Só um MP isento pode dar azo à barganha penal: embargos deferidos

Resumo: como fazer barganha em um país em que uma promotora de Justiça diz: “Odeio audiência de custódia. Odeio semiaberto. Odeio Justiça Restaurativa. (…) Odeio alternativos, de qualquer instituição. (…) Eu vejo! A esquerda nos governos e nas instituições (marxismo=alternativos) criou e alimenta isso”?

Volto ao tema da *plea bargaining* já abordado na coluna intitulada *Barganha penal que ameaça garantias é fast food processual!* (gostei que Augusto de Arruda Botelho tenha chamado o projeto de “processo *fast food*”, como eu havia dito na coluna antes referida).

Pois houve diversos embargos declaratórios feitos por muitos advogados e professores — e dou-lhes efeitos infringentes — e, por isso, esclareço: não tenho posições radicais e, por isso, não sou contra o *plea bargaining* "por princípio". Aqui entrarei em colisão com algumas teses que por aqui circulam, às quais, respeitosamente, ponho reparos. Explico: não me alinho aos que sustentam um "sistema acusatório puro" (porque resolvo a questão com a “gestão da prova” — para mim, o ponto central de um processo democrático). Por isso, não me alinho às premissas de um direito penal de partes e, ao mesmo tempo, negociado.

Estou à vontade para falar disso. Nunca disse, por exemplo, que o artigo 28 do CPP era inconstitucional, ou que o juiz não pudesse dirigir perguntas a testemunhas. Voltando ao tema “barganha” (*plea bargaining)*: é claro que defensores atentos e juízes responsáveis podem conter eventual atropelo do Ministério Público, o grande protagonista da Proposta Moro. E não desconheço que a crítica dos americanos ao instituto é pontual e localizada, e não um "ataque geral" à possibilidade de os promotores negociarem penas. Há desvios (excesso de imputação, que lá acontece por razões que não são as do nosso sistema) e os juristas estão atentos.

Mas, se perguntarmos a um professor americano se ele é "contra" o *plea bargaining* por princípio, dirá que não. Dirá: sem o *plea bargaining*, o sistema colapsaria, mormente porque no crime a prevalência é o

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

julgamento por júri, oneroso, oral, complexo e lento; e complementará: o problema é o exagero do uso do *plea bargaining*, que chega a 97% (ver no final do texto — ali isso fica claro).

Só que tem o seguinte: será que os serviços prestados pelo Ministério Público brasileiro nesta quadra realmente recomendam que se lhe ampliem os poderes a este ponto? Atenção, porque a pergunta não é retórica. Leia até o final esta coluna.

Eu defendo *a magistratura do MP*, ou *o MP como magistratura*. Defendo isso desde o primeiro dia em que entrei na Instituição, em 1986 e assim agi. Por isso, eu alterava em cerca de 80% os posicionamentos do MP de primeiro grau quando de meus pareceres junto ao segundo grau, detectando defeitos na instrução, de várias modalidades, que iam de nulidades de laudos aos defeitos de defesa e falta do *forma dat esse rei.*

O que sempre disse e quero repetir é que o *plea bargaining*, em um sistema romano-germânico, exige um MP com independência e, pasmem os partidários do direito-falado-em-inglês, *IMPARCIALIDADE*. Assim mesmo, com todas as maiúsculas. Com *i-sen-ção*. Fui voz isolada — e continuo sendo — na veemente crítica que fiz à ementa do acórdão aquele do TRF-4 (aqui), onde constou no item 9:

> *"Não é razoável exigir-se isenção dos procuradores da República, que promovem a ação penal"*.

O que me dizem? E o que diz o MP?

"Ah, mas a decisão era pró-MP". Será? O diabo se esconde nos detalhes. E nem era tão "detalhe" assim. *Não se medem as conquistas apenas pelo resultado.* Há um modo para as coisas. O que uma coisa tem a ver com a outra? Já explico.

Uma magistratura do MP, ou seja, um órgão com propósitos idênticos aos da Magistratura Judicial, ainda que com funções diferentes (*um tem iniciativas e garante a justiciabilidade eventual; o outro, é inerte e decide em contraditório*), pode, sim, propor um *plea bargaining*. Deve, até. Palmas para Moro.

Mas esperem: quem mesmo defende por aqui uma magistratura do MP ou um MP isento? A não ser para a discussão de questões remuneratórias (aí sim, PJ e MP andam juntos), os últimos movimentos do MP e de sua "*intelligentsia*" são embalados pela corporificação de que o MP seja "parte". Não "parte processual", ou "parte imparcial", mas "parte-mesmo", sem glacê, exatamente como a promotora de Justiça que, em Desabafo, diz que está cansada de enfrentar a "bandidolatria" de cada dia (sic) e que odeia audiência de custódia e coisas do gênero que dão garantia ao réu e que coloca a culpa da criminalidade no marxismo (sic) e nos "alternativos" (sic). Ela e parcela expressiva do MP quer ser, mesmo, "parte-parte", sem glacê, que participa do contraditório com parcialidade, como se fosse um grande escritório de advocacia de "defesa social", autorizado a agir estrategicamente para obter resultados. Quem quer negociar com alguém assim, com este perfil? Você quer fazer *plea bargaining* com um MP assim?

Para lembrar pela enésima vez: quando critiquei o TRF-4 e o MPF pela questão do "MP-que-não-precisa-ser-isento", estive e estou calçado em três coisas:

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

(i) o texto constitucional do Brasil, que, ao dar ao MP vitaliciedade, inamovibilidade e independência funcional, estabelece *um MP com perfil imparcial e isento*, sendo, exatamente por isso, detentor das garantias da magistratura (se for mera parte, não precisa das garantias);

(ii) inspiro-me no Estatuto de Roma – *artigo 54, "a"* (aliás, citado em acórdãos da Justiça Federal e Tribunais Superiores), que estabelece que *a acusação deve ser imparcial, a partir da necessidade de investigar buscando a verdade*, tanto faz se para a acusação ou para a defesa (ver Decreto 4.388, DE 25.09.2002).;

(iii) e busco inspiração no Código de Processo Penal alemão (artigo 60), base para o Estatuto de Roma, que admite o poder investigatório do MP, desde que busque a verdade também a favor do réu.

Por isso, defiro os embargos declaratórios e dou-lhes efeitos infringentes, para dizer que o *plea bargaining* tem sentido — desde que feito por um Ministério Público imparcial e isento e uma magistratura que respeite *stricto sensu* as garantias do advogado e do acusado. Se não for assim, o *plea bargaining* vai ser aquilo que é nos EUA sem as vicissitudes do sistema de júri de lá: um empilhador de pessoas nas prisões.

Dê-se vista ao Ministério Público, para, querendo, dizer o que pensa sobre o assunto! E falar também sobre o seguinte: assumir ser "parte-parte" e agir estrategicamente quer dizer assumir ônus de parte-parte, como até mesmo o lugar de seu assento em audiência, só para começar a discussão.

Notas bibliográficas sobre o tema – inovação na Coluna
#1. Vejam este vídeo, da *Federalist Society*, sobre o PB, em que Clark Neily tece críticas duríssimas ao instituto – não *apenas* críticas *morais* como também, e principalmente, críticas constitucionais. Ah: Neily faz parte do *CATO Institute*, que é, vejam vocês, um *think tank* libertário, nada tendo a ver com "coisa de esquerda".

#2: Há muitas matérias falando que os acordos alcançam 94% das acusações em nível estadual, e 97% em nível federal — ou seja, é ainda maior do que 90%. (Ver, por exemplo, na *Atlantic*, em artigo no qual diz que, para o PB, a inocência é irrelevante: "*The vast majority of felony convictions are now the result of plea bargains — some 94 percent at the state level, and some 97 percent at the federal level*"). Vejam: a inocência é irrelevante!

#3: Fazendo coro ao que diz a *Atlantic*, também a *Economist* — dirão que é de esquerda? Terão de dizer que o *CATO* também é… — diz que a "ideia americana" coloca pessoas inocentes "em risco". Porque, embora economize tempo e dinheiro, o *plea bargaining* pode muito "facilmente" acabar em desmandos.

#4: *How to Make New York as Progressive on Criminal Justice as Texas* – Editorial recente do *The New York Times* (*Como tornar Nova York tão progressista em justiça criminal quanto o Texas*). Crítica fortíssima ao Ministério Público de Nova York, com a irônica comparação com o Texas. O editorial ataca o fato de os promotores esconderem provas da defesa: Embora uma decisão da Suprema Corte de 1963 tenha concluído que os promotores têm o dever constitucional de entregar qualquer coisa significativa que possa exonerar um réu [como na Alemanha e o Estatuto de Roma], essa decisão não

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.

tem sido consistentemente aplicada porque os promotores que desrespeitam a regra raramente são punidos. O editorial diz que está na hora de os legisladores de NY alterarem essa anomalia. Critica, também, o excesso de *plea bargaining*.

Meta Fields

2023 - www.conjur.com.br - Todos os direitos reservados.