



## A JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO

### *NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE AND THE DEMOCRATIC CRIMINAL PROCESS*

<i>Recebido em:</i>	17/11/2022
<i>Aprovado em:</i>	12/03/2023

**Rafael Catani Lima<sup>1</sup>**  
**Pedro Henrique Demercian<sup>2</sup>**

---

<sup>1</sup> Doutorando em Processo Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito Coletivo e Função Social do Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pró Reitor Acadêmico do Centro Universitário UNIFAFIBE. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário UNIFAFIBE, bem como em Cursos de Pós Graduação em Direito Penal e Direito Processo Penal, em diversas Instituições. Advogado.

<sup>2</sup> Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Concursado-Assistente Doutor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Professor Concursado no Programa de Pós Graduação Stricto Sensu, bem como na Pós Graduação Lato Sensu, na sub-área de Processo Penal, da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Procurador de Justiça Criminal do Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi membro do Conselho Superior do Ministério Público. Membro do Conselho Editorial da Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo.

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

**ISSN 2318-5732 – Vol. 11, N. 1, 2023**



## RESUMO

O artigo “A Justiça Penal Negocial e o Processo Penal Democrático” pretende discutir e tem por objetivo verificar a eventual constitucionalidade da tendência político-criminal dos instrumentos da justiça penal negocial. Para isso, utilizou-se a metodologia de pesquisa dogmática, através de análise teórica da legislação vigente e de revisões bibliográficas de obras temáticas pertinentes. Durante a construção do trabalho, foi possível verificar que a expansão dos institutos da justiça penal negocial é uma tendência político-criminal que não se limita territorialmente ao Brasil e essa expansão se desenvolve pelas críticas à administração do sistema de justiça criminal – esses institutos facilitam uma resolução dos casos criminais sem que se passe pela instrumentalidade burocrática do processo penal. Ocorre que, a importação genérica de institutos negociais sem que se compreenda sua origem, seus impactos e critérios, não deve ser incentivada no meio jurídico, uma vez que deturpa as bases principiológicas do processo penal, desvia a função de contenção do poder punitivo, desconstrói o sistema acusatório e amplia a seletividade e estigmatização do sistema de justiça criminal.

Palavras-chave: Justiça penal negocial; processo penal democrático

## ABSTRACT

The subject of this article is entitled "Negotiated criminal justice and the democratic criminal process" and it aims to discuss and verify the possible constitutionality of the political-criminal tendency of the instruments of negotiated criminal justice. To do this, I used the methodology of dogmatic research through theoretical analysis of current legislation and bibliographical reviews of relevant thematic works. During the course of the work, it was possible to verify that the expansion of the institutes of negotiated criminal justice is a political-criminal trend that is not limited to Brazil, and that this expansion is driven by criticism of the administration of the criminal justice system - these institutes facilitate the resolution of criminal cases without having to go through the bureaucratic instrumentality of the criminal process. However, the generic importation of negotiation institutes without understanding their origin, impacts and criteria should not be encouraged in the legal environment, since it distorts the principle bases of



criminal procedure, diverts the function of containing punitive power, deconstructs the accusatory system and increases the selectivity and stigmatization of the criminal justice system.

Keywords: Negotiated criminal justice; democratic criminal procedure

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo geral analisar eventual compatibilidade constitucional da expansão dos institutos da chamada “justiça penal negociada” com o exercício do Processo Penal Democrático, ou seja, o Processo Penal pós-Constituição Federal de 1988 e seus princípios basilares. Tal questionamento se apresenta, pois, desde o ano de 1995, com o advento da Lei nº. 9.099 que regulamenta os juizados especiais cíveis e criminais, onde houve uma expansão progressiva dos espaços de consenso e de justiça penal negociada no ordenamento jurídico.

Embora antes já houvesse a presença de alguns poucos institutos que traziam os aspectos da barganha, como é o caso da Lei nº. 8.072/1990 (Lei de Crimes Hediondos), o ano de 1995 segue sendo um marco para a justiça penal negociada no Brasil. Isso porque, no ano de 1995, sobrevieram alterações à Lei nº. 7.492/86 (Lei de crimes contra o sistema financeiro) e na Lei nº. 8.137/90 (Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), que possibilitou a realização de colaboração em cenários envolvendo quadrilha ou de coautoria delitiva, após advieram instrumentos negociais na Lei nº. 12.850/2013, bem como na Lei nº. 12.846/2013 e, mais recentemente, na Lei nº. 13.964/2019 (Lei Anticrime) que inseriu no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal e que, na redação do projeto de lei original, previa a inserção de um instituto muito similar ao estadunidense *plea bargaining*.

Ocorre que a partir da leitura da Constituição Federal se entende o Processo Penal como instrumento de efetivação das garantias fundamentais e não como meio de ampliação do alcance seletivo do poder punitivo ou como facilitador do seu exercício,



como preliminarmente se apresentam os institutos da justiça penal negocial. Nesse sentido, este trabalho buscou realizar uma análise da lógica da justiça penal negocial e de sua eventual compatibilidade com os fundamentos que sustentam o Processo Penal brasileiro inserido em um contexto em que se encontra vigente um Estado Democrático de Direito para compreender se a expansão desses institutos são nocivos ou se eles comportam com a manutenção da real função do processo penal.

A metodologia escolhida para ser utilizada foi a metodologia dogmática que se deu através da análise documental dos princípios processuais constitucionais e dos instrumentos da justiça negocial através da legislação ora vigente, amparada por uma revisão bibliográfica pertinente sobre o tema. No primeiro capítulo será abordado o conceito de “justiça penal negocial”, sua aplicabilidade no Brasil e sua tendência de expansão; enquanto no segundo capítulo parte-se para uma análise sobre sua eventual constitucionalidade e os impactos para além da legislação constitucional e infraconstitucional.

## **1. O CONCEITO DE JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E O DISCURSO DA APLICABILIDADE DE SEUS INSTITUTOS NO BRASIL E NOS ESTADOS UNIDOS.**

A justiça penal negocial é um gênero que compreende todos os instrumentos de convergência entre os interesses das partes processuais, o Estado, no papel de acusador, e o réu, via de regra assistido por seu defensor, que mitiga o todo ou algumas partes do processo penal, bem como suprime algumas garantias processuais, visando celeridade, em troca da concessão de algum benefício processual. A abreviação do Processo Penal provocada pela justiça penal negocial objetiva “facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução” (VASCONCELLOS, 2021. p. 50). Deste modo, são encontradas formas para antecipar o encerramento do processo sem que se percorra toda a instrumentalidade exigida pela legislação constitucional e infraconstitucional.



No ordenamento jurídico brasileiro, o ingresso dos institutos da justiça penal negocial se inicia através da Lei nº. 9.099/95 que regulamentou a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. A Lei nº. 9.099/95, na redação dos Juizados Especiais Criminais, institui nos artigos 76 e 89 os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. O instrumento de negociação do processo penal brasileiro que possui maior notoriedade é a colaboração/delação premiada, hoje regulamentada pela Lei nº. 12.850/2013, mas que também já fora abordada em outros dispositivos anteriores, tais como a antiga Lei das Organizações Criminosas (Lei 8.072/1990), a Lei nº. 7.492/86 (Lei de crimes contra o sistema financeiro), bem como a “Lei nº. 8.137/90 (Lei de crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo), incluídas pela Lei nº. 9.080/1995 possibilitando a colaboração em cenários envolvendo quadrilha ou de coautoria delitiva” (LIMA; NOGUEIRA, 2021).

Ademais, ainda sob o foco midiático da Operação Lava-Jato, temos o Acordo de Leniência, disposto na Lei nº. 12.846/2013 que também regulamenta a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Nos anos 60, nos Estados Unidos, Albert Alschuler aponta que o *guilty plea*, foi utilizado como fundamentação de sentenças criminais condenatórias em cerca de 90% dos casos analisados neste período (ALSCHULER, 1968). O estudo de Richard Lippke, no entanto, aponta que a estatística é mais drástica, perfazendo por volta de 95% (LIPPKE, 2001. p. 1); já as pesquisas de John Langbein apontam que em determinados casos e jurisdições a utilização do *guilty plea*, neste mesmo período, chegou a perfazer 99% dos casos (LANGBEIN, 1978. p. 8).

Após a fragilização da suposta inevitabilidade da *plea bargaining*, parte-se agora para o estudo das causas normalmente indicadas como fomentadoras de seu surgimento. Elas se relacionam essencialmente com a dificuldade de gestão de um sistema capaz de julgar adequadamente todos os casos penais, em razão do aumento



do número de processos e da complexidade de seus julgamentos. Quanto ao primeiro motivo, o crescimento da pressão processual, em regra a doutrina descreve o cenário de efervescência social característico dos Estados Unidos no século XIX, o qual multiplicou e diversificou as formas de conflitos e a necessidade de apelo aos mecanismos de resolução formal, resultando na elevação drástica no número de casos a serem julgados judicialmente. Assim, a barganha teria surgido como único e necessário instrumento para a resposta estatal a esse panorama. (VASCONCELLOS, 2021. p. 74-75).

Neste mesmo período, o instituto da *plea bargaining* tomou força de aplicabilidade nos Estados Unidos em razão de fortíssimos questionamentos sociais sobre a ineficiência e morosidade do sistema de justiça criminal norte-americano na gestão dos casos criminais que teriam aumentado e tomado um formato de muita complexidade para resolução. De acordo com Vasconcellos “a barganha teria surgido como único e necessário instrumento para a resposta estatal a esse panorama” (VASCONCELLOS, 2021. p. 74-75).

No Brasil, assim como nos Estados Unidos, as críticas ao sistema de justiça criminal também ocupam grande parte da opinião pública, oportunizando a busca por instrumentos e institutos para atender as demandas sociais. Há no Brasil, principalmente na tendência contemporânea da política criminal, uma banalização do princípio da subsidiariedade do Direito Penal, conforme Aury Lopes Júnior descreve, busca-se, a todo tempo, a criação de novos tipos penais para a proteção de bens jurídicos como se o Direito Penal fosse a primeira opção para oportunizar o controle social, não a última, sendo assim, o aumento dos números de processos criminais é uma consequência, que, por sua vez, desencadeia em “uma justiça criminal lenta e que não dá conta da demanda, gerando demoras imensas” (LOPES JÚNIOR, 2021. p. 93).

Em outro sentido, embora acreditem de fato na existência de um “punitivismo” difundido popularmente, alguns autores apontam para uma “manipulação da opinião pública”. Há, por exemplo, quem





indique um papel determinante da mídia para inflar ou inflamar os sentimentos públicos em relação à criminalidade e papel determinante da mídia para inflar ou inflamar os sentimentos públicos em relação à criminalidade e aos criminosos. Nessa hipótese, a mídia atuaria sistematicamente distorcendo informação sobre crime por meio de programas específicos, assim como distorceria a própria opinião pública seletivamente, além de reforçar medos e visões simplistas sobre as causas da criminalidade e possíveis respostas de combate ao crime, além de apelar emocionalmente para certos crimes e explorar tragédias e determinadas histórias dramáticas. (DAL SANTO, 2020).

O exemplo mais recente sobre a implementação de institutos da justiça penal negocial como “meio alternativo” para a resolução de demandas criminais é a Lei nº. 13.964/2019 (Lei Anticrime) que inseriu no Código de Processo Penal o Acordo de Não Persecução Penal, anteriormente previsto na Resolução nº. 181/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público. Importante destacar que na redação original do então Projeto de Lei, havia a pretensão de eventual inserção de um instituto muito similar ao instituto estadunidense do *plea bargaining* juntamente ao Acordo de Não Persecução Penal.

## 2. O PROCESSO PENAL DEMOCRÁTICO EM FACE DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

Todos os aspectos sociais contemporâneos da sociedade brasileira têm encaminhado a política criminal para o fomento da justiça penal negocial. Inicialmente, através das tendências punitivistas que avolumaram o sistema de justiça criminal produzindo um excedente de demandas processuais além da capacidade de gestão do Estado, mas também o sentimento de urgência presente na modernização da sociedade influencia na busca por instrumentos alternativos de resolução de conflitos.



A tendência de importação de institutos negociais é sobretudo uma tendência pertencente ao Estado neoliberal que é “extremamente invasivo e cultua a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso” (BATISTA, 2004. p. 85). No entanto, afirmar que, em razão das peculiaridades próprias da formação social da América Latina e do sistema jurídico brasileiro, a importação de institutos estrangeiros é inviável, acaba por deslegitimar as importantes contribuições que as experiências internacionais podem agregar ao funcionamento do sistema de justiça do Brasil.

Diante disto, devemos nos atentar sobre a importância que a instrumentalidade exerce na proteção das garantias individuais no curso do Processo Penal – “no processo penal, forma é garantia e limite de poder” (LOPES JÚNIOR, 2021. p. 67/68), sendo assim a importação de institutos estrangeiros, principalmente aqueles que advêm de outros sistemas sem que seja realizada uma análise séria sobre seus funcionamentos e quais efeitos poderiam produzir no cenário brasileiro, em razão das subjetividades próprias do sistema de justiça nacional, implica em abrigar instrumentos que podem produzir mais problemas do que agregar melhorias. O Processo Penal Democrático, aquele vigente em uma sociedade pautada no Estado de Direito e nos valores liberais, como é o caso do Brasil, tem um objetivo que se estende para muito além de um mero “eficientismo”.

O advento de um Processo Penal Democrático, pautado pelas bases do sistema acusatório, não exclui o fato, no entanto, de que ele ainda representa uma “relação de poder instituída pelo Estado com a finalidade de descobrir a verdade de fatos criminosos e punir autores considerados culpados” (CIRINO DOS SANTOS, 2020. p. 655). O que se pressupõe de uma ótica democrática sobre o Processo Penal é que a sua instrumentalidade, seu exercício, seja pautado “pelo valor da dignidade da pessoa humana submetida à violência do ritual judiciário” (LOPES JÚNIOR, 2021. p. 61).

Afirmar que, em razão das peculiaridades próprias da formação social da América Latina e do sistema jurídico brasileiro, torna-se inviável a importação de institutos estrangeiros, significa negar a importância das contribuições que as experiências





internacionais podem agregar ao funcionamento do sistema de justiça do Brasil. Devemos nos atentar, no entanto, sobre a importância que a instrumentalidade exerce na proteção das garantias individuais no curso do Processo Penal – “no processo penal, forma é garantia e limite de poder” (LOPES JÚNIOR, 2021. p. 67/68), sendo assim a importação de institutos estrangeiros, principalmente aqueles que advêm de sistemas diversos, sem a realização de uma verdadeira análise sobre seus funcionamentos e quais efeitos produziriam no cenário brasileiro, em razão das subjetividades próprias do sistema de justiça nacional, implica em abrigar instrumentos que podem produzir mais problemas do que agregar melhorias.

A necessidade de se impor uma exigente atenção à constitucionalidade da importação dos institutos da justiça penal negocial pode-se dizer que se inicia com a remodelação da distribuição das funções dos atores processuais no procedimento de barganha. A separação das funções de acusação, defesa e julgamento é uma das características do sistema acusatório, no procedimento dos instrumentos da justiça penal negocial a inércia do Estado-juiz se acentua enquanto há uma hipervalorização do Estado-acusação, “uma vez que o papel do juiz é meramente protocolar na homologação do consenso, concentra-se em um único sujeito processual a incumbência de acusar e julgar, pactuando a pena em uma posição processual superior a do acusado” (FABRETT; BARROS E SILVA, 2018).

Embora a inércia do Estado-juiz no Processo Penal seja uma exigência do sistema acusatório, não se deve confundir a atuação do Estado-acusação em um País tradicionalmente *civil law*, com o exercício de acusação estadunidense. No modelo estadunidense, os institutos da justiça penal negocial buscam “a verdade perseguida na justiça penal negociada é a verdade negociada entre as partes e não a verdade processual estabelecida a partir das provas colhidas, do confronto entre diferentes alegações e da observação dos direitos fundamentais da defesa” (FABRETT; BARROS E SILVA, 2018),



uma vez que a Promotoria inicia o processo para negociação de maneira quase integral: desde a pena à ser aplicada ao réu até os fatos e imputações que serão à ele atribuídos.

Ademais, os instrumentos da justiça penal negocial fazem ressoar a dicotomia existente entre o princípio da legalidade e o princípio da oportunidade. Uma vez que o Estado é incapaz de exercer seu poder punitivo como resposta à todas as condutas criminalizadas praticadas pela sociedade, se entende que “um sistema jurídico penal se rege pela oportunidade quando os encarregados do *ius perseguendi* podem selecionar os fatos que investigarão e também os possíveis autores dos mesmos, frente à *notitia crimini*” (GIACOMOLLI, 2006, p. 64). No entanto, a oportunidade nunca poderá ser confundida “com discricionariedade, porque este último conceito permite a tomada de decisões pautada em critérios subjetivos do acusador (isto é, de foro íntimo, por exemplo)” (LUNARDI, 2019).

Neste ponto há uma divergência na importação dos institutos da justiça penal negocial no Brasil, pois enquanto a Lei nº. 9.099/95 dispõe institutos que exigem requisitos de natureza objetiva, quando estiverem devidamente preenchidos pelo agente, o Ministério Público se encontra vinculado a uma obrigação de “aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas” (BRASIL, 1995), ou seja, proposição de acordo de transação ou da suspensão condicional do processo (GIACOMOLLI, 2009, p.123/124), os acordos de colaboração premiada e o acordo de não persecução penal, por outro lado, exigem que o agente admita a culpa, ou seja, confesse a autoria, podendo assim gerar “efeitos condenatórios, como a reincidência, e serão cumpridos perante o juízo das execuções penais” (LUNARDI, 2009).

No entanto, embora os institutos negociais presentes na Lei nº. 9.099/95 exijam a observância de requisitos objetivos para sua satisfação, eles não se eximem das críticas jurídicas à sua existência. As críticas dirigidas aos institutos negociais da Lei nº. 9.099/95 se dirigem especialmente à sua existência, sua inserção no ordenamento jurídico



brasileiro e são apontados como “perversos na ampliação do Direito Penal bagatelar” (LOPES JÚNIOR, 2021).

Cabe ressaltar que anteriormente foi exposto que a função de um Processo Penal Democrático é a contenção das arbitrariedades do poder punitivo contra a pessoa submetida ao processo até que se chegue à eventual imposição da pena, portanto, a importação integral de um instituto pertencente à uma tradição de *common law*, sem a devida adaptação, sob o simples pretexto da eficiência, ignorando o dever de preservação das “regras asseguradoras dos direitos, liberdades e garantias individuais, de acordo com o princípio da discricionariedade regrada” (SOUZA; ZIMIANI, 2018), presente em um País tradicionalmente *civil law*, é perverter a função para a qual se destina o Processo Penal. Parte dos juristas sustentam uma crítica contundente à esta importação com indiscriminada de institutos estrangeiros, implicando que a justiça criminal negocial, neste ponto é totalmente incompatível com o processo penal brasileiro “na medida em que não coincide com nossa concepção de Estado de Direito, que tampouco é conciliável com o *rule of law* anglo-saxônico” (LOPES JÚNIOR, 2021).

## 2.1 O princípio do devido processo legal em face da expansão dos institutos da justiça penal negocial.

A Constituição Federal dispõe em seu artigo 5º, no inciso LIV, determina que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” e desta determinação derivam três princípios essenciais ao Processo Penal: o princípio *nulla informatio delicti sine crimen et culpa*, que se refere a “inadmissibilidade de sujeição à *persecutio criminis* sem que tenha ocorrido a prática de fato típico, antijurídico e culpável, e haja, correlatamente, indícios de autoria” (TUCCI, 2011. p. 66); o princípio *nulla poena sine iudicio*, que se refere à necessidade de “jurisdicionalização da imposição de pena” (TUCCI, 2011. p. 66); e por fim, o princípio *nulla executio sine titulo*, que se refere à



impossibilidade de imposição de pena “antes de transitada em julgado sentença condenatória” (TUCCI, 2011. p. 66). Estes desdobramentos do princípio do devido processo penal se relacionam diretamente com os princípios da presunção de inocência, o da não autoincriminação, o do contraditório e da ampla defesa.

Os instrumentos da justiça penal negocial, diante de uma importação que não se atente as particularidades da tradição *civil law*, ofendem diretamente o princípio do devido processo legal e os seus desdobramentos. Isso porque, os instrumentos da justiça penal negocial apontam para uma “tendência a que se atribua ao acusado a responsabilidade de, por meio da sua delação, fornecer os elementos investigatórios que deveriam ser obtidos com o esforço estatal” (LUNARDI, 2009), remodelando as atribuições da defesa técnica, a relação do defensor com o réu e da distribuição do ônus da prova, tornando, novamente, a tomar a confissão como a rainha das provas.

Essa tendência de remodelação do princípio do devido processo penal e da sistemática de atuação dos atores processuais impõe a aplicação gradativa de mecanismos inquisitoriais. Isso se verifica ao analisarmos a questão do esvaziamento da presunção de inocência e do direito à não autoincriminação: “Não basta, no jogo da justiça negociada, ser inocente: será preciso - invertendo a lógica democrática da presunção de inocência – ter cartas probatórias defensivas fortes, dentre elas o alibi, sob pena de, com as cartas de acusação, mesmo inocente, ser a confissão e a culpa, comportamento processual adequado e dominante” (ROSA, 2019. p. 110).

A dinâmica do relacionamento entre o acusado e seu defensor também altera significativamente, isso porque os instrumentos de negociação que utilizam requisitos de caráter subjetivos ou aqueles em que a complexidade não é devidamente tutelada pela legislação, como é o caso da colaboração premiada na Lei nº. 12.850/2013, podem ser utilizados como táticas coercitivas. A utilização dos instrumentos da justiça negocial como métodos coercitivos se apresenta desde a “tendência no sentido de que o sistema criminal se amolde à lógica premial e torne rotineiro o sancionamento mais gravoso aos acusados



que se recusarem a colaborar com a persecução penal” (VASCONCELLOS, 2018. p. 44/45), até a decretação de prisões cautelares para forçar a celebração de um acordo, transformando as prisões processuais de “uma medida para assegurar o devido processo legal e passa a ser um instrumento de jogo processual de modo a desestabilizar emocionalmente a defesa técnica e o eventual colaborador” (LIMA; NOGUEIRA, 2021).

Destaca-se, ainda, que as mudanças promovidas pela Lei nº. 13.964/2019, conhecida popularmente como Pacote Anticrime, nas disposições da Lei nº. 12.850/2013, que tutela a Colaboração Premiada, ampliou a possibilidade de decretação de prisão preventiva em detrimento de eventual colaborador. A Lei nº. 13.964/2019 inseriu no parágrafo 7º do artigo 4º da Lei nº. 12.850/2013 uma determinação ao juiz de verificação da validade do acordo “especialmente nos casos em que o colaborador está ou esteve sob efeito de medidas cautelares” (BRASIL, 2012), esse dispositivo configura uma possibilidade de ampliação da utilização de prisões cautelares com parte da tática processual para promover uma celebração de acordo negocial.

Nota-se que o que se busca através dos institutos da justiça negocial, principalmente quando transformados em instrumentos de coação, tal como acontece com a decretação de prisões cautelares, é a confissão. Isso demonstra duas implicações processuais relevantes: um retorno ao sistema inquisitivo, onde já se estabeleceu um fim determinado e se utiliza de instrumentos apenas para atingir este fim, e uma hipervalorização da confissão como elemento de prova.

A cultura inquisitória aplaude o ressurgimento da confissão como a ‘rainha das provas’, demonstrando o primeiro erro do recém implantado acordo de não persecução penal. Para piorar, a negociação – na sua essência – é obstáculo à instrução, ou seja, na perspectiva utilitarista eficientista na qual se insere, a negociação deve ser prévia à instrução criminal exatamente para se evitar a parte mais cara e morosa do processo penal. A aceleração por ela exigida faz com que nenhuma prova seja produzida em contraditório judicial, ressuscitando assim mais um ícone da



cultura inquisitória: supervalorização da confissão e dos atos de investigação, aqueles realizados no inquérito policial, sem contraditório, com limitação da defesa, da publicidade, ausência da garantia da jurisdição, etc. Isso tudo demonstra, ainda, a falácia do argumento de que a negociação é característica do sistema acusatório. Todo o oposto: ela se encaixa perfeitamente na estrutura inquisitória brasileira, por exemplo, alinhando-se a esses elementos tipicamente inquisitórios referidos. (LOPES JÚNIOR, 2021).

É nesse cenário de jogo processual que se deforma a presunção de inocência e a voluntariedade, “comportamento humano composto pela ausência de coação física ou moral” (CIRINO DOS SANTOS, 2020. p. 83/84), requisito exigido para a homologação da Colaboração Premiada, por exemplo, que nasce a aderência da defesa à tática acusatória, uma vez que todos os esforços do agente e da defesa técnica se debruçam por buscar a preservação de seus direitos, ainda que para isso se precise abrir mão de um em detrimento de outros, como é o caso da liberdade física em face do direito de não autoincriminação.

Um dos principais problemas da justiça criminal negocial é o aniquilamento da presunção de inocência, pedra de toque do processo penal, especialmente em sua vertente como regra probatória, que deveria impor a carga da prova integralmente à acusação. A partir de uma “hipervalorização da confissão incriminadora” e dos elementos confirmatórios eventualmente apontados pelo colaborador, impõe-se ao próprio perseguido penalmente o dever de comprovar a acusação, fomentando uma dependência estatal à colaboração do imputado, em razão de sua ineficiência na colheita de provas suficientes para o rompimento da presunção de inocência. [...] Nesse cenário, o processo penal tem sua estrutura distorcida, deixando de ser desenhado a partir de um sistema acusatório, com duas partes e um terceiro imparcial





jugador. A defesa adere à acusação, que tem a sua principal função (acusar e produzir provas para fundamentar suas imputações) esvaziada, e, por fim, o juiz torna-se, fundamentalmente, mero homologador do acordo realizado. (VASCONCELLOS, 2018. p. 48/49)

Diante disso, o que se observa é que os mecanismos negociais da justiça penal negocial, quando importadas de sistemas jurídicos diametralmente opostos ao brasileiro sem que se realize um estudo sério, analisando todas as particularidades com as previsibilidades de impactos sociais e jurídicos da sua implementação, bem como realizando todas as alterações e ajustes necessários, o que acontece não é a formulação de um “processo não seja nem tão lento, a ponto de a essência da prova ser perdida e o acusado sofrer com as consequências do processo penal estigmatizante, nem tão rápido, a ponto de impedir a produção probatória e o pleno exercício de defesa” (LUNARDI, 2009). Ao contrário, se acentua a característica seletiva do Processo Penal e se abandona o sistema acusatório e todas as garantias democráticas para a adoção silenciosa de um sistema inquisitivo.

## **2.2 A relação dos institutos da justiça penal negocial com os aspectos sociais do sistema punitivo brasileiro.**

A sociedade não se organiza somente por meio de um conglomerado de normas e princípios jurídicos, há inúmeras vertentes que escapam e transbordam das bordas do dever-ser. Portanto, ao promover uma análise sobre os impactos de algum instituto ou instrumento já inserido ou que se pretende inserir no ordenamento jurídico brasileiro não se deve ater somente a uma análise dogmática-normativa.

Quando Juarez Cirino dos Santos disserta sobre os “objetivos do Direito Penal” faz questão de reforçar a existência de “objetivos declarados do discurso jurídico formal” e de “objetivos reais do discurso jurídico crítico”. Os objetivos declarados são aqueles



voltados para a ideia de um Direito Penal que exerce a “proteção de bens jurídicos - ou seja, na proteção de valores relevantes para a vida humana individual ou coletiva, sob ameaça de pena” (CIRINO DOS SANTOS, 2020. p. 5), devidamente selecionados através de critérios fundados na Constituição Federal que aponta aqueles bens jurídicos que são potencialidades necessárias a existência e desenvolvimento individual e social do ser humano e, ainda, sua atuação é subsidiária, ou seja, a “*ultima ratio*” na proteção desses bens jurídicos, bem como ao ser chamado para atuar o deve fazer com a devida proporcionalidade.

Os objetivos reais, por sua vez, apontam para uma análise da atuação política e social do Direito Penal a partir de uma perspectiva materialista da concepção de uma sociedade organizada para integrar relações de produção e de circulação da riqueza material, a relação da luta de classes – a criminalização primária realizada pelo Direito Penal e a criminalização secundária realizada pelo Sistema de Justiça Criminal “garantem a existência e a reprodução da realidade social desigual das sociedades contemporâneas” (CIRINO DOS SANTOS, 2020. p. 10).

A tendência de importação de institutos negociais é sobretudo uma tendência pertencente ao Estado neoliberal que é “extremamente invasivo e cultua a delação, cujo estatuto ético virou-se pelo avesso” (BATISTA, 2004. p. 85). Esses instrumentos não se apresentam como mecanismos capazes de trazer algum benefício para os que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade perante o sistema de justiça criminal, ao contrário, revelam que trabalham “para a conservação da seletividade do sistema penal” (FURQUIM; NETO, 2019) – ou seja, a ampliação de instrumentos não balizados pelas garantias constitucionais faz com que “os processos de criminalização seletivos sejam também ampliados” (GIACOMOLLI; VASCONCELLOS, 2015. p. 1125)

De forma sintetizada, a expansão dos espaços de negociação no Direito Penal implica em uma atuação especializada da defesa técnica, benefício que não é materialmente acessível pela classe social não hegemônica que, não coincidente, é a clientela preferencial



do sistema de justiça criminal. A classe não hegemônica não possui acessibilidade a uma defesa técnica especializada no que toca às peculiaridades da justiça penal negocial e o suprimento das etapas processuais e das garantias fundamentais, sem uma defesa técnica especializada, amplia largamente a atuação do *ius puniendi*.

A justiça restaurativa (que não se confunde com a justiça penal negocial) e os instrumentos negociais que possuem requisitos objetivos para sua concessão, como acontece na Lei nº. 9.099/95, em procedimentos referentes a crimes de menor potencial ofensivo, tem potencial para trabalhar a celeridade processual e apresentar benefícios verdadeiros aos réus – a negociação sobre a pena é como um remédio muito forte: se bem utilizado, pode salvar o paciente (o processo penal), mas, se houver abuso dela, vai matar o Processo Penal” (LOPES JÚNIOR, 2021).

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente pesquisa cuidou de analisar a eventual constitucionalidade na expansão dos institutos da justiça penal negocial no sistema jurídico brasileiro. Verificou-se que a expansão dos espaços de consenso no sistema de justiça criminal é uma tendência político-criminal que não se limita ao Brasil, mas também em diversos Países de tradição *common law* e também *civil law* – essa tendência em muito se dá pelas críticas à administração e à morosidade dos processos criminais, fomentada pelos discursos e estratégias populistas sobre a opinião pública.

Verificou-se que, normativamente, as primeiras figuras da justiça negocial institucionalizadas no Brasil são a transação penal e a suspensão condicional do processo, dispostas na Lei nº. 9.099/95. Desde 1995, a justiça penal negocial galgou espaços, de forma muito ativa, no sistema de justiça criminal brasileiro, fazendo advir institutos como a Colaboração Premiada (Lei nº. 12.850/2013), o Acordo de Leniência (Lei nº.



12.846/2013), o Acordo de Não Persecução Penal (Lei nº. 13.964/2019) e a *plea bargaining* (previsto na redação original da Lei nº. 13.964/2019).

O Brasil é um País de tradição *civil law* e o nosso Código de Processo Penal, após a promulgação da Constituição Federal de 1988, rege seu procedimento pelos princípios do sistema acusatório que o transforma em um instrumento para efetivação das garantias fundamentais do réu. A importação de institutos estrangeiros que advém de tradições e sistemas processuais divergentes sem que se passe por uma análise rígida de sua compatibilidade constitucional e procedimental pode comprometer balizas importantes do Processo Penal Democrático, como é o caso da hipervaloração da confissão como elemento de prova, da inversão da lógica do princípio da presunção de inocência e a remodelação do devido processo penal através das novas atribuições dos atores processuais.

Essa subversão dos princípios e garantias, bem como da dinâmica do devido processo legal se agrava quando os institutos que serviriam como instrumentos de exceção à regra acabam se tornando a regra, como é o caso do cenário norte-americano com a *plea bargaining* e o *guilty plea*, onde os casos de condenações por acordo, sem que se submeta à jurisdicionalização, perfazem por volta de 95% (LIPPKE, 2001. p. 1). Esse esvaziamento do processo penal como instrumento de contenção do poder punitivo e a atribuição de uma função puramente efficientista e burocrática para se chegar a uma penalização, ocasiona na deformidade do sistema acusatório e no retorno do sistema inquisitivo – onde o resultado (a responsabilização criminal) é um fato certo e os meios para se chegar a este resultado podem possuir qualquer natureza, ignorando a necessidade de respeito às garantias individuais da pessoa submetida ao sistema de justiça criminal.

Reforça-se que a análise da constitucionalidade dos institutos da justiça penal negocial se limita à verificação da compatibilidade normativa e principiológica dos referidos instrumentos e da tendência político-criminal com o sistema jurídico brasileiro.



A análise constitucional não é suficiente para verificar que a expansão da justiça negocial com a deformação do sistema acusatório expande ainda mais a seletividade do sistema de justiça criminal, que se destina ao controle social da classe não hegemônica – desde deturpação das garantias processuais, da inacessibilidade a uma defesa técnica especializada, até a imposição de medidas pecuniárias.

Nesse sentido, é importante reforçar que a importação de institutos estrangeiros não é inadmissível no Brasil, de qualquer forma, uma vez que o Direito e o sistema de justiça são instrumentos de controle social, a introdução destes mecanismos de negociação de modo generalizado, autorizando a imposição de sanções por acordo, sem o respeito às regras do devido processo, não deve ser incentivada no campo jurídico-criminal. A importação de institutos, principalmente de mecanismos de negociação, requer uma rigorosa análise técnica sobre a adequação normativa, principiológica e dos possíveis impactos sociais destes instrumentos, bem como em relação ao respeito do devido processo legal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALSCHULER, Albert. The prosecutor's role in plea bargaining. **University of Chicago Law Review**, v. 36, p. 50-112, 1968.

BARROS, Francisco Dirceu. **Acordos Criminais**. Belo Horizonte: Editora JH Mizuno, 2020. Edição Kindle.

BATISTA, Nilo. **Novas Tendências do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

BOVINO, Alberto. Procedimento abreviado y juicio por jurados. In: MAIER, Julio B. J;

**REVISTA DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS (UNIFAFIBE)**

DISPONÍVEL EM: [WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX](http://WWW.UNIFAFIBE.COM.BR/REVISTA/INDEX.PHP/DIREITOS-SOCIAIS-POLITICAS-PUB/INDEX)

**ISSN 2318-5732 – Vol. 11, N. 1, 2023**



BOVINO, Alberto. **El procedimiento abreviado**. Buenos Aires: Del Puerto, 2005.

BRASIL. **Lei nº 9.080, de 19 de julho de 1995**. Acrescenta dispositivos às Leis nº 7.492, de 16 de junho de 1986, e 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9080.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9080.htm). Acesso em: jan. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de agosto de 2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília: Presidência da República, 2013. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato20112014/2013/lei/l12850.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20112014/2013/lei/l12850.htm). Acesso em: jan. 2022.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **Direito Penal: Parte Geral**. 9ª ed. São Paulo: Tirant Lo Blanch Brasil, 2020.

DAL SANTO, Luiz Phelipe. Populismo Penal: o que nós temos a ver com isso? **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 168/2020. p. 225/252, Jun/2020. FABRETTI, Humberto Barrionuevo; BARROS E SILVA, Virginia Gomes de. O sistema de justiça negociada em matéria criminal: reflexões sobre a experiência brasileira. **Revista Direito UFMS**, v. 4, n. 1, 2018.

FURQUIM, Gabriel Martins; NETO, Salvador Scarpelli. Expansão e seletividade: a justiça penal negociada no pacote anticrime. **Boletim do IBCCRIM** - Ano 27, Nº 323 - Outubro/2019.





GARLAND, David. **A cultura do controle**: crime e ordem social na sociedade contemporânea. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José. Algumas marcas inquisitoriais do Código de Processo Penal brasileiro e a resistência às reformas. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, p. 143-165, 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José; VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. Justiça criminal negocial: crítica à fragilização da jurisdição penal em um cenário de expansão dos espaços de consenso no processo penal. **Revista Novos Estudos Jurídicos - Eletrônica**, v. 20, n. 3, p. 1108-1134, set.-dez. 2015.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no Processo Penal na perspectiva das garantias constitucionais**: Alemanha, Espanha, Itália, Portugal, Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

KLEIN, Maria Eduarda Vier; WEDY, Miguel Tedesco. O Futuro do Direito Penal Negocial e o Estado Democrático de Direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, vol. 156/2019, p. 279-306, Jun/2019.

LANGBEIN, John H. Torture and Plea Bargaining. **The University of Chicago Law Review**, v. 46, n.1, p. 3-22, 1978.

LANGER, Máximo. From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure. *In*: THAMAN, Stephen



C. **World Plea Bargaining**. Consensual Procedures and the Avoidance of the Full Criminal Trial. Durham: Carolina Academic Press, 2010.

LIMA, Rafael Catani; NOGUEIRA, Letícia Gomes. Da (i)legalidade da decretação de prisão preventiva como meio de obtenção de acordo de Colaboração Premiada. **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado (Online)**, v. 21, p. 211-229, 2021.

LIPPKE, Richard L. **The ethics of plea bargaining**. Oxford: Oxford University Press, 2011.

LOPES JUNIOR, Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **BOLETIM DO IBCCRIM**, 2021.

LOPES JUNIOR, Aury. **Fundamentos do processo penal**: introdução crítica. 7ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LUNARDI, Giovanna Jurach. **A incompatibilidade da justiça penal negociada com o ordenamento jurídico brasileiro**: uma análise a partir da importação do instituto das delações premiadas. 2019. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Centro de Ciências Jurídicas, Florianópolis, 2019.

ROSA, Alexandre Morais da. **Para entender a delação premiada pela teoria dos jogos**: táticas e estratégias do negócio jurídico. 2ª ed. Florianópolis: Emais, 2019.

SIQUEIRA, D. P.; SILVA, J. B.; SOUZA, B. C. L. DESENVOLVIMENTO COMO LIBERDADE: A IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS SOCIAIS PARA O EXERCÍCIO DA LIBERDADE E DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE. **DIREITO.UNB**, v.7, p.121 - 142, 2023.



SIQUEIRA, D. P.; SILVA, Tatiana Manna Bellasalma e; ITODA, Eloise Akiko Vieira. DIREITOS DA PERSONALIDADE E O JULGAMENTO AIDA CURI: ANÁLISE SOBRE A (IN) APLICABILIDADE DO DIREITO AO ESQUECIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO. *Revista de Constitucionalização do Direito Brasileiro - RECONTO*, VOL. 6, N. 1, p. 1-25, 2023.

MOREIRA, Mayume Caires; SIQUEIRA, D. P.; SILVA. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA NA SOCIEDADE PÓS-PANÓPTICO: NOVAS FORMAS DE PANOPTISMO E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE. *Revista Prisma Jurídico (UNINOVE)*, v. 22, n. 1, p. 74-91, jan./jun. 2023.

SOUZA, Danilo Kutianski; ZIMIANI, Doroteu Trentini. Inserção da justiça negociada no direito penal brasileiro: Plea bargaining. *Revistas de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR*, v. 21, n. 2, 2018.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

VALIM, Rafael. **Estado de Exceção**: a forma jurídica do neoliberalismo. 1 ed. São Paulo: Editora Contracorrente, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2 ed. Belo Horizonte, São Paulo: Editora D'Plácido, 2021.

\_\_\_\_\_. Barganha no processo penal e o autoritarismo “consensual” nos sistemas processuais: a justiça negocial entre a patologização do acusatório e o contragolpe inquisitivo. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 953, p. 261-279, mar. 2015.



\_\_\_\_\_ ; CAPPARELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do *patteggiamento* e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**. v. 15, p. 435-453, 2015.

\_\_\_\_\_. **Colaboração Premiada no processo penal**. 2 ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.