) é fundamental, para assegurar a máxima originalidade da cognição por parte do juiz que irá julgar o caso penal.

No Uruguai, está consagrada a separação dos juízes (*sistema doble juez*), de modo que a investigação é realizada pelas polícias com supervisão e orientação do Ministério Público. Existe um juiz das garantias que não será o mesmo a atuar, depois, no processo (*juicio oral*). O art. 50 do CPP determina expressamente que as polícias (nacional, naval e aérea) são órgãos auxiliares do Ministério Público e executarão suas tarefas sob direção e responsabilidade dos promotores (fiscais) de acordo com as instruções que lhes forem dadas. É um modelo, portanto, de promotor-investigador que tem o controle sob a atividade de investigação levada a cabo pela polícia (similar, entre outros, ao

⁷ LOPES JR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

⁸ LOPES JR, Aury e MORAIS DA ROSA, Alexandre. <https://www.conjur.com.br/2016-abr-29/limite-penal-quando-juiz-sabia-importancia-originalidade-cognitiva-processo-penal>

modelo espanhol, em que a 'fiscalia' dá instruções gerais e instruções específicas para atuação policial). Se o Ministério Público necessitar de alguma medida submetida a reserva de jurisdição, deverá postular ao juiz (das garantias) que não será o mesmo juiz da fase processual (juicio oral).

Existe correta preocupação por parte do sistema uruguaio de garantir a 'originalidade cognitiva', não só com a separação dos juízes que atuam na fase preliminar e judicial, mas também com a não contaminação dos atos da investigação com o processo. O juiz da fase processual (*juicio oral*) tem em mãos apenas o 'auto de abertura', ou seja, a decisão que recebeu a acusação e a indicação das provas que serão produzidas. Toda a prova tem que ser produzida em audiência. É o que eles chamam de Princípio de 'auto-sustentabilidade', no sentido de que se deve esquecer o que foi feito antes (exceto, é claro, as provas técnicas irrepetíveis e as de produção antecipada) e produzir toda a prova na fase processual. E, mesmo as provas técnicas, é preciso que sejam efetivamente judicializadas. Por exemplo: não basta a perícia ter sido feita na investigação e juntado, no processo, o laudo. É preciso ouvir o perito em audiência para que o conteúdo da perícia seja trazido para o processo. Essa é uma preocupação importante e quem vem na mesma linha do que já sustentamos há mais de uma década: o sistema de exclusão física dos autos do inquérito policial brasileiro ou ainda, seu não ingresso no processo. No modelo uruguaio, como também o chileno, toda a investigação é documentada em uma 'carpeta' (pasta), que deve ser compartilhada⁹ entre Ministério Público e defesa, mas que não ingressa no processo. O art. 259.1 é muito claro ao determinar que as atividades desenvolvidas na 'indagatoria' preliminar servem para reunir meios de prova que possibilitem a posterior iniciação do processo e não integrará, em nenhum caso¹⁰.

Em ambos os países (Uruguai e Chile) podemos observar uma grande preocupação com uma regra básica: prova é o que se produz em audiência, na frente do(s) julgador(es) e em contraditório. Sem dúvida, se

⁹É importante a leitura do art. 268.4, que determina que não pode ser admitida na audiência de controle de acusação nenhuma prova que a defesa não tenha acesso prévio.

¹⁰ Exceto "cuando hubiera sido dispuesta con intervención del tribunal".

essa lição fosse compreendida e incorporada pelo sistema brasileiro, já seria uma evolução gigantesca.

3 SOBRE A FORMA DOS ATOS DA 'INDAGATORIA PRELIMINAR'

A investigação preliminar uruguaia é denominada "indagatoria preliminar" e está prevista nos arts. 256 a 267 do CPP. É realizada pela autoridade policial sob supervisão, orientação e comando do ministério público. Como regra vigora o sigilo externo e a publicidade interna (art. 259.2), mas o fiscal poderá requerer que determinados atos, registros ou documentos permaneçam sigilosos em relação ao imputado e seu defensor, toda vez que considere necessário para assegurar a eficácia da investigação, mas esse sigilo interno parcial (pois identificadas as peças) poderá durar no máximo até 40 dias e depende de autorização judicial. Poderá haver prorrogação, mediante decisão judicial, deste sigilo por até 6 meses, sem prejuízo de que a defesa postule ao juiz que ponha fim ao sigilo.

Essa é disciplina similar a espanhola e que também deveria ser incorporada no sistema brasileiro: sigilo externo (ou para 'os de fora' diria Velez Mariconde) e acessabilidade interna (ou para 'os de dentro', especialmente o investigado) como regra. Pode haver sigilo interno, mas parcial de com prazo de duração. Ora, essa é uma sistemática recorrente, menos no Brasil, onde a regulamentação do sigilo é pífia (o art. 20 do CPP é imprestável) e, como regra, a polícia dificulta o acesso da defesa, pelo tempo que quiser e em relação aos documentos que entender necessário e, por outro lado, mantém com a mídia uma relação quase incestuosa. O art. 7º, XIV e ss. da Lei 8906 bem como a Súmula Vinculante n. 14 são insuficientes, diante do amplo espaço discricionário da polícia e a informalidade do inquérito policial.

Também é digno de nota o respeito ao 'direito de ser julgado em um prazo razoável', incluindo nele, por elementar, a investigação preliminar. Um dos pontos que sempre criticamos no processo penal brasileiro é a adoção da teoria do não-prazo, ou seja, ou não existem prazos fixados ou, quando existentes, são despidos de sanção. Considerando que prazo-sanção=ineficácia, temos a equação que bem representa o

sistema brasileiro. O inquérito policial tem prazo de duração mas nenhuma sanção, nem mesmo prescrição existe mais entre a data do fato e o recebimento da denúncia, conferindo uma carta aberta para a (de)mora e a utilização da investigação como instrumento de coação, estigmatização e angústia prolongada (pela falta de uma conclusão definitiva daquela situação jurídica).

O modelo uruguaio, como demais países sul-americanos com legislação alinhada à Convenção Americana de Direitos Humanos, possui definição de prazos com maior rigor. Nessa linha merece transcrição o disposto no art. 265 do CPP uruguaio:

Artículo 265 (Duración máxima de la investigación)

La investigación no podrá extenderse por un plazo mayor de un año a contar desde la formalización de la investigación. En casos excepcionales debidamente justificados, el fiscal podrá solicitar al juez la ampliación del plazo hasta por un año más.

Alinhado com a ‘cultura de audiência’ e a oralidade, típicos de um modelo acusatório, a investigação preliminar também é marcada por duas audiências (tomando o rito ordinário como exemplo): a) audiência de formalização da investigação (art. 266 e ss.); b) audiência de controle da acusação (art. 268 e ss.);

A *audiência de formalização da investigação*, disposta no art 266 e ss. do CPP, serve, em linhas gerais, para formalizar a investigação e, portanto, assegurar direitos do investigado. Na dicção do dispositivo legal, quando existirem elementos objetivos suficientes que deem conta da prática de um delito e a identificação dos prováveis autores (situação fática similar àquela do nosso indiciamento), o ministério público deverá formalizar a investigação, solicitando que o juiz marque a audiência de formalização (eis uma distinção básica: no modelo inquisitório brasileiro, tudo é escrito e cartorário; no modelo acusatório, onde vigora a oralidade e cultura de audiência, se marca uma audiência, ainda que o pedido de audiência seja por escrito, mas é nela que tudo acontece). Essa é uma marca indelével de distinção dos sistemas. Já no pedido de audiência, o ministério público deverá fazer a relação circunstanciada dos fatos e a participação atribuída ao imputado, a

tipificação legal, os meios de prova que possui e eventuais medidas cautelares que julgue pertinentes.

Se o imputado estiver preso, o pedido de audiência deve ser imediato e ela deverá se realizar no prazo máximo de 24h. Se estiver em liberdade, a audiência não poderá ser celebrada em prazo superior a 20 dias. Nessa audiência de formalização, o juiz ouvirá as partes e a vítima, se comparecer e decidirá: a legalidade da detenção (se houver prisão); a admissão do pedido de formalização da investigação; eventuais pedidos de medidas cautelares; e outros pedidos que façam as partes.

Interessante é que o juiz poderá, mediante pedido da defesa, se considerar imprescindível, determinar a produção de prova nessa mesma audiência. Essa prova deverá limitar-se aos requisitos para a adoção ou não de medidas cautelares.

Ao final da investigação será realizada a *audiência de controle da acusação*, que integra o que se poderia chamar de 'etapa intermedia' entre a investigação preliminar e 'el juicio oral'. Serve para preparar a fase processual, resolver problemas, vícios, discussão sobre ingresso/validade de provas, etc. É considerada a 'llave del juicio', ou seja, a chave que abre a porta do processo. É realizada pelo juiz das garantias, totalmente oral e assegurando-se que a defesa teve prévio acesso a 'carpeta' de investigação do MP. A acusação é escrita (art. 127), mas deduzida e debatida oralmente antes de ser admitida. É o momento de definir-se os fatos, a correlação, bem como as provas admitidas e até a ordem de oitiva das testemunhas. É possível ainda que ocorra algum 'acordo tardio', ou seja, uma negociação sobre a pena que por algum motivo não pode ser levada a cabo antes.

A audiência de controle da acusação pode terminar com acordo, arquivamento ou com 'el auto de apertura a juicio', ou seja, uma decisão que admite a acusação e dá início ao processo. Essa decisão é proferida pelo juiz das garantias, de modo que o juiz do processo não é o mesmo que recebeu a acusação, assegurando-se a máxima originalidade cognitiva de quem vai julgar, evitando os perversos efeitos da

dissonância cognitiva explicados por Schüneman¹¹. Como já explicado, o juiz que atua na fase processual não tem qualquer contato prévio com a investigação e sequer recebe ou não a acusação.

A *terceira audiência* que fecha o rito ordinário é exatamente o juízo oral, ou seja, audiência de instrução, debate e julgamento, arts. 270 e ss. O problema é que o ‘juízo oral’ rapidamente se transformou em um luxo reservado para poucos, diante da adoção do *plea bargaining* pelos uruguaios no chamado ‘processo abreviado’ (a propósito, constitui um erro falar em ‘processo’ abreviado, pois essa figura não existe; o correto é ‘procedimento’ abreviado). O mal chamado ‘processo’ abreviado é a inserção de amplo espaço negocial, similar ao *plea bargaining* norte-americano e que infelizmente está embriagando os legisladores latino-americanos com a promessa de celeridade e eficiência. Isso, quando se tem justiças criminais entulhadas (por conta de vários fatores, como a banalização do direito penal, a crise do ‘bem jurídico’ e mesmo a pobreza que nos assola), é um argumento inebriante, sedutor e sedante. E, no Uruguai, a negociação sobre a pena já está na casa dos 90% dos casos, ou seja, 9 em cada 10 casos são resolvidos sem processo, sem ‘juízo oral’, sem contraditório e sem produção de provas (superavaliação da investigação preliminar).

Infelizmente, sob o olhar do ‘estrangeiro’, os uruguaios entraram nessa perigosa aventura sem uma profunda análise do impacto carcerário que isso irá gerar a médio prazo, bem como das inúmeras injustiças que ele não se importa em gerar, como veremos a seguir.

4 ESPAÇO NEGOCIAL E PROCEDIMENTO ABREVIADO. SUPERESTIMAÇÃO DOS ATOS DE INVESTIGAÇÃO. CRÍTICA À BANALIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO. CONCLUSÕES.

A reforma uruguaia trouxe como grande inovação a possibilidade de negociação sobre a pena, no chamado ‘processo’ abreviado, estabelecido no art. 272:

¹¹ SCHÜNEMANN, Bernd. "O juiz como um terceiro manipulado no processo penal?". In: *Estudos de Direito Penal e Processual Penal e filosofia do direito*. Org. Luís Greco. Ed. Marcial Pons, 2013.

TÍTULO II - DEL PROCESO ABREVIADO

Art. 272.- Se aplicará el proceso abreviado para el juzgamiento de hechos cuya tipificación por el Ministerio Público de lugar a la aplicación de una pena mínima no superior a seis años de penitenciaría o de una pena de otra naturaleza, cualquiera fuere su entidad. Será necesario que el imputado, en conocimiento de los hechos que se le atribuyen y de los antecedentes de la investigación, los acepte expresamente y manifieste su conformidad con la aplicación de este proceso. La existencia de varios imputados no impedirá la aplicación de estas reglas a algunos de ellos. En ese caso, el acuerdo celebrado con un imputado no podrá ser utilizado como prueba en contra de los restantes.

Primeira questão a ser respondida é: o acordo sobre a pena é resultado lógico do “modelo acusatório” e do “processo de partes”?

Não, essa é uma ideia *totalmente ideológica e mistificadora*, como qualificou FERRAJOLI¹², para quem esse sistema é fruto de uma confusão entre o modelo teórico acusatório – que consiste unicamente na separação entre juiz e acusação, na igualdade entre acusação e defesa, na oralidade e publicidade do juízo – e as características concretas do sistema acusatório americano, algumas das quais, como a discricionariedade da ação penal e o acordo, não têm relação alguma com o modelo teórico.

O modelo acusatório exige – principalmente – que o juiz se mantenha alheio ao trabalho de investigação e passivo no recolhimento das provas, tanto de imputação como de descargo. A gestão/iniciativa probatória, no modelo acusatório, está nas mãos das partes; esse é o princípio fundante do sistema. Ademais, há a radical separação entre as funções de acusar/julgar; o processo deve ser (predominantemente) oral, público, com um procedimento contraditório e de trato igualitário das partes (e não meros sujeitos). Com relação à prova, vigora o sistema do livre convencimento motivado e a sentença produz a eficácia de coisa julgada. A liberdade da parte passiva é a regra, sendo a prisão cautelar uma exceção. Assim é o sistema acusatório, não derivando dele a justiça negociada.

¹².FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón – teoría del garantismo penal*, p. 747.

A verdade consensuada, que brota do *plea* é ilegítima. FERRAJOLI¹³ lembra que nenhuma maioria pode fazer verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro, nem, portanto, legitimar com seu consenso uma condenação infundada por haver sido decidida sem provas.

Com isso, surge o equívoco de querer aplicar o sistema negocial, como se estivéssemos tratando de um ramo do direito privado. Existem, inclusive, os que defendem uma “privatização” do processo penal partindo do princípio dispositivo do processo civil, esquecendo que o processo penal constitui um sistema com suas categorias jurídicas próprias e de que tal analogia, além de nociva, é inadequada. Explica CARNELUTTI¹⁴ que existe uma diferença insuperável entre o direito civil e o direito penal: “en penal, con la ley no se juega”. No direito civil, as partes têm as mãos livres; no penal, devem tê-las atadas.

Para compreender o perigo que encerra uma abertura negocial dessa envergadura, é preciso olhar para o modelo norte-americano. A ampliação dos espaços de consenso é uma tendência inexorável e necessária, diante do entulhamento da justiça criminal em todas as suas dimensões. Contudo é preciso compreender que tanto Uruguai, como Brasil, adotam o sistema jurídico *civil law*, que impõe limites que não permitem a importação de uma negociação tão ampla. No Brasil a situação é ainda mais perigosa, pois a proposta contida no Projeto ‘Moro’ adota uma negociação sem limite de pena (no Uruguai, pelo menos, está limitada a crimes cuja pena mínima não seja superior a 6 anos, mas também é um excesso de espaço negocial, como veremos e como já demonstra a prática judiciária uruguaia).

Uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal, na medida em que legitima em larguíssima escala a “aplicação de pena privativa de liberdade sem processo”. Nos Estados Unidos, acordos assim superam 90% dos meios de resolução de casos penais, chegando a 97% nos casos federais e até 99% em Detroit. Significa dizer que 9 de cada 10 casos criminais são resolvidos com a aplicação de uma

¹³ *Derechos y garantías – la ley del más débil*, p. 27.

¹⁴ “La equidad en el juicio penal (para la reforma de la corte de asises)”. *Cuestiones sobre el proceso penal*, p. 292.

pena sem nenhum processo, sem contraditório e sem produção de provas.

O *plea bargaining* viola desde logo o pressuposto fundamental da jurisdição, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional efetivo e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida à sua discricionariedade. Isso significa uma inequívoca incursão do Ministério Público em uma área que deveria ser dominada pelo tribunal, que erroneamente limita-se a homologar o resultado do acordo entre o acusado e o promotor. Não sem razão, afirma-se que o promotor é o juiz às portas do tribunal. No Uruguai já existe uma cobrança de maior controle do juiz no procedimento abreviado, como se vê em entrevista do Juiz Alberto Reyes¹⁵.

O ponto nevrálgico é: qual o espaço de negociação que nosso sistema admite e tolera, sem gravíssimo prejuízo para a qualidade da administração da justiça? É preciso pensar esse limite a partir da compreensão da nossa realidade social e prisional e também dos erros que já cometemos com a banalização da transação penal (Lei 9099/95). Se a transação penal já se mostrou uma perversa mercantilização do processo penal, no sentido mais depreciativo da expressão, imagine-se o imenso estrago que causará uma ampliação excessiva (como o modelo uruguaio, para crimes cuja pena mínima não supere 6 anos) ou ilimitada (como pretende o Projeto Moro) desse espaço?

Também é uma ilusão pensar que existe uma 'livre' negociação ou 'consenso' real por parte de quem está sofrendo uma acusação e não raras vezes sofrendo uma prisão cautelar.

SCHÜNEMANN¹⁶ critica o suposto Princípio de Consenso, frequentemente invocado para legitimar o modelo negocial, taxando de 'eufemismo', por trás do qual se ocultaria uma sujeição do acusado à

¹⁵ <http://amu.org.uy/implementacion-de-nuevo-cpp-es-altamente-positiva-pero-juicio-abreviado-se-aplico-de-una-manera-demasiado-amplia-dice-presidente-de-asociacion-de-magistrados/>

¹⁶ SCHÜNEMANN, Bernd. *Um olhar crítico ao modelo processual penal norte-americano*. In: "Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito. Org. Luís Greco. São Paulo, Marcial Pons, 2013, p. 257.

medida de pena pretendida pelo acusador, enquanto resultado mínimo. de quem é colocado em posição de submissão através de forte pressão por parte da justiça criminal sobre o acusado. É uma ficção, desde o ponto de vista prático, conclui.

O *plea bargaining* no processo penal pode se constituir em um perverso intercâmbio, que transforma a acusação em um instrumento de pressão, capaz de gerar autoacusações falsas, testemunhos caluniosos por conveniência, obstrucionismo ou prevaricações sobre a defesa, desigualdade de tratamento e insegurança. O furor negociador da acusação pode levar à perversão burocrática, em que a parte passiva não disposta ao “acordo” vê o processo penal transformar-se em uma complexa e burocrática guerra. Tudo é mais difícil para quem não está disposto ao “negócio”.

Dessarte, a negociação precisa ser adotada com prudência, critérios e limites de pena a ser negociada. Não pode ser um modelo completamente aberto como o proposto.

Na Itália, cujo modelo *civil law* é similar ao brasileiro e que sempre serviu de orientação doutrinária, jurisprudencial e legislativa, o 'patteggiamento sulla pena' (art. 444 e ss. CPP italiano) é uma negociação entre acusado e MP, que não permite negociação sobre a imputação (correlação) e que tem um limite demarcado: com a redução de 1/3 a pena não pode superar 5 anos. Esse é um limite muito próximo e que orientou a redação do art. 283 do Projeto de CPP que tramita atualmente.

Na Espanha, a *Ley de Enjuiciamiento Criminal* prevê o instituto da "conformidad" nos arts. 695 e ss. e depois nos arts. 787 e 801, onde o acusado se conforma com a pena pedida pelo Ministério Público, abreviando assim o procedimento e aceitando a imputação, desde que a pena privativa de liberdade não seja superior a 6 anos (reparem que no Uruguai o critério foi 'pena mínima' até 6 anos, o que é significativamente mais amplo). No processo penal português, existe o arquivamento em caso de dispensa da pena (art. 280 do CPP português) e o instituto da "suspensão provisória do processo"(art. 281), similar a nossa suspensão condicional do processo, para crimes punidos com pena não superior a 5 anos. Nesse caso, o processo ficará suspenso por

um período máximo de 2 anos, ou de 5 anos (casos previstos no art. 281. 6 e 7) e, uma vez cumpridas as condições, será arquivado (art. 282). Esse é o espaço negocial. Figueiredo Dias¹⁷ propõe uma ampliação, dentro do marco do art. 344 do CPP português e, portanto, somente cabível para crimes cuja pena máxima não ultrapasse os 5 anos, ficando na esfera dos crimes de pequena ou média gravidade.

A negociação é imposta antes “del juízo oral”, logo, sem produção de provas. Isso leva a uma supervalorização da “indagatoria preliminar”, que passa a ser soberana e a única prova existente, e produzida sem pleno contraditório, ampla defesa e, principalmente, jurisdição. Ademais, a negociação está centrada na admissão dos fatos, ou seja, na ‘confissão’, que volta a ser a *rainha das provas* no modelo negocial, como uma recusa a toda a evolução da epistemologia da prova e também do nível de exigência na formação da convicção dos julgadores. Nada de prova de qualidade, de *standard* probatório, de prova produzida em juízo, à luz do contraditório e que precisa ser robusta ou pelo menos com alto grau de certeza e convicção. Bastam os meros atos de investigação, realizados de forma inquisitória na fase pré-processual, sem (ou com muita restrição) de defesa e contraditório, seguidos de uma confissão. A rainha das provas voltou.

E, mais, talvez os juristas uruguaios ainda não tenham notado, mas a negociação é perversa por essência: beneficia o culpado e coage o inocente.

Atualmente, explica LANGBEIN¹⁸, nos Estados Unidos, “nós coagimos o acusado contra quem encontramos uma causa provável a confessar a sua culpa. Para ter certeza, nossos meios são muito mais elegantes; não usamos rodas, parafusos de polegar, botas espanholas para esmagar as suas pernas. Mas como os europeus de séculos atrás, que empregavam essas máquinas, nós fazemos o acusado pagar caro pelo seu direito à garantia constitucional do direito a um julgamento. Nós o tratamos com uma sanção substancialmente aumentada se ele se

¹⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Acordos sobre a sentença em processo penal - o “fim” do estado de direito ou um novo “principio”?* Conselho Distrital do Porto, 2001.

¹⁸ LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: “Sistemas Processuais Penais”. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 141.

beneficia de seu direito e é posteriormente condenado. Este diferencial da sentença é o que torna o *plea bargaining* coercitivo. Há, claro, uma diferença entre ter os seus membros esmagados ou sofrer alguns anos a mais de prisão se você se recusar a confessar, mas a diferença é de grau, não de espécie. O *plea bargaining*, assim como a tortura, é coercitivo." (Grifamos)

A negociação é ainda perversa na medida em que subverte a lógica punitiva: o verdadeiro culpado é beneficiado com a negociação e recebe uma pena inferior àquela que teria de cumprir se fosse julgado. Já o inocente, injustamente acusado e sobre o qual recaem apenas os elementos da fase inquisitória, é pressionado a fazer o acordo "para não correr o risco do processo e da condenação alta".

É ilusória a 'voluntariedade' do acusado ao negociar, na medida em que coagido pela ameaça de penas altíssimas, por excesso de acusação (*overcharging*) e, principalmente pela ameaça da prisão cautelar, que será utilizada como instrumento de coação para obtenção de confissões e forçar a negociação. Não existe igualdade entre um agente do Estado, que detém 'poder' e não tem nada a perder, de um lado, e de outro um particular, que tem absolutamente tudo a perder... É uma falácia de consenso, mais graves até do que aquela existente nos contratos de adesão.

O panorama é ainda mais assustador quando, ao lado da acusação, está um juiz pouco disposto a levar o processo até o final, quiçá mais interessado que o próprio promotor em que aquilo acabe o mais rápido e com o menor trabalho possível. Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. Sem falar que a negociação esvazia as prateleiras dos cartórios, como constatamos em Montevidéu, encantando a todos os atores judiciários com a repentina e significativa redução de serviço. No Brasil houve uma manifestação interessante dos magistrados, logo após o anúncio do Projeto Anticrime. Uma pesquisa da AMB (Associação dos Magistrados Brasileiros)¹⁹ apontou que 90%

¹⁹ <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/90-dos-juizes-apoiam-plea-bargain-in-de-moro/>

dos juízes²⁰ apoiam a “*plea bargaining*”. Como recorda LANGBEIN²¹, nesse tema existe um adágio popular muito adequado: *se a necessidade é a mãe da invenção, a preguiça é o pai*.

Em síntese, tudo dependerá do espírito aventureiro do acusado e de seu poder de barganha. É um modelo que subverte a lógica do sistema penal, na medida em que prejudica o inocente e beneficia o culpado, gerando uma distribuição seletiva e formalizada de impunidade.

Por último, a alardeada eficiência do sistema e benefícios de redução e custos é ilusória. É preciso considerar que a negociação gera um superencarceramento caríssimo. Basta olhar para os Estados Unidos: por conta do *plea*, possuem a maior população carcerária do mundo, com mais de 2 milhões e 200 mil presos.

A negociação sobre a pena nos remete a metáfora remédio-veneno: a diferença entre o remédio e o veneno não raras vezes está apenas na dosagem. À justiça negocial se aplica muito bem essa lógica, pois se bem utilizada e na dose certa, pode salvar o sistema de justiça; mas se abusamos dela, matamos o processo penal. Infelizmente, é essa a percepção de um brasileiro ao olhar para o sistema uruguaio.

²⁰ <https://painel.blogfolha.uol.com.br/2019/02/11/80-dos-juizes-apoiam-prisao-em-segunda-instancia-diz-pesquisa-da-amb/>

²¹ LANGBEIN, John H. *Tortura e Plea Bargaining*. In: “Sistemas Processuais Penais”. Org. Ricardo Jacobsen Gloeckner. Florianópolis, Ed. Empório do Direito, 2017, p. 146.