

Franklyn Roger: Projeto de reformas vai estrangular o CPP

No início da semana, o Ministério da Justiça deu publicidade às minutas de anteprojetos de alteração ao Código Penal, Código de Processo Penal e Lei de Execução Penal, além de outros diplomas legais mencionados no documento.

Como forma de repelir a criminalidade e tornar mais célere a Justiça criminal, a pasta quer abreviar o rito criminal quando o imputado confessar a conduta e renunciar o seu direito à atividade probatória conduzida sob o crivo do contraditório.

Apesar de a propaganda do governo se escorar em um suposto exemplo de sucesso do sistema jurídico italiano e em diversas menções ao *plea bargain* norte-americano, o que se percebe é uma proposta legislativa assistemática, uma simples tradução legal de normas de outros sistemas jurídicos sem a necessária adaptação à nossa realidade jurídica.

O que causa ainda mais espanto é o fato de o ministro da Justiça destacar em seu *curriculum* vasta experiência no Direito Comparado, em especial com o próprio sistema jurídico italiano, mas se esquecer de características específicas do processo penal no país europeu que são incompatíveis com a morfologia do sistema brasileiro (investigação defensiva, audiência preliminar, direito à prova, divisão de funções entre o juiz da fase investigatória, juiz da audiência preliminar e juiz da fase instrutória, por exemplo).

Da leitura da proposta de alteração do CPP percebe-se que o código chegará a um grau de estafa e estrangulamento praticamente irreversível, pois as inúmeras reformas processuais já não levam em conta a própria disciplina do código e muito menos a completude dos sistemas jurídicos comparados, desconstruindo o pouco da identidade de nossa legislação.

Parece, então, de uma lucidez acachapante as considerações de Máximo Langer^[1] sobre o fenômeno dos transplantes legais e sua diferença em relação às traduções legais:

Neste artigo, advirto contra a antiga tese da americanização (a tese “forte”) através de um exame da introdução de negociações no estilo americano em quatro países de civil law — Alemanha, Itália, Argentina e França. A influência da barganha americana em todas as quatro jurisdições é inegável. Apesar dessa influência, no entanto, a importação de barganha para essas jurisdições não é suscetível de reproduzir um modelo americano de processo penal. Cada uma dessas jurisdições adotou uma forma de barganha que contém diferenças — até mesmo diferenças substanciais — do modelo americano, seja por causa de decisões dos reformadores legais em cada jurisdição ou por causa de diferenças estruturais entre o processo penal americano e os procedimentos criminais dos países de tradição da civil law. (tradução livre)

Neste estudo Langer procura comparar institutos negociais na Europa e na América Latina que foram implementados ao retrato do *plea bargain* norte-americano e indicar que nem todas as figuras negociais são efetivamente reproduções do instituto, o que ele denomina traduções legais em detrimento da técnica de transplantes legais^[2]:

A importação do plea bargain exemplifica a tradução de uma prática legal que potencialmente poderia americanizar jurisdições inquisitoriais. Existem alguns mecanismos ou instituições mais características dos EUA, de seu sistema adversarial e, especialmente, no modelo de disputa. Por definição, a barganha americana, assume uma concepção antagônica de procedimentos penais como uma disputa entre duas partes que enfrentam um tomador de decisões passivo. Faz sentido em uma disputa sobre a barganha que as partes sejam autorizadas a concluir o litígio. Ou seja, as partes podem negociar para alcançar determinado resultado e se as partes chegarem a um acordo o processo é extinto e o juiz não deve ter qualquer poder (ou apenas um poder relativamente menor e formal) para rejeitar esta decisão.
(tradução livre)

Para compreendermos a simples tradução legal realizada pelo Ministério da Justiça, focaremos nossa abordagem ao texto do anteprojeto que se ocupa em inserir os artigos 28-A e 395-A ao Código de Processo Penal, com a figura do acordo de não persecução, hoje regulado pela Resolução 181/2017 do CNMP, e a nova figura de um “acordo penal para aplicação imediata das penas”.

Em relação ao acordo de não persecução, a proposta do Ministério da Justiça é resolver um problema de constitucionalidade, considerando que a disciplina normativa do CNMP sofre de potencial vício, se levarmos em conta a observância da reserva de lei, em sentido formal (artigo 22, I, da CRFB), e a própria repartição constitucional de competências, como aponta a doutrina^[3]. O tema dos acordos de não persecução já foi exaustivamente debatido e há rica doutrina sobre o assunto, razão pela qual concentraremos nosso olhar na proposta do “acordo penal para aplicação imediata das penas”.

Sobre essa nova modalidade de acordo processual, parece-nos haver uma tradução legal de parte dos procedimentos especiais previstos no *Codice di Procedura Penale* da Itália.

O Código de Processo Penal italiano contempla a figura de procedimentos especiais destinados a otimizar a máquina processual, reduzindo uma ou mais fases do procedimento comum (*indagine, udienza preliminare e giudizio*).

Esses procedimentos especiais foram incorporados já na década de 1980 e tiveram seu auge no texto do Código de Processo Penal de 1988 quando se buscou flexibilizar a legalidade penal e procedimental com a introdução de novos mecanismos de concentração processual, sendo eles: o *giudizio abbreviato* (juízo abreviado), *giudizio direttissimo* (juízo diretíssimo), *giudizio immediato* (juízo imediato) e *patteggiamento* (negociação).

Podemos dizer que a figura brasileira do “acordo penal para aplicação imediata das penas” se assemelha ao *giudizio immediato* (juízo imediato) e ao *patteggiamento* (negociação), com maior preponderância de características deste último.

O *giudizio immediato* (juízo imediato) está regulado nos artigos 453 e seguintes do código italiano. Nesse procedimento especial, o MP propõe a sumarização procedimental quando a prova da conduta é clarividente e o indiciado, durante seu interrogatório, confessa a autoria ou, quando intimado a comparecer, permanece inerte.

Já o denominado *patteggiamento* representa uma forma de negociação entre as partes, um acordo que tem por escopo não só a simplificação procedimental, mas também a transação quanto à pena ser infligida ao acusado.

É uma forma de justiça consensual, um protótipo italiano de ruptura ao sistema processual tradicional, com forte aproximação ao *plea bargain* norte-americano. O Código de Processo Penal da Itália condiciona a aplicação de pena a requerimento das partes (*applicazione della pena su richiesta delle parti*) ao consenso bilateral e, como consequência, autoriza a redução em até 1/3 da pena como forma de prêmio à renúncia de fases e garantias procedimentais.

A voluntariedade do acusado é parte essencial da validade do acordo, de acordo com a exigência do artigo 446, sendo vedado ao MP impor a negociação. Como forma de garantir que a manifestação do imputado não sofre qualquer tipo de influência, o juiz pode intimar o imputado para confirmar se é de voluntária a sua manifestação pela negociação no processo. Diverge o *patteggiamento* dos demais ritos especiais pelo fato de haver uma margem de variação para a redução da pena (até um terço), enquanto que no juízo abreviado, por exemplo, há uma redução automática de 1/3 na pena.

A decisão que homologa o *patteggiamento* não é uma sentença condenatória, mas se equipara a uma condenação em alguns pontos. Fica vedada a possibilidade de manejo de um recurso ordinário (*appello*) contra essa decisão, ficando aberta a via para o recurso de cassação (natureza extraordinária) e para a pretensão revisional.

De acordo com a redação proposta ao novo artigo 395-A de nosso Código de Processo Penal, a inspiração do Ministério da Justiça consolida a tradução do *patteggiamento* quando permite que até o início da instrução as partes possam requerer ao juiz a aplicação imediata de penas mediante acordo.

Dentre as condições do acordo, elenca o parágrafo 1º: que haja confissão circunstanciada; que haja adequação entre a pena proposta e as circunstâncias do caso; que haja dispensa da produção probatória e renúncia ao recurso, o que se aproxima tanto à disciplina do *giudizio immediato* (juízo imediato) quanto do *patteggiamento* (negociação).

Como prêmio ao imputado, faculta-se uma redução de até metade na pena cominada, a alteração do regime e a substituição da pena privativa por restritiva de direitos. A validade do acordo dependerá da voluntariedade do imputado, a ser aferida em audiência diante do juiz com a presença de um defensor, podendo o juiz objetar a homologação se entender que a proposta é ilegal ou não possui embasamento nas provas existentes.

Se o sistema processual penal brasileiro possuir uma estruturação com a presença de um juiz de garantias (proposta do projeto de novo CPP), investigação defensiva (proposta do projeto de novo CPP e provimento de pouca efetividade recém-editado pela OAB) e contraditório prévio ao recebimento da denúncia como regra geral, seria possível encarar com bons olhos a possibilidade de um acordo de aplicação imediata da pena.

Da forma como atualmente proposto, o que o instituto proporcionará é uma redução do número de processos e a fragilização do *standard* probatório para uma condenação, onde os imputados tolerarão um decreto condenatório pautado em elementos advindos da fase inquisitória como forma de abreviar o rito procedimental e alcançar a possível soltura.

Diante de uma práxis encarceradora, é evidente a tortura processual incutida ao preso, quando este admite a renúncia de direitos como forma de se ver retirado do ambiente de privação cautelar da liberdade.

A ausência de mecanismos defensivos para a busca de fontes de prova capazes de permitir uma melhor avaliação a respeito da pertinência do acordo também colocará o imputado em uma condição de desequilíbrio em relação ao Ministério Público.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a figura do *plea bargain*[\[4\]](#) é apontada como a principal culpada da redução da severidade das penas, uma forma inconstitucional de afastar o devido processo legal e, até mesmo, um obstáculo à descoberta da verdade[\[5\]](#):

Hoje, continuamos a tradição adversarial da common law, embora haja muito mais cooperação do que combate no trabalho cotidiano de aplicação da lei. Muitos casos hoje terminam com barganhas (casos criminais) ou acordos (casos civis). No entanto, quando um 'time dos sonhos' que defende uma celebridade acusada de um crime luta contra a acusação em um julgamento altamente divulgado, vemos o sistema adversário em sua forma mais contundente. De fato, em tais casos, as pessoas frequentemente questionam se o sistema adversarial ofusca a busca pela verdade. A suposição por trás do embate medieval era que Deus estava do lado do vencedor. Da mesma forma, o sistema adversarial de justiça assume que a verdade e a justiça são mais prováveis de emergir do confronto de reivindicações factuais e legais opostas. Em geral, isso pode ser verdade — mas não há garantia de que a concorrência no tribunal sempre produzirá verdade ou justiça. (tradução livre)

Antes da simples tradução legal, sugerimos que o Ministério da Justiça procure se debruçar sobre a morfologia do antiquado processo penal brasileiro e proponha soluções estruturais aos atores do sistema de Justiça, permitindo que a realização de acordos processuais seja precedida de uma lúcida avaliação de elementos de formação do convencimento fidedignos.

[\[1\]](#) LANGER, Máximo. From legal transplants to legal translations: the globalization of plea bargaining and the americanization thesis in criminal procedure. *Harvard International Law Journal*, Cambridge, v. 45, n. 1, p. 1-64, jan. 2004, p. 2.

[\[2\]](#) LANGER, 2004, p. 36.

[3] “Esses motivos revelam que há mesmo necessidade de reflexão sobre um possível aprimoramento dos instrumentos brasileiros de consenso no campo do processo penal, com o objetivo de simplificar e acelerar a resolução de casos em que o acusado é confesso e admite a culpa. Entretanto, como ficará evidenciado, na ânsia de inovar (e talvez já não suportando mais aguardar uma solução pela via legislativa), o CNMP usurpou a competência privativa da União para legislar sobre o assunto e também ignorou que a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal deve ser implementada pela via legislativa” (ANDRADE, Flávio da Silva. *Justiça penal consensual*. Salvador: Juspodivm, 2019, p. 267).

[4] “As one judge noted: ‘our entire criminal system has shifted far away from trials and juries and adjudication to a massive system of plea bargaining that is heavily rigged against the accused citizen.’” (LEE, Cynthia; RICHARDSON, L. Song; LAWSON, Tamara. *Criminal procedure: cases and materials*. Minnesota: West Academic, 2016, p. 781).

[5] SCHEB, John Malcolm, II; SHARMA, Hemant. *An introduction to the American legal system*. New York: Wolters Kluwer, 2013, p. 15).

Date Created

07/02/2019