

OS AVANÇOS DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL E A (IM)POSSIBILIDADE DE MAIOR AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

ADVANCES IN NEGOTIABLE CRIMINAL JUSTICE AND THE (IM)POSSIBILITY OF GREATER EXPANSION OF CONSENSUS SPACES IN THE BRAZILIAN CRIMINAL PROCESS

Lúis Gustavo Durigon¹
Henrique Cereser Schneider ²

Resumo: A presente pesquisa tem como objetivo diagnosticar a implementação, consolidação e possibilidades de maior avanço dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, atribuindo nova roupagem na atuação do sistema de justiça criminal. Ao aferir aspectos introdutórios da barganha e da justiça penal negociada, estabelecendo as respectivas diferenças dogmáticas, aponta-se para os seus fundamentos constitutivos, considerando os influxos de natureza política criminal advindos de institutos similares do direito comparado, tendo como impulso o acordo de não persecução penal, uma vez que se trata da manifestação mais recente da justiça negociada brasileira. O problema da pesquisa situa-se na indagação se é possível maior ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, tais como os acordos sobre a sentença penal. Embora se reconheça a consolidação da justiça penal negociada como uma vertente do sistema de justiça, a hipótese é que maior expansão dos espaços de consenso implicará em um total rompimento com o devido processo penal e o sistema processual, ainda que o legislador brasileiro possa sempre surpreender. O método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo. Como método de procedimento, será utilizado o comparativo. No que se referem às técnicas de pesquisa, tem-se como base a documentação indireta, a partir da pesquisa documental e bibliográfica.

Palavras-chave: Processo Penal. Justiça Penal Negociada. Ampliação. (Im)possibilidades. Acordo sobre sentença.

Abstract: The present research aims to diagnose the implementation, consolidation and possibilities for further advancement of consensus spaces in the Brazilian criminal process, attributing a new look to the performance of the criminal justice system. By assessing introductory aspects of bargaining and negotiating criminal justice, establishing the respective dogmatic differences, it points to their constitutive foundations, considering the influxes of a criminal political nature coming from similar institutes of comparative law, having as their impetus the non-prosecution agreement criminal, since it is the most recent manifestation of Brazilian negotiating justice. The research problem lies in the question whether it is possible to further expand the spaces for consensus in the Brazilian criminal process, such as agreements on the criminal sentence. Although the consolidation of negotiated criminal justice is recognized as an aspect of the justice system, the hypothesis is that further expansion of spaces for consensus will imply a total break with due criminal process and the procedural system, even though the Brazilian legislator may always surprise. The approach method used

¹ Doutor em Ciências Criminais pela PUC/RS. Mestre em Direito pela URI/SAN. Pós-Graduado em Ciências Penais pela UFRGS. Professor Adjunto I do Departamento de Direito e do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Coordenador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Ciências Criminais GEPCCRIM.

² Pós-Graduando em Direito Processual Penal pela Escola Educacional Damásio/São Paulo e em Direito Empresarial pela PUC/RS. Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Maria/UFSM. Pesquisador do Grupo de Estudos e Pesquisas em Ciências Criminais GEPCCRIM vinculado a mesma Instituição. Advogado.

is hypothetical-deductive. As a method of procedure, comparative will be used. Regarding research techniques, indirect documentation is based on documentary and bibliographical research.

Keywords: Criminal proceedings. Negotiable Criminal Justice. Enlargement. (In)possibilities. Agreement on sentence.

1 INTRODUÇÃO

Na sociedade contemporânea a imediatidade é pretendida a quase todo instante, especialmente no mundo *ciber-físico* vivenciado. Celeridade, eficiência e resultado são alguns dos motes líquidos que resumem bem a busca incessante por otimização/aceleração dos procedimentos em todos os campos do saber.

Na área das ciências criminais, sobretudo quando em órbita o direito penal e o processo penal, verticalizados pelas observações criminológicas - notadamente de matriz crítica - a preocupação em punir rapidamente o infrator não é prerrogativa atual, mas remonta aos tempos em que a punição era exercida por meio da vingança privada. Mais importante do que punir o indivíduo certo e de maneira proporcional, era (é) punir imediatamente e de forma implacável.

Neste horizonte histórico cultural, o processo penal surge como um instrumento de contenção do poder punitivo, ainda que no mais das vezes acabe por ser dissipado pelas agências punitivistas (para)estatais.

De qualquer sorte, a partir do monopólio estatal penal em matéria punitiva – *nulla poena sine iudicio* - o caminho até eventual punição fica mais “longo”, demandando, conseqüentemente, mais tempo. Aliado a isto, a atualidade apresenta um Poder Judiciário com um número imenso de processos e um número ínfimo de servidores/Juízes, pressionados socialmente e culturalmente a solucionar rapidamente as demandas criminais.

Neste cenário, surgem propostas de simplificação procedimental e abreviação de formas processuais, flexibilizando uma das máximas de natureza garantista no sentido de que “forma é garantia”.

Surge assim a barganha e justiça penal negocial, podendo ser afirmado que tais mecanismos negociais representam o afastamento do devido processo penal por meio de procedimentos abreviados que, ao final, impõem determinada punição ao suposto infrator, satisfazendo o *jus puniendi* estatal/penal.

Algumas experiências estrangeiras merecem destaque nesta investigação, tais como o *plea bargaining* norte-americano e o *patteggiamento* italiano. O primeiro está inserido no sistema jurídico da *common law* e o segundo, na cultura jurídica da *civil law*.

No Brasil, as primeiras experiências de justiça penal negociada vieram através da Lei nº 9.099/1995, com as figuras da transação penal e da suspensão condicional do processo³.

Já em meados de 2019, a justiça penal negociada foi ampliada, a partir da inserção do acordo de não persecução penal (Lei nº 13.964), inserido com a mesma roupagem político-criminal das outras figuras negociais. Ou seja, emergiu com o discurso de busca por celeridade e eficiência, a fim de desafogar o Poder Judiciário.

Neste sentido, cumpridos determinados requisitos e condições, tais como a confissão sobre a prática delitiva, o imputado pode celebrar o acordo e, com isso, não ter um processo penal tramitado contra si, aderindo e antecipando a possibilidade de aplicação de uma pena não privativa de liberdade.

Assim, o problema da presente pesquisa situa-se na indagação se é possível maior ampliação dos espaços de consenso no processo penal brasileiro, avançando para o acordo sobre a própria sentença penal de natureza condenatória - com pena privativa de liberdade - naturalmente que aplicada para práticas delitivas ocorridas com maior gravidade.

Embora se reconheça a consolidação da justiça penal negociada como uma vertente do sistema de justiça, a hipótese é que maior expansão dos espaços de consenso implicará em um total rompimento com o devido processo penal e o sistema processual, ainda que o legislador brasileiro possa sempre surpreender.

Desta forma, o objetivo geral da pesquisa consiste em investigar a origem e consolidação dos espaços de consenso da justiça negociada, ao passo que os objetivos específicos podem ser assim sintetizados: (i) analisar aspectos gerais da barganha e da justiça penal negociada, a partir de seus fundamentos de implementação no campo dogmático e político-criminal; (ii) investigar até que ponto o sistema processual penal têm condições de ampliar ainda mais os espaços de consenso no sistema de justiça

³ Ainda que tenham sido os primeiros institutos da justiça penal negociada brasileira no âmbito dos delitos de menor potencial ofensivo, dado os recortes que se propõe este trabalho, não é pretensão desta pesquisa ater-se a análise aprofundada de tais institutos, tendo em vista a sua consolidação dogmática e política-criminal.

criminal, (iii) apontar para alguns problemas contemporâneos já presentes no acordo de não persecução penal, tais como a confissão de inocentes, o *overcharging*, que pode ser potencializado com eventual possibilidade de ser concretizado o acordo sobre a sentença.

Assim, na primeira seção serão abordados os fundamentos de implementação da barganha e da justiça penal negocial no campo político-criminal, calcados na celeridade, eficiência, simplificação procedimental e (des)penalização, analisando-se também os (in)fluxos penais negociais de natureza política-criminal advindos do direito estrangeiro, tais como a *plea bargaining* e o *patteggiamento*, sob o fio condutor do acordo de não persecução penal.

Já a segunda seção avança para a (im)possibilidade de ampliação dos espaços de consenso, a ponto de ser implementado o acordo sobre a própria sentença penal condenatória calcada em pena privativa de liberdade, seus regimes, formas de cumprimento e o possível rompimento com os postulados do devido processo penal.

Para tanto, o método de abordagem empregado é o hipotético-dedutivo, o qual compreende o conhecimento científico a partir da combinação entre conhecimento empírico (hipotético) e racional (dedutivo), em caráter provisório e não falso .

Relativamente ao método de procedimento, será utilizado o comparativo, com o objetivo de comparar o acordo de não persecução penal com os outros mecanismos negociais penais, verificando suas similitudes e explicando suas divergências, bem como as (im)possibilidades de ampliação dos espaços de consenso.

No que se referem às técnicas de pesquisa, toma-se como base a documentação indireta, a partir da pesquisa documental e bibliográfica, sendo analisados doutrinas especializadas e trabalhos científicos.

É sobre estas questões que o artigo está alicerçado, calcado na epistemologia da incerteza de cunho não totalitarista, com a pretensão em contribuir - em alguma medida - com as reflexões a respeito da justiça consensual penal brasileira.

2 ASPECTOS INTRODUTÓRIOS DA BARGANHA E JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL

A barganha e a justiça penal negocial são institutos jurídicos processuais penais recentes nos ordenamentos jurídicos dos mais variados países, cuja construção sócio-política-jurídica-dogmática são frutos dos anseios contemporâneos calcados na celeridade, eficiência e resultado.

Esse “mantra” da sociedade acelerada e hipercomplexa quando verticalizados para o processo penal ocasiona ruídos sistêmicos constitucionais, ao colidir com diversos postulados do devido processo penal consolidadas ao longo da tradição brasileira.

À par disso, cumpre investigar criticamente as origens dessas figuras jurídicas no cenário brasileiro, levando em consideração seus fundamentos de implementação no campo político-criminal, as principais experiências estrangeiras e as primeiras experiências brasileiras.

Desde logo, cabe assentar o que se entende por justiça penal negocial e barganha, tal como propõe Vasconcellos⁴:

Modelo que se pauta pela aceitação (consenso) de ambas as partes – acusação e defesa – a um acordo de colaboração processual com o afastamento do réu de sua posição de resistência, em regra impondo encerramento antecipado, abreviação, supressão integral ou de alguma fase do processo, fundamentalmente com o objetivo de facilitar a imposição de uma sanção penal com algum percentual de redução, o que caracteriza o benefício ao imputado em razão da renúncia ao devido transcorrer do processo penal com todas as garantias a ele inerentes⁵.

É justamente neste cenário de afastamento da tradicional resistência defensiva aonde ocorre uma verdadeira antecipação do poder de penar, ainda que através da aplicação de sanções penais mais brandas, é que está situada a barganha, também definida pelo autor supracitado:

Um instrumento processual que resulta na renúncia à defesa, por meio da aceitação (e possível colaboração) do réu à acusação, geralmente pressupondo a sua **confissão**, em troca de algum benefício (em regra, redução de pena), negociado e pactuado entre as partes ou somente esperado pelo acusado⁶. Grifei

Consoante se percebe, a justiça criminal negocial é gênero do qual a barganha é espécie, ou seja, a barganha está inserida dentro do modelo de justiça criminal

⁴ Vinicius Gomes de Vasconcellos, atualmente Doutor em Direito pela Universidade de São Paulo (USP), é um dos pesquisadores mais reconhecidos no tema. Sua Monografia intitulada “Barganha e Justiça Criminal Negocial” foi a vencedora do 19º Concurso de Monografias de Ciências Criminais – IBCCRIM. Informações retiradas do currículo lattes do autor. Disponível em: <http://lattes.cnpq.br/9628659956663949>. Acesso em: 10 jan. 2024.

⁵ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 209 e 210.

⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 210.

negocial, aonde há um acordo/consenso entre as partes, em que o réu renuncia à defesa e confessa o delito, em troca de algum benefício.

Naturalmente os conceitos propostos são gerais e, portanto, não abrangem todas as especificidades das diferentes figuras negociais, mas servem de base para analisá-las, o que será feito no tópico seguinte.

2.1 FUNDAMENTOS DE IMPLEMENTAÇÃO DA BARGANHA E DA JUSTIÇA PENAL NEGOCIAL NO CAMPO POLÍTICO-CRIMINAL BRASILEIRO: CELERIDADE, EFICIÊNCIA, SIMPLIFICAÇÃO PROCEDIMENTAL E (DES)PENALIZAÇÃO

O excessivo número de processos em trâmite no Poder Judiciário brasileiro impulsiona as mais diversas reformas, no mais das vezes despreocupadas com as regras do devido processo penal. Este cenário alimenta o discurso de que a criminalidade organizada e a violência precisam ser combatidas com eficiência⁷ e celeridade a qualquer preço, pouco importando se para tanto, acaba sendo “combatido” – paradoxalmente – a ideia do devido processo.

Somente no ano de 2022 ingressaram 3,1 (três milhões e cem mil) novos casos criminais no Poder Judiciário, sendo “2,4 milhões (63,8%) na fase de conhecimento de primeiro grau, 19,4 mil (0,5%) nas turmas recursais, 597,4 mil (16,1%) no segundo grau e 142,3 mil (3,8%) nos Tribunais Superiores”⁸. Em contrapartida, o número total de magistrados (incluindo juízes, desembargadores e ministro) soma o montante de 18.117⁹. Em matéria penal, naturalmente, o número de magistrados é consideravelmente menor, tendo em vista que nem todos atuam na área.

Considerando o grande número de processos penais e o baixo efetivo de magistrados, o resultado perseguido é “punir rapidamente sem a realização do demorado processo penal”¹⁰. Isto porque o devido processo penal é tido pelo senso

⁷ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 154.

⁸ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023, p. 224. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 18 maio 2024.

⁹ CNJ, Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023, p. 71. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 18 maio 2024.

¹⁰ BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013, p. 154.

comum como excessivamente “garantista”, moroso e custoso¹¹. O cumprimento rigoroso de todas as etapas processuais penais - em respeito às garantias do imputado - é visto como um obstáculo à rápida resposta que a sociedade clama. Não basta a punição, é necessário que ela seja imediata e, em tempos pós-modernos, instantânea.

Surgem então as propostas de simplificações procedimentais¹², visando fazer “ecoar o mantra” da celeridade e eficiência. Neste sentido, as figuras negociais são um exemplo claro da ampla tendência, no campo político-criminal, de aceleração e diversificação processual, ao introduzirem “opções alternativas à necessidade de realização do procedimento ordinário com respeito a todas as regras do devido processo”¹³.

Ao simplificar procedimentos¹⁴, abreviar prazos e contornar as formas, irrompe-se inegável problema, pois, “no processo penal, a forma é garantia, enquanto limite ao poder punitivo estatal”¹⁵. Existe um tensionamento das garantias constitucionais ocasionado pelo discurso de simplificação, celeridade, eficiência e produção¹⁶. Ao condensar o processo penal, é difícil atingir a mesma cautela que o legislador teve ao criar todas as formas processuais, asseguradas pelos diversos procedimentos, tendo em vista que algumas garantias do imputado só são possíveis de serem asseguradas a partir do contraditório¹⁷ e do devido processo penal.

Nesta linha de ideias, Lopes Jr. sintetiza bem a questão ao referir que:

¹¹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 23.

¹³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 213.

¹⁴ As primeiras incursões no direito processual penal brasileiro, tal como já registrado, se deu na década de 90 com os Juizados Especiais Criminais, notadamente com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo. Em realidade, tais institutos mantêm as garras do sistema de justiça, na medida em que a grande maioria dos delitos de sua competência – certamente todas as contravenções penais – poderiam ser efetivamente descriminalizadas, dada a ausência de ofensividade da conduta e a completa desproporcionalidade de aplicação – até mesmo – de penas alternativas de cunho economicista e utilitarista.

¹⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹⁶ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 99. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

¹⁷ No que tange aos desafios do contraditório na sociedade contemporânea, consultar: DURIGON, Luís Gustavo. **Genealogia do Contraditório Processual Penal: dos sistemas jurídico, político e penal à crise na contemporaneidade**. Cruz Alta: Ilustração, 2021.

A justiça negociada está atrelada à ideia de eficiência (viés economicista), de modo que as ações desenvolvidas devem ser eficientes, para com isso chegarmos ao “melhor” resultado. O resultado deve ser visto no contexto de exclusão (social e penal). O indivíduo já excluído socialmente (por isso desviante) deve ser objeto de uma ação efetiva para obter-se o (máximo e certo) apenamento, que corresponde à declaração de exclusão jurídica. Se acrescentarmos a esse quadro o fator tempo – tão importante no controle da produção, até porque o deus-mercado não pode esperar –, a eficiência passa a ser mais uma manifestação (senão sinônimo) de exclusão¹⁸.

De certo modo, a justiça penal negociada e a barganha contrariam séculos de longa construção dogmática na busca pelo devido processo penal brasileiro, o qual, desde o início, teve como objetivo acabar com a vingança privada e legitimar o *jus puniendi* do Estado¹⁹. Com a implementação das figuras negociais, criam-se verdadeiros atalhos processuais em nome da celeridade e eficiência.

A limitação do poder punitivo do Estado se vê prejudicada, tendo em conta a inversão nos papéis dos autores processuais²⁰. O órgão acusador se torna o responsável pela imposição das medidas que vinculam o imputado à figura negocial, determinando a quem, quando e como se dará a aplicação da pena. Em outras palavras, o “Ministério Público assume as funções típicas do órgão julgador”²¹.

Já o juiz, por seu turno, está muito circunscrito a função de homologador do acordo²², verificando os requisitos formais, sem adentrar no mérito da questão. Não se duvide que isso em breve não possa ser substituído, inclusive, pela inteligência artificial.

Lado outro, o réu não ocupa mais posição de resistência, já que nos institutos negociais não há espaço para o contraditório, o que evidencia a obstaculização do direito de defesa²³.

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 83. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

¹⁹ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 20. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

²⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 26.

²¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 103.

²² LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

²³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 184.

Tal cenário é revelador da disparidade de armas entre os atores processuais, pois, “ao assumir (artificialmente e ilegitimamente) as funções do julgador, o acusador público desvirtua por completo qualquer possibilidade de igualdade e paridade de armas entre as partes na justiça criminal”²⁴.

Como se percebe, as figuras negociais potencializam “traços autoritários em aspectos fundamentais do processo penal”²⁵, colocando em xeque outro fundamento utilizado para a implementação da justiça penal negocial, qual seja, o de que os mecanismos negociais teriam caráter despenalizador.

Isto porque, paradoxalmente, o panorama continua sendo de expansão do sistema punitivo, impulsionado pela “instrumentalização funcional simbiótica que possibilita a indevida dilatação do controle estatal por meio do poder punitivo”²⁶.

O fato de o imputado não cumprir uma pena privativa de liberdade, no que tange ao acordo de não persecução penal, não quer dizer que o Estado está deixando de exercer seu poder punitivo, na medida em que deve - obrigatoriamente - cumprir as condições impostas no acordo, sob pena de ser processado criminalmente, satisfazendo, assim, a pretensão acusatória e o poder de penar. Em uma só frase: o argumento de despenalização não traduz a realidade, na medida em que continua sendo privilegiada a ótica utilitarista do poder punitivo.

Desta sorte, de uma forma geral, os mecanismos negociais “são instrumentos de expansão do poder punitivo, que se concretizam com o objetivo de impor uma punição célere e inquestionável, de modo que os atores envolvidos restam instrumentalizados por tal pretensão”²⁷.

Dito de outro modo, a implementação das figuras penais negociais não busca a mudança do paradigma retributivo, ainda que em relação ao acordo de não persecução penal seja afastada a incidência da pena privativa de liberdade, mas sim uma resposta rápida aos delitos praticados em atenção aos anseios sócio jurídicos punitivistas, nem que para isso seja necessário sacrificar garantias constitucionais

²⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 183.

²⁵ 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*. **Novos Estudos Jurídicos**, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015, p. 1125. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 19 abr. 2024.

²⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 18.

²⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 202.

historicamente concebidas e receber influxos políticos criminais originários do direito estrangeiro ²⁸.

2.2 (IN)FLUXOS PENAIS NEGOCIAIS DE NATUREZA POLÍTICA-CRIMINAL ADVINDOS DO DIREITO ESTRANGEIRO: *PLEA BARGAINING* E *PATTEGGIAMENTO*

O direito brasileiro, embora já tenha adquirido sua autonomia, continua a receber influências de ordem política-criminal de outros países²⁹. O acordo de não persecução penal é mais um exemplo desses influxos políticos criminais, em uma versão mitigada, na medida em que não se importa todo um sistema - processual - mas tão somente um instituto específico, ainda que possa gerar – quando não romper – com a tradição processual brasileira calcada no devido processo penal não consensual, sobretudo no que diz respeito a pena.

Nesta linha de ideias, pode-se dizer que o *plea bargaining* norte-americano - quando o promotor induz o acusado criminalmente a confessar sua culpabilidade e renunciar ao seu direito ao julgamento em troca de uma punição mais branda - é um dos mecanismos negociais mais influentes no direito processual penal contemporâneo.

Nesse modelo, inserido na cultura jurídica da *common law*³⁰, a discricionariedade e o poder de barganhar do Ministério Público são amplos, de modo que a negociação entre o promotor e o réu pode recair sobre “a retirada de algumas das imputações ou capitulação dos fatos como delito de menor gravidade (*charge bargaining*), a concordância do acusador em uma pena reduzida ou na concessão de benefícios como a *probation (sentence bargaining)*”³¹.

²⁸ Embora a expressão “direito estrangeiro” não seja de preferência dos autores, optou-se pelo uso desta terminologia por entender que a invocação do direito comparado exige não só o apontamento de institutos penais processuais similares, mas, sobretudo, que se contextualize os aspectos de natureza social e cultural dos países envolvidos, o que não seria possível de ser feito diante dos recortes propostos nesta investigação.

²⁹ Foi assim, por exemplo, com o Código de Processo Penal de 1941 - o Código Rocco – que importou boa parte do modelo fascista italiano daquele período.

³⁰ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargainig* norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 335. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

³¹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 67.

Portanto, existe a possibilidade de negociar “a acusação em si (*charge bargaining*), a sua quantidade (*count bargaining*), os fatos imputados (*fact bargaining*), e a própria sentença (*sentence bargaining*)”³².

O principal aspecto da *plea bargaining* reside no fato do acusado renunciar o direito ao julgamento através do *full trial*³³, reconhecendo sua culpabilidade (*guilty plea*), mediante a confissão e, assim, obter a barganha oferecida pelo órgão acusador. Estima-se que, nos Estados Unidos, cerca de 95% dos casos penais estaduais e federais são resolvidos por meio de acordos dessa natureza³⁴.

Não é preciso ir longe para notar que o *plea bargaining* flexibiliza o princípio da jurisdição, porquanto, “o exercício do poder de penar não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e da sua discricionariedade”³⁵. A lógica do processo penal enquanto limitador do poder punitivo é afastada, pois, de um lado, desconsidera-se o princípio da obrigatoriedade/necessidade da ação penal e, de outro, consagra-se o princípio da oportunidade.

Inúmeras problemáticas já foram percebidas no *plea bargaining*, dentre as quais destaca-se a coação para a realização do acordo, seja ela direta ou indireta. A primeira (coação direta), ocorre quando o órgão acusador força o acusado a confessar o delito e, conseqüentemente, a celebrar o acordo, sob pena de o incriminar por delito mais grave em futura ação penal, prática conhecida como *overcharging*³⁶.

³² GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 49. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 30 jan. 2024.

³³ GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal** – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021, p. 49. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 30 jan. 2024.

³⁴ DEVERS, Lindsey. **Research Summary: plea and charge bargaining**. Bureau of Justice Assistance. U.S. Department of Justice, Arlington, jan. 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

³⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 50. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

³⁶ MONTEIRO, Pedro. O overcharging e o acordo de não persecução penal. **Conjur**, 24 out. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 5 abr. 2024.

A segunda (coação indireta), é a inerente à própria proposta de barganha³⁷, “diante da inevitável ameaça de uma punição mais severa se houver recusa e exercício do direito ao julgamento”³⁸. A coercibilidade da proposta faz crescer, portanto, o número de confissão de inocentes, que temem por punição mais severa, caso levem o processo penal adiante³⁹, ou melhor, caso exerçam o direito ao devido processo penal alimentado pelo contraditório.

Sabe-se que o *plea bargaining* tem raízes na *common law*, sistema adversarial conhecido por ter as partes como protagonistas⁴⁰ e o Juiz com uma postura mais inerte, sobretudo no que diz respeito a busca da prova. Tal tradição adversarial (*common law*) favorece a implementação de mecanismos negociais, na medida em que promove maior autonomia ao Ministério Público e ao réu.

Por outro lado, nos países marcados pela *civil law*, as figuras negociais penais são difíceis de se amoldarem aos ordenamentos jurídicos pátrios, uma vez que “o papel dominante é desempenhado pelo Juiz”⁴¹ - e não pelas partes, tendo em vista que o sistema acusatório, ainda que apresente significativos avanços com a implementação do juiz de garantias a partir do julgamento das ADIs 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, ainda não se consolidou plenamente, devido a constante inquisitiva presente na cultura jurídica brasileira⁴².

Ainda assim, alguns países de tradição da *civil law* foram prevendo institutos negociais que se aproximavam do sistema adversarial⁴³, tais como a Itália, cujo Código de Processo Penal foi alterado algumas vezes para a introdução de

³⁷ Com frequência isto ocorre nos Juizados Especiais Criminais com oferecimento da transação penal, sendo que não raras vezes sequer se tem elementos para o oferecimento da denúncia.

³⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 91.

³⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 144.

⁴⁰ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargainig norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, 2014, p. 331-365, p. 337. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁴¹ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargainig norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 338. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁴² Nem mesmo o contraditório encontra-se imune as matrizes neoinquisitivas.

⁴³ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargainig norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP**, Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 354. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

mecanismos de simplificação processual⁴⁴ como a *giudizio abbreviato*; o *giudizio immediato*; o *giudizio direttissimo*; procedimento *per decreto*; e, ainda, o *patteggiamento*⁴⁵.

Devido aos recortes propostos pela pesquisa e seus objetivos, analisar-se-á apenas o (*patteggiamento*), dada sua similitude com o *plea bargaining*. Da mesma forma que neste, no *patteggiamento*, as partes também negociam a pena aplicada, isto é, “o acusador, com o consentimento do acusado (ou vice-versa), propõe ao juiz a aplicação antecipada de pena alternativa à prevista ou mesmo da própria pena prevista com a redução de um terço”⁴⁶.

Muito embora sejam inegáveis os traços com a *common law*, há, no *patteggiamento*, um “controle judicial mais atuante acerca da regularidade e do cabimento do acordo”⁴⁷, o que revela sua identidade com o sistema continental.

No instituto italiano, ao contrário da ampla discricionariedade do promotor no modelo estadunidense, é necessário que o Ministério Público motive a decisão do cabimento da figura negocial ou justifique a sua recusa⁴⁸. Neste último caso, os motivos da recusa serão avaliados pelo Juiz, “que, se entendê-la injustificada,

⁴⁴ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP. Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 443. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 17 fev. 2024.

⁴⁵ FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano XV, n.19, p. 209-242, 2020, p. 214. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Judiciaria_n.19.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

⁴⁶ NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargain norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 14, n.º 1, p. 331-365, 2014, p. 355. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 17 fev. 2024.

⁴⁸ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 17 fev. 2024.

assegurará a redução solicitada pelo acusado”⁴⁹. Outro ponto marcante é que no instituto italiano o “imputado não está obrigado a confessar a prática do crime”⁵⁰.

Como se vê, o *plea bargaining* e o *patteggiamento* são institutos parecidos, mas que guardam particularidades relacionadas aos seus respectivos sistemas jurídicos. Outros mecanismos negociais poderiam ser estudados, a exemplo do *absprachen* Alemão⁵¹. Optou-se, contudo, por examinar apenas as figuras estadunidense e italiana, haja vista que foram a maior fonte de inspiração para a implementação do acordo de não persecução penal no Brasil – país de tradição continental (*civil law*), como forma de buscar parâmetros para a (im)possibilidade de (maior) avanço da justiça negocial no Brasil.

3 ACORDOS SOBRE A SENTENÇA E OS POSTULADOS DO DEVIDO PROCESSO PENAL

Os mecanismos negociais estrangeiros analisados até aqui (*plea bargaining* e *patteggiamento*) guardam uma diferença crucial em relação aos institutos negociais brasileiros⁵², uma vez que aqueles são verdadeiros acordos sobre a sentença⁵³, ao passo que a justiça consensual brasileira ainda não admite esta possibilidade, sendo que esta pesquisa investiga as possibilidades desse alcance.

É preciso registrar que os acordos sobre a sentença, a exemplo do *plea bargaining* e *patteggiamento*, possuem os mesmos efeitos de uma sentença condenatória ou são

⁴⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal. **Revista Eletrônica de Direito Processual** – REDP, Rio de Janeiro, v. 15, n.15, p. 435- 453, 2015, p. 446. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 17 fev. 2024.

⁵⁰ FRANCO, José Henrique Kaster. O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro. **Revista Judiciária do Paraná**. Curitiba, ano XV, n.19, p. 209-242, 2020, p. 219. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Judiciaria_n.19.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

⁵¹ Sobre isso, ver: GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 318. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁵² Ainda que a presente pesquisa tenha recortado a temática em torno do acordo de não persecução penal, é preciso reiterar que às primeiras manifestações da justiça penal consensual brasileira se deu através da Lei 9.00/95, sobretudo com os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo.

⁵³ Sobre os “acordos sobre a sentença”, ver: DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

equiparáveis a ela, razão pela qual autorizam a efetiva aplicação de uma pena privativa de liberdade⁵⁴.

Por outro lado, todas as figuras negociais estabelecidas até então no direito brasileiro são de natureza não condenatória, pois não geram antecedentes criminais ou reincidência, nem autorizam a imposição de uma pena privativa de liberdade.

No caso brasileiro, com pouca discricionariedade sobre a temática, o papel principal do juiz é homologar ou não o acordo, ato judicial este que não gera antecedentes, nem reincidência. Se, ao final, o imputado cumpri-lo, terá extinta sua punibilidade, nos termos do artigo 28-A, § 13º do CPP. Do contrário, será processado criminalmente e, somente após o trânsito em julgado, será considerado culpado, com os efeitos característicos de uma sentença criminal.

Naturalmente, as críticas direcionadas aos acordos sobre a sentença são mais acentuadas do que as dirigidas aos mecanismos negociais brasileiros, afinal, naqueles há a imposição de uma pena, em sentido material⁵⁵, sem o devido processo penal.

Em contrapartida, nas figuras negociais brasileiras, conforme já destacado, muito embora não haja a imposição de uma pena privativa de liberdade, em realidade, incidem alguns efeitos penais ao imputado, tal como a impossibilidade de celebrá-lo novamente por determinado período previsto em lei.

Ao encurtar o caminho até a pena, celebrando o acordo sobre a sentença e suprimindo o devido processo penal, ocorre considerável perda de substrato probatório, na medida em que o acordo é realizado com base nos elementos indiciários colhidas em sede de investigação preliminar. Esta crítica também é aplicável aos institutos negociais brasileiros, porquanto, ainda que não representem acordos sobre a sentença, também são baseados unicamente nos elementos indiciários produzidas na fase da investigação preliminar, circunstância esta que pode favorecer à realização do acordo sem a presença da justa causa, o que representa um verdadeiro contrassenso punitivo.

Nesta linha de ideias, se, por um lado, é verdade que os mecanismos negociais brasileiros já referidos não carregam os mesmos traços de uma sentença

⁵⁴ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 65.

⁵⁵ DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal**: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença. São Paulo: Marcial Pons, 2020, p. 35.

condenatória, por outro, reitera-se, não quer dizer que eles sejam institutos efetivamente “despenalizadores”, pois satisfazem a pretensão acusatória de alguma maneira, passando também a representar, paradoxalmente, a expansão do poder punitivo do Estado⁵⁶.

Até o momento, não há acordos sobre a sentença no Brasil, mas projetos com esse teor já foram apresentados⁵⁷ e, certamente, outros ainda serão, não sendo surpresa se num horizonte não distante, tenhamos novos institutos negociais sendo introduzidos no sistema processual penal, ampliando ainda mais o seu espectro de incidência.

Tudo isso faz acender um alerta para a questão, afinal, “uma negociação dessa magnitude representa o fim do processo penal brasileiro, na medida em que legitima em larguíssima escala a “aplicação de pena privativa de liberdade sem processo” (o que é absolutamente inconstitucional)”⁵⁸.

Tanto os acordos sobre a sentença quanto as figuras negociais brasileiras merecem uma análise principiológica acurada, pois causam impactos nas bases do devido processo penal, na medida em que mitigam a obrigatoriedade da ação penal, outorgam nova roupagem a oportunidade e a própria legalidade, além de flexibilizar a presunção de inocência, minimizar o contraditório e a ampla defesa, dentre outros princípios derivados.

Sabe-se que o processo penal nasceu para suprimir a vingança privada e implementar critérios de justiça⁵⁹, ou seja, foi o instrumento encontrado para evitar a vingança feita pelas próprias mãos, eliminar a autotutela e impedir a dominação do

⁵⁶ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 202.

⁵⁷ A exemplo do projeto de lei do Senado Federal 156/2009, prevendo a reforma global do Código de Processo Penal e o projeto de lei do Senado do Federal 236/2012, dispondo sobre a reforma global do Código Penal, sendo que ambos os projetos introduzem espaços de consenso que abrem a possibilidade de imposição de pena privativa de liberdade sem o rito processual ordinário. PLS 156/2009 - Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/90645>. Acesso em: 14 nov. 2023. PLS 236/2012 - Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/106404>. Acesso em: 14. nov. 2023.

⁵⁸ LOPES JR., Aury. A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM. **Boletim Especial Justiça Penal Negocial**, ano 29, p. 4-6, jul. 2021, p. 4. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁵⁹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

mais forte sobre o mais fraco⁶⁰ - componentes que eram os atributos da sociedade na época⁶¹.

Não por acaso, sustenta-se que a evolução do processo penal está diretamente ligada com a própria evolução da pena, refletindo a estrutura estatal daquele período⁶². Conforme a maturidade política da organização do Estado de Direito, o grau de violência institucional será maior ou menor⁶³. Em um Estado Democrático de Direito, há de se ter em mente um processo penal de natureza democrática, leia-se, com amplo horizonte defensivo e preservação dos direitos e garantias fundamentais.

O caráter instrumental do devido processo penal, além de ser o meio imprescindível ao exercício do poder de penar - *jus puniendi* - é a limitação desse próprio poder, na medida em que o condiciona a uma série de regras e garantias fundamentais⁶⁴ que salvaguarda o indivíduo e legitima eventual punição estatal, após o devido processo penal⁶⁵.

Nesse cenário, emerge o princípio da obrigatoriedade da ação penal, segundo a qual, uma vez apurada a prática de infração penal, a materialidade e os indícios de autoria, não sendo hipótese de evidente causa de exclusão de antijuridicidade ou extinção de punibilidade, o Ministério Público estará obrigado a oferecer denúncia com vistas à instauração do processo⁶⁶.

Tal princípio decorre não apenas do exercício da pretensão acusatória e do poder punitivo, mas também da necessidade de se ter um processo para a aplicação de eventual pena, notadamente quando se tratar de privação da liberdade. Em última

⁶⁰ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁶¹ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁶² LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁶³ GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016, p. 468. *E-book*. ISBN 9788597008845. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

⁶⁴ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 17. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁶⁵ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 15. *E-book*. ISBN 9786553625051. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁶⁶ MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 109. *E-book*. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 28 jan. 2024.

análise, o devido processo penal é um instrumento de limitação ao abuso do poder e visa evitar arbitrariedades.

Não obstante a isso, quando a questão é observada sob o prisma da barganha e justiça penal negocial, o quadro é outro. Há, aqui, verdadeira mitigação/relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal⁶⁷, porquanto, em determinadas situações, legalmente previstas e reguladas, o Ministério Público poderá deixar de oferecer a denúncia, buscando a aplicação, desde já, de uma pena antecipada - ainda que não privativa - com a concordância do imputado, em nítidos espaços de oportunidade que mitigam a obrigatoriedade da ação, como ocorre no acordo de não persecução penal.

Tal relativização não representa a consagração total do princípio da oportunidade. Muito embora seja um princípio bastante utilizado nos países do *common law* e alguns países de tradição *civil law*⁶⁸, no Brasil, ele só encontra aplicabilidade completa quando se fala em ação penal privada, na qual o ofendido, levando em consideração a sua conveniência, tem a faculdade - e não a obrigação - de oferecer a respectiva queixa-crime/ação penal privada.

Em se tratando de barganha e justiça penal negocial brasileira, a oportunidade não é irrestrita, uma vez que não fica à mercê da mera discricionariedade do órgão acusador. E isso é um cuidado que precisa ser tomado, pois a obrigatoriedade da ação penal é excepcionada dentro do princípio da legalidade, que delimita a atuação dos atores no campo criminal⁶⁹.

Logo, a oportunidade “não colide necessariamente com a imposição de respeito à legalidade, intrínseca ao Estado Democrático de Direito, mas sim relativiza e abre exceções (legalmente reguladas e limitadas) à obrigatoriedade”⁷⁰.

Em outros termos, o princípio da legalidade regula a atividade das partes e, assim sendo, caso o imputado preencha os requisitos legais para a aplicação de algum instituto negocial (transação penal, suspensão condicional do processo ou

⁶⁷ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 18. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁶⁸ REALE JR., Miguel. **Código penal comentado**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 170. *E-book*. ISBN 9786555599510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599510/>. Acesso em: 9 abr. 2024.

⁶⁹ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 43.

⁷⁰ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 49.

acordo de não persecução penal), o Ministério Público terá o dever de oferecê-lo. Trata-se da chamada discricionariedade regrada, poder-dever do órgão ministerial⁷¹, ou, ainda, oportunidade legalmente regulada⁷².

Somente poderia haver a aplicação de pena, mantendo a tradição brasileira, após o devido processo penal, respeitando o princípio da obrigatoriedade da ação penal e o axioma *nulla poena sine iudicio*. No entanto, ao serem criados os espaços negociais, relativizou-se tal princípio, de modo que a aplicação de determinada pena poderá ocorrer sem a necessidade do devido processo penal, desde que com a concordância do imputado.

Em suma, a barganha e a justiça penal negocial foram responsáveis pela mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal, o que não representa, contudo, a recepção total do princípio da oportunidade. A obrigatoriedade da ação penal continua sendo a regra, excepcionada apenas nas hipóteses legalmente previstas.

Nesta linha de ideias, consoante se percebe, o acordo de não persecução penal já rompeu bastante com as estruturas do devido processo legal, ainda que se mantenham alguns de seus postulados, mas certamente o que acordo sobre a sentença, uma vez implementado, eliminará por completo as conquistas civilizatórias e constitucionais que determinam a forma de eventual punição, perdendo-se o caráter instrumental do processo penal brasileiro.

A presunção da inocência, postulado ímpar do devido processo legal e verdadeira norma de tratamento a ser assegurada ao imputado tal como refere Moraes⁷³, é completamente afastada em eventual acordo sobre a sentença, na medida se antecipa a culpabilidade com efeitos sobre a privação da liberdade, gerando o paradoxo da presunção da culpa, muito mais grave do que a possibilidade de cumprimento da pena a partir do 2º Grau, como o Supremo Tribunal Federal já excepcionou em tempos pretéritos.

⁷¹ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023, p. 355. *E-book*. ISBN 9786553626355. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

⁷² VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015, p. 51.

⁷³ ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

Não é assegurado ao imputado esta condição - de inocente - ao longo da própria negociação, ou seja, parte-se da ideia da sua culpabilidade, em nefasta inversão das regras do devido processo penal, fazendo com que – no mais das vezes – eventual negociação sobre a pena seja realizado em completa disparidade de armas, auferindo-se importância demasiada a confissão no universo da complexa questão que envolve todos meios de prova.

O mesmo se diga do contraditório!

Tanto na investigação preliminar - cuja análise constitucionalmente vai exigir de plano sua primeira incidência - quanto no próprio processo é impossível que o contraditório seja exercido em sua máxima potência - tanto no acordo de não persecução penal quanto no acordo sobre a sentença - na medida em que são eliminados os espaços de confronto com os elementos imputados pelo Ministério Público, em privilégio dos espaços de consenso e abdicação de todos os mecanismos do devido processo penal.

Os espaços de informação e reação ficam suprimidos, restando pouco horizonte de deslocamento para que o indiciado/imputado possa exercer a dialética, afetando-se, conseqüentemente, a ampla defesa, na medida em que o sistema probatório não resta tensionado, tornando-se mecanismos a serviço do poder de penar⁷⁴.

Todas estas questões, que não se esgotam nesta investigação dada a sua complexidade, tornam praticamente impossível – para além do acordo de não persecução penal – que seja acrescido ao sistema processual brasileiro o acordo sobre a sentença, sob pena do total rompimento de seus postulados historicamente concebidos.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das reflexões dogmáticas processuais penais estabelecidas em sintonia com as observações de natureza política-criminal, mantendo-se sempre a abertura reflexiva, é possível aduzir que a justiça penal negociada brasileira é uma realidade que, para além da transação penal e da suspensão condicional do processo,

⁷⁴ Tantas outras questões poderiam ser abordadas, tais com a completa disfuncionalidade da jurisdição, pois impossível exercer devidamente a imparcialidade, como também a quebra da igualdade, tendo em vista a (dis)paridade de armas entre as partes processuais.

perfectibilizou-se com o acordo de não persecução penal, instituto este que recebeu influxos do *plea bargaining* norte-americano e o *patteggiamento* italiano.

Sua consolidação já foi suficiente para mexer com as estruturas principiológicas do processo penal, revelando-se como um novo espaço de oportunidade, legalmente regulado, que excepciona o princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Embora o acordo de não persecução penal afaste a possibilidade de aplicação de pena privativa de liberdade, ainda assim, paradoxalmente, é possível concluir que tal instituto representa a ampliação das garras punitivas estatais, tendo em vista a satisfação do poder punitivo em detrimento dos postulados do devido processo penal.

Neste sentido, a sua inserção no sistema processual brasileiro consagrou-se com rapidez, tendo em vista não só o exacerbado número de processos criminais, mas também a grande incidência dos tipos penais - e consequentemente imputações - que potencialmente podem ser inseridas na justiça negocial.

Desta forma, o sistema processual penal brasileiro parece ter chegado no ápice do consenso, na medida em que ampliá-lo para a possibilidade de serem firmados acordos sobre a sentença, gerando privações de liberdades, efeitos condenatórios e registros de antecedentes criminais, significaria uma completa ruptura com toda a estrutura do devido processo legal/penal, restando fulminados, dentre outros, princípios como da obrigatoriedade da ação penal, oportunidade, legalidade, presunção de inocência, bem como o contraditório e a ampla defesa, sem a pretensão de exaurir todas as formas de violações dada a complexidade da matéria e os reflexos sistêmicos processuais que poderiam decorrer.

É certo que o legislador brasileiro sempre pode surpreender, mas mais do que nunca, simplesmente importar institutos outros como o acordo sobre a sentença sem observar os ruídos – ou melhor, rompimentos – no espectro dos direitos e garantias fundamentais, é no mínimo uma atitude legislativa incoerente e desconhecadora da disparidade de armas do processo penal.

Minimizar os instrumentos defensivos dos quais o imputado é capaz de conter o poder punitivo - não raras vezes desenfreado - representa retirar a função instrumental e constitucional do processo penal, com potencial risco para a condenação de inocentes em benefício da lógica economicista e utilitarista, na contramão do processo penal democrático.

REFERÊNCIAS

BORGES, Clara Maria Roman. Um olhar para além dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 104, ano 21, p. 147-171, set.-out. São Paulo, 2013.

BRASIL. **Câmara dos Deputados. Projeto de Lei Federal nº 10.372, de 06 de junho de 2018**. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018, p. 31-32. 2018b. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1666497&filename=PL+10+372/2018. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Decreto-Lei Nº 3.689, de 3 De Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro**. RJ: Presidência da República, 1941. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

BRASIL. **Lei Nº 9.099 de 26 de Setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Brasília**. DF: Presidência da República, 1995. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm. Acesso em: 29 abr. 2024.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ. **Justiça em Números 2023**. Brasília: CNJ, 2023. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2023/09/justica-em-numeros-2023-010923.pdf>. Acesso em: 18 maio 2024.

DE-LORENZI, Felipe da Costa. **Justiça Negociada e fundamentos do direito penal: pressupostos e limites materiais para os acordos sobre a sentença**. São Paulo: Marcial Pons, 2020.

DE-LORENZI, Felipe da Costa; CEOLIN, Guilherme Francisco; BUONICORE, Bruno Tadeu. **As relações de complementaridade entre direito penal, direito processual penal e política criminal**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, v. 13, ed. 1, p. 20-40, abril 2023.

DEVERS, Lindsey. **Research Summary: plea and charge bargaining**. Bureau of Justice Assistance. U.S. Department of Justice, Arlington, jan. 2011. Disponível em: <https://bja.ojp.gov/sites/g/files/xyckuh186/files/media/document/PleaBargainingResearchSummary.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2024.

DURIGON, Luís Gustavo. **Genealogia do Contraditório Processual Penal: dos sistemas jurídico, político e penal à crise na contemporaneidade**. Cruz Alta: Ilustração, 2021.

FRANCO, José Henrique Kaster. **O que a justiça consensual italiana tem a ensinar ao Brasil: patteggiamento e Projeto Moro**. Revista Judiciária do Paraná, Curitiba, ano XV, n. 19, p. 209-242, 2020. Disponível em: https://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Judiciaria_n.19.pdf. Acesso em: 11 mar. 2024.

GIACOMOLLI, Nereu José. **Legalidade, oportunidade e consenso no processo penal na perspectiva das garantias constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. **O Devido Processo Penal**. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 2016. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597008845/>. Acesso em: 19 abr. 2024.

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**. Novos Estudos Jurídicos, Itajaí (SC), v. 20, n. 3, p. 1108–1134, 2015. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/8392>. Acesso em: 19 abr. 2024.

GONTIJO, Maria Letícia Nascimento. **O acordo de não persecução penal com instrumento da justiça negocial penal – análise dos mecanismos de controle à vontade do ministério público**. Orientador: Vinicius Gomes de Vasconcellos. 2021. Dissertação (Mestrado em Direito Constitucional) Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2021. Disponível em: <https://repositorio.idp.edu.br/handle/123456789/3175>. Acesso em: 30 jan. 2024.

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

LOPES JR., Aury. **A crise existencial da justiça negocial e o que (não) aprendemos com o JECRIM**. Boletim Especial Justiça Penal Negocial, ano 29, p. 4-6, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 18 fev. 2024.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553625051/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

_____. **Direito processual penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553626355/>. Acesso em: 18 fev. 2024.

MARCÃO, Renato. **Curso de processo penal**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. ISBN 9786555598872. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598872/>. Acesso em: 28 jan. 2024.

MONTEIRO, Pedro. **O overcharging e o acordo de não persecução penal**. Conjur, 24 outubro de 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-out-24/monteiro-overcharging-acordo-nao-persecucao-penal/>. Acesso em: 5 abr. 2024.

NARDELI, Marcela Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargainig norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP,

Rio de Janeiro, v. 14, nº 1, p. 331-365, 2014, p. 335. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/redp/article/view/14542>. Acesso em: 30 jan. 2024.

REALE JR., Miguel. **Código penal comentado**. São Paulo: SaraivaJur, 2023. E-book. ISBN 9786555599510. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555599510/>. Acesso em: 9 abr. 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; CAPRELLI, Bruna. **Barganha no processo penal italiano: análise crítica do patteggiamento e das alternativas procedimentais na justiça criminal**. Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP. Rio de Janeiro, v. 15, n. 15, p. 435- 453, 2015. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/16880>. Acesso em: 17 fev. 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**. São Paulo: IBCCRIM, 2015.

_____ **Colaboração premiada e negociação na justiça criminal brasileira; acordos para aplicação de sanção penal consentida pelo réu no processo penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 166, ano 28, p. 241-271. São Paulo: Ed. RT, abril 2020.

_____ **Justiça Criminal Negocial e Direito de Defesa: Os acordos no processo penal e seus limites necessários**. Boletim Especial Justiça Penal Negocial, ano 29, p. 7-9, jul. 2021. Disponível em: <https://www.ibccrim.org.br/publicacoes/visualizar-pdf/749/2>. Acesso em: 17 fev. 2024.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de; REIS, Dimas Antônio Gonçalves Fagundes. **Limites à utilização da confissão do imputado realizada como requisito ao acordo de não persecução penal**. Revista de Estudos Criminais, Porto Alegre, v. 20, n. 80, p. 289-306, 2021.

ZANOIDE DE MORAIS, Maurício. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.