

**UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MATO GROSSO
CÂMPUS UNIVERSITÁRIO DE PONTES E LACERDA
FACULDADE DE LINGUAGEM, CIÊNCIAS AGRÁRIAS E SOCIAIS APLICADAS
CURSO DE BACHARELADO EM DIREITO**

LUCAS RODRIGUES CORREA

JUSTIÇA NEGOCIAL E SEUS LIMITES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

PONTES E LACERDA - MT

2022

LUCAS RODRIGUES CORREA

JUSTIÇA NEGOCIAL E SEUS LIMITES NO PROCESSO PENAL BRASILEIRO

Trabalho de conclusão de curso apresentado à
Universidade do Estado do Mato Grosso como
parte dos requisitos para conclusão do curso de
graduação em Direito.

Orientadora: Prof. Esp. Adrielle dos Santos
Bachega

PONTES E LACERDA - MT

2022

FOLHA DE APROVAÇÃO

LUCAS RODRIGUES CORRÊA

Justiça negocial e seus limites no Processo Penal brasileiro

Trabalho de conclusão de curso — TCC — apresentado ao Departamento de Direito, da Universidade do Estado do Mato Grosso, como parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Pontes e Lacerda, ____ de _____ de 2022.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Esp. Adrielle dos Santos Bachega, orientadora.

Prof. Me. Fernando Vechi, avaliador.

Prof. Me. Gean Carlos Balduino Junior, avaliador.

“Pois dele, por ele e para ele são todas as coisas. A ele seja a glória para sempre! Amém.”

Romanos, 11.36.

AGRADECIMENTOS

Nesse momento tão marcante da minha vida, devoto todas as honras e agradecimentos a Deus, pois estou ciente que sem a tua graça, força e misericórdia, eu não conseguiria me levantar todos os dias do meu leito, a fim de buscar um futuro melhor. A Deus todo agradecimento.

À minha querida família, pai, mãe e irmãs. Tudo que sou atualmente, é fonte dos bons ensinamentos que obtive no ambiente familiar, agradeço o apoio em todos esses anos da faculdade, sem vocês, eu estaria fadado ao insucesso.

Gratidão a minha orientadora, Adrielle, pessoa que tanto me ensina. Se atualmente concluo este trabalho, não tenho dúvidas que seu apoio foi basilar para a efetivação dessa pesquisa. Além disso, sou muito grato por fazer parte do seu escritório de advocacia, isso merece ficar registrado aqui.

Meus amigos da faculdade: Rayssa, Larissa e Thiago, um grupo que tanto me admira, pois o conhecimento paira sobre vocês. Obrigado pelo apoio, a faculdade ficou mais prazerosa tendo vocês como parceiros (as).

Aos amigos próximos, Cleiton e Eliel, gratidão pelas discussões, pelas risadas e lazer.

Ao meu grupo de amigos derivado da igreja: Bruna, Gabriela, Juliana e Welida, gratidão pelos momentos felizes, vocês possuem parte nisso.

À minha amiga Bruna Lima, pessoa que o ensino médio me deu. Ela sempre me encorajou e acreditou no meu sonho de cursar essa faculdade, gratidão.

Aos professores da banca examinadora, por aceitarem essa nobre labuta. Eu os escolhi por que os admiro.

À UNEMAT de Pontes e Lacerda, e todo corpo de docentes, ao qual possuo toda minha admiração. Que a instituição continue proporcionando um ensino superior de qualidade, assim como sempre fez.

A todos que contribuíram de alguma forma nessa minha caminhada, Obrigado!

RESUMO

O estudo objetivou realizar uma abordagem analítica sobre a justiça negocial no processo penal brasileiro, trazendo o contexto histórico do seu surgimento e o momento em que foi descoberto o instituto da negociação. Logo, a discussão principiológica concernente à justiça negocial foi essencial para o entendimento do trabalho como um todo, dado que a problemática se inicia com a flexibilização desses princípios fundamentais. Além disso, o presente estudo incluiu os principais modelos negociais existentes no atual ordenamento jurídico, apontou as peculiaridades de cada um, e explicou os seus requisitos para o usufruto. Todos descritos sobre o olhar crítico da matéria. Contudo, em que pese às medidas parecerem benéficas ao sistema penal, elas possuem as suas máculas, que resumem às seguintes indagações; quais são os limites da negociação no processo penal? É possível haver uma pena sem o devido processo legal? Sabendo que o processo penal é a ferramenta necessária para alcançar uma conclusão sobre determinada evidência delitiva, e sendo ele garantido pela Constituição Federal, não é razoável que haja a sua troca pela barganha. Nestes termos, ao fazer a análise comparativa com o *plea bargaining* e os principais problemas existentes nos EUA em razão do instituto negocial, o trabalho de conclusão trouxe uma resposta crítica sobre as problemáticas elencadas acima, concluindo sobre a necessidade do processo para o bom trâmite da justiça e estabelecendo os direitos fundamentais como o limite da sua aplicação.

Palavras chaves: justiça negocial; acordo; *Plea bargaining*; limites da negociação.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	8
2 A ORIGEM DO INSTITUTO	10
3 DA ANÁLISE PRINCIPOLÓGICA	14
4 DOS INSTITUTOS EXISTENTES NO BRASIL	18
4.1 TRANSAÇÃO PENAL	18
4.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO	19
4.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS SUAS PARTICULARIDADES	21
4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA	24
5 <i>PLEA BARGAINING</i> E AS CRÍTICAS AO SEU LIMITE	28
6 CONCLUSÃO	34
REFERÊNCIAS	35

1 INTRODUÇÃO

A justiça negocial não é um instituto novo em nosso ordenamento jurídico, pois, desde 1995, com advento da lei nº 9.099, já se identificam alguns institutos de negociação no processo penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

No entanto, ganhou notoriedade com a entrada em vigor da lei nº 13.964/2019, que trouxe o acordo de não persecução penal como algo novo para o processo penal.

A pesquisa acadêmica buscará analisar os limites da justiça negocial aplicada no direito Processual Penal brasileiro. Vale ressaltar que o instituto da negociação não surge no ordenamento jurídico brasileiro, é algo importado especificamente do direito norte-americano, onde é denominado como *plea bargaining*.

Além disso, será abordado o contexto histórico da justiça negocial, fazendo o apontamento do momento em que surgiu o instituto e destacando os principais institutos de justiça negocial já existentes no ordenamento jurídico brasileiro, os quais são (i) transação penal; (ii) suspensão condicional do processo; (iii) acordo de não persecução penal; (iv) colaboração premiada.

Portanto, o problema nuclear do trabalho surge a partir das seguintes indagações. Quais são os limites da negociação no processo penal brasileiro? É possível haver uma pena sem o devido processo legal? Sabendo que o processo penal é a ferramenta necessária para alcançar uma conclusão sobre determinada evidência delitiva, e sendo ele garantido pela Constituição Federal, até que ponto deverá ir a barganha?

Além do mais, a justiça negocial, por ser algo sensível no processo penal, deverá ser analisada com muita cautela, afinal, quando se envolvem garantias constitucionais, resultados de muitos anos de luta para aquisição, não se deve barganhar. Isto é, não se deve trocar por quaisquer circunstâncias que suprimem os direitos inerentes ao acusado sob o argumento de evitar um “mal maior”.

Ademais, o trabalho trará os principais pontos do *plea bargaining* e as circunstâncias negativas existentes no ordenamento jurídico norte-americano por consequência do instituto.

Por fim, será apresentada uma análise comparativa do instituto norte-americano com os institutos negociais existentes no ordenamento jurídico brasileiro, tensionando os possíveis resultados dessa implementação.

Nesses termos, ao fazer a análise comparativa do instituto norte-americano com os existentes no Brasil, o presente trabalho buscará uma resposta crítica sobre as indagações

problemáticas elencadas acima, para, ao final, concluir sobre os limites da aplicação negocial no processo penal.

2 A ORIGEM DO INSTITUTO

O ato de negociar está presente com o ser humano o tempo todo e, sem precisar se aprofundar em bibliografias complexas, citamos aqui o simples convívio do ser com o outro, como fonte de prova, pois sempre buscamos trocas, favores, ou bens, entre outras coisas que nos agradam. Diante disso, a negociação sempre fez parte da sociedade, e, conseqüentemente, do Direito. Com isso, segundo o dicionário Michaelis¹, a negociação é um acordo/conversa que decorre entre duas partes, a fim de chegar-se a um trato.

No Direito Processual Penal, para alguns autores as negociações podem ser denominadas de medidas despenalizadoras. Além do mais, dentro do gênero de negociação, ainda podemos encontrar a espécie que se denomina como barganha, que, segundo o Michaelis² é uma troca de favores, vantagens ou privilégios.

De forma técnica, a barganha é conceituada como uma possibilidade de antecipar o poder punitivo do Estado, por intermédio do reconhecimento de culpabilidade — confissão — do acusado, em troca de uma redução de sua punição³.

Para outros, a barganha é considerada como um processo social interativo, em que as partes contribuem e interferem não somente na proposta, mas sobre os motivos e fundamentos de cada uma⁴.

Por fim, pode-se conceituar como uma aceitação de ambas as partes — acusação e defesa — a uma colaboração processual, através da confissão, que em regra impõe-se uma sanção penal antecipada, a fim de suprir alguma fase do procedimento Processual⁵.

Portanto, com o incremento dessas possibilidades de negociação na seara penal, dá-se o nome de justiça negociada, ou no mesmo significado, justiça negocial no Processo Penal.

Diante do conceito, é importante mencionar que há inúmeros fatores que levaram ao surgimento da negociação no Processo Penal brasileiro. O que se destaca é a forte influência do direito internacional, mais especificamente o Norte-americano. Além disso, a aceleração procedimental, em razão do debate sobre a morosidade do poder judiciário, que resulta em

¹ MICHAELIS, 22 de ago. 2022, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br>.: Acesso em 22 de ago. 2022

² MICHAELIS, 22 de ago. 2022, disponível em: <https://michaelis.uol.com.br>.: Acesso em 22 de ago. 2022

³ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Barganha. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

⁴ BORGES, Leonardo Gonçalves Santana. **Advocacia criminal negocial: a consensualidade e a resolução de conflitos penais**. 2021. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2021.

⁵ BORGES, 2021.

aumento de criminalidade e sensação de impunidade, foram as consequências que levaram à dilatação da justiça consensual⁶.

Ademais, como mencionado acima, a negociação penal não se origina em nosso ordenamento jurídico, em grande parte, a influência deriva do direito norte-americano, que é marcado fortemente pela barganha penal. Lá se denomina *plea bargaining*, isto é, nas palavras de Albert Alschuler, a troca de concessões oficiais pela autoincriminação do indivíduo⁷.

Resta entender em que momento surgiu a ideia da implementação de um modelo de negociação no Processo Penal. O modelo originário que inspirou o ordenamento jurídico e que será discorrido no trabalho científico se originou nos ordenamentos jurídicos da América do Norte e Reino Unido.

Na obra “Bases e fundamentos da justiça penal negociada” é possível identificar toda a linha do tempo em que a negociação foi reconhecida institucionalmente no Direito Americano, e como de fato surgiram as possibilidades de redução de pena pela confissão da culpa. Apesar de ser uma prática comum àquela época, as primeiras propostas ocorreram em 1692 no famoso julgamento das Bruxas de Salém, um marco conhecido como o movimento de caça às Bruxas, na cidade de Massachusetts, nos Estados Unidos⁸.

Desse modo, por se tratar de uma era colonial, as acusadas recebiam proposta de confessar e entregar as outras bruxas, podendo assim serem detidas em cárcere, ao invés de submetidas às penas de morte, entretanto, os acordos aconteciam de modo eventual, visto que, não havia um procedimento legal que regulava o seu funcionamento. Ademais, ainda que as acusadas aceitassem a proposta ofertada pelos “inquisidores” não havia garantia de que o acordado seria cumprido⁹.

Assim, surgiram os primeiros registros da negociação em um julgamento.

Posto isso, é importante consignar que a justiça negocial tem como fonte os ordenamentos jurídicos anglo-saxã, denominados de *common law*, que em termos breves significa “direito comum”, tendo como norte decisões judiciais baseadas nos costumes da sociedade, e que em regra possuem efeitos vinculantes. Diante disso, o trâmite processual não

⁶ VASCONCELLOS, 2017.

⁷ Souza, Marlton. **Plea bargaining no brasil**. 3ª ed. São Paulo: 2021 p.100.

⁸ RIBEIRO, Sarah Gonçalves; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, p. 835-872, 2020. p. 14.

⁹ WALLENFELDT, Jeff. Salem witch trials: american story. **Encyclopedia Britannica**, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Salem-witch-trials>. Acesso em: 13 set. 2022.

ficava necessariamente na adstrição da norma jurídica, mas, dava-se a oportunidade ao julgador para analisar os fatos e atrelar ao direito ou julgamento merecido¹⁰.

As negociações surgiam nessa vereda, visto que os problemas eram solucionados através de uma análise real dos fatos, cada qual com sua peculiaridade, ao qual o juízo não se vinculava apenas à norma jurídica. Todavia, embora fosse a prática habitual negociar com o acusado no *common law*, as negociações aconteciam sem a devida regulamentação oficial. Com isso, o juiz ficava responsável em conceder ou não a redução da pena, ou a circunstância negociada¹¹.

E assim, foi se consolidando a justiça negocial no direito americano que em grande parte já tinha uma influência pelos seus colonizadores, os britânicos, os quais também utilizavam as práticas de negociação no âmbito penal. No entanto, no Reino Unido, pesquisadores afirmam que é difícil determinar a origem exata e se o acusado obtinha algum benefício ao confessar o crime, ao invés de afirmar a inocência¹².

Todavia, a justiça negocial não ficou restrita apenas aos sistemas do *common law*, aliás, influenciou modelos distintos, como o *civil law*, derivado do direito romano-germânico, ao qual é bem definido no trabalho de Samara Rodrigues Andrade:

Civil Law – direito objetivo – é calcado no positivismo, que se exterioriza por meio de uma sistematização normativa (codificação) abstrata e generalizada, encabeçada por um processo legislativo, objetivando a regulamentação de casos a partir de uma projeção de sua aplicabilidade e alcance. Assim, ao contrário do *common law*, parte-se de um molde legal pré-concebido para o uso em casos futuros e não de um caso concreto para a posterior sedimentação de um entendimento paradigma¹³.

Posto isso, o sistema contemporâneo e adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, tende a ser considerado como o *civil law*. O fator principal dessa adoção de sistema é a influência da colonização portuguesa, visto que, o Brasil ao ser “povoado” pelos portugueses herdou para si as tradições jurídicas. Contudo, não há como negar a influência do direito

¹⁰ RODRIGUES, Samara Andrade. **Justiça criminal negocial: abordagem do instituto do acordo de não persecução penal sob a óptica principiológica do devido processo legal e de sua legalização pela lei nº 13.964/19**. 2021. 95 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/59004/1/2021_tcc_sarodrigues.pdf. Acesso em: 11 nov. 2022. p. 27.

¹¹ AMARAL, Cláudio do Prado (coord.). **Bases e fundamentos da justiça penal negociada**. São Paulo: USP, 2019. *E-book*.

¹² RODRIGUES, 2021, p. 29.

¹³ RODRIGUES, 2021, p. 29.

norte-americano, pois é evidente a adequação de usos e costumes internos, e a instalação de institutos inéditos ao nosso ordenamento jurídico¹⁴.

No ordenamento jurídico brasileiro a influência norte-americana é lógica e visível. Pois a justiça negocial ganhou notoriedade com a entrada em vigor da lei nº 13.964/2019 – pacote anticrime - que trouxe o acordo de não persecução penal como algo novo. Contudo, não é recente essa possibilidade de negociação entre o acusado e o acusador, pois desde 1995, com advento da lei nº 9.099, já se identificam alguns institutos de negociação no processo penal, como a transação penal e a suspensão condicional do processo, que para alguns autores são denominados também como medidas despenalizadoras.

Entretanto, como já apontado, o ato de negociar, e principalmente o modelo de barganha, é importado especificamente do Direito Norte-Americano, pois o recente instituto previsto na lei n. 13.964/2019, o acordo de não persecução penal, é prova de uma reprodução autêntica do modelo existente nos Estados Unidos, o *plea bargaining*.

Dessa forma, todas as colocações e pesquisas mostram que a negociação no Processo Penal é realidade, sejam nos países que aplicam o *civil law* seja em países do *common law*, conclui-se que a justiça negociada tende a se consolidar ainda mais nos ordenamentos jurídicos, tendo em vista todas as discussões e influências existentes ¹⁵.

¹⁴ DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Herminio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

¹⁵ BORGES, 2021.

3 DA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA

A doutrina moderna brasileira e os novos pesquisadores buscam tecer críticas a respeito do tema em discussão, afinal, é possível imaginar uma linha tênue entre aceitar ou não a justiça penal negocial no Brasil, em que pese já instalada. A bem da verdade, um dos temas mais discutidos, seja em jornais, estudos ou revistas jurídicas, é sobre o equilíbrio entre o garantismo individual e a efetividade da justiça, e quais os limites dessa ponderação¹⁶.

Até que ponto poderá um princípio se sobressair ao outro, e quais os juízos fundamentais que alicerçam o debate entre aceitação ou não da justiça negocial.

Luís Roberto Barroso, em sua obra “ Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora”, conceitua os princípios como normas que espelham a ideologia da constituição, ou normas eleitas pelo constituinte como fundamentos ou qualificações essenciais ao ordenamento jurídico que institui¹⁷. Desta feita, o debate principiológico é necessário para entender algumas questões críticas, visto que alguns princípios do processo penal estão diretamente ligados ao núcleo do trabalho e à justiça negocial.

Inicialmente, Aury Lopes Jr. em sua obra Direito Processual Penal demonstra que o processo penal é indispensável para chegar a uma punição, isto é, para que o Estado exerça o seu poder de punir, ele deverá observar as regras do jogo, denomina-se então o princípio da necessidade, uma vez que o processo penal é a ferramenta necessária para se chegar a uma determinada conclusão — seja ela condenatória ou absolutória.

Lopes Jr. ainda destaca que o princípio da necessidade marca o primeiro ponto de rompimento entre o processo penal com o processo civil, e evidencia que em nenhum caso é possível haver a aplicação de uma pena com o fim de solucionar um conflito mediante a via extraprocessual. Contudo, em razão da justiça negocial, tal princípio vem sendo relativizado, pois ao aceitar um acordo proposto pelo Ministério Público, automaticamente se "abre mão" da necessidade processual.

Nesse sentido, é possível dizer que se admite a aplicação de uma pena — que não era possível sem um processo — sem um prévio processo penal, ou pelo menos sem integralidade no ato instrutório. Desse modo, é necessário fazer o ato da reflexão e estar tecnicamente

¹⁶ BORGES, 2021

¹⁷ BARROSO. Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 147.

preparado para a relativização do princípio da necessidade, sopesando a ampliação da justiça negocial, a fim de que as garantias individuais e processuais não sejam atingidas¹⁸.

Ademais, é importante analisar o processo — enquanto ferramenta — como uma garantia imprescindível para a observância dos direitos fundamentais instituída na Constituição. Para Nucci¹⁹, o processo tem uma função peculiar, em que pode ser utilizado para amparar o indivíduo que é acusado pelo Estado, no sentido de fazer com que aquele tenha o direito de gozar das prerrogativas benéficas.

Fato é que o processo penal possui várias faces, utilidades e conceitos. A bem da verdade, não é excêntrico aduzir que o processo penal é visto como uma carga negativa, em que não poucas vezes é intitulado como sinônimo de sentença penal condenatória. Alexandre Morais da Rosa, em sua obra “A teoria dos jogos aplicados ao processo penal”, traz essa problematização e denomina como algo abusivo e ingênuo, pois não se deve apontar o processo penal como um procedimento estatal que tem o fim de restringir direitos do agente, mas como uma garantia da ampliação da tutela de vida, liberdade e garantismo²⁰, sendo assim, o direito de ação, ou, de ter um devido processo, nunca deveria ser visto como uma mácula²¹.

Nesses termos, a defesa sobre a necessidade do processo enquanto princípio é vasta. Ainda, é importante ressaltar que todo o debate se inicia em virtude do exposto na Constituição Federal, no artigo 5º inciso LIV, onde afirma que ninguém será penalizado sem o devido processo legal. Diante disso, a justiça negocial se entrelaça em toda essa discussão, uma vez que, a depender da situação, o processo passa a não ser mais necessário em caso de aceitação do acordo.

Além do mais, Nestor Távora²² traz outra hipótese de mitigação principiológica no processo penal em virtude da negociação, o qual é denominado de princípio da obrigatoriedade — legalidade processual. Sabe-se que de regra as ações penais públicas que possuem todos os requisitos legais devem ser patrocinadas obrigatoriamente pelo Ministério Público. Contudo, Távora aduz que a lei n. 9.099/1995 trouxe a possibilidade de mitigar a obrigatoriedade da ação penal em alguns casos, isto é, se a infração penal for de menor potencial ofensivo, com base no artigo 76 da lei dos juizados, poderá o Ministério Público

¹⁸ LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

¹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 144.

²⁰ MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Empório do direito, 2015. p. 61.

²¹ LOPES JR., 2021.

²² TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rodrigues Rosmar. **Curso de Processo penal**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 258.

propor a transação penal, substituindo-se o embate formal em juízo pela composição entre as partes.

Claudio Amaral do Prado relembra em sua pesquisa²³ que o princípio da obrigatoriedade foi quase absoluto antes da Constituição Federal de 1988, e destaca que graças à previsão legal disposta em seu artigo 98 inciso I, onde prevê inicialmente a transação, foi possível flexibilizar o referido princípio.

De forma pedagógica Lopes Jr. destaca algumas críticas dessa mitigação:

A relativização do princípio da obrigatoriedade, que inicia em 1995 com a Lei n. 9.099 e os institutos do JECrim, e se amplia com a Lei n. 12.850/2013 e a possibilidade de perdão judicial e demais institutos aplicáveis à delação premiada, e agora novamente é enfraquecida (e também a indisponibilidade) com o acordo de não persecução penal inserido no CPP pela reforma de 2019/2020.²⁴

Embora não citado de forma direta, é possível concluir que a relativização do princípio da obrigatoriedade é consequência da justiça negocial, que vem sendo aplicada no ordenamento jurídico brasileiro desde 1995 e se concretiza ainda mais após 2011 com a possibilidade do “acordo de leniência” trazido pela lei 12.529/2011 — lei de infração à ordem econômica — e com a delação premiada na lei 12.850/2013, até a entrada em vigor do Pacote Anticrime.

Diante disso, é evidente que o instituto da justiça negocial trouxe uma discussão principiológica para o direito processual penal, afinal, o debate sobre o limite da sua aplicação é necessário, e, em várias vezes, não se identifica uma resposta clara. Contudo, sabe-se que os princípios de regra não são absolutos, e a prova disso é o dissertado acima.

Dessa forma, para aplicar o instituto da justiça negocial a um agente, é indispensável que ele perceba a relativização dos princípios da necessidade e obrigatoriedade, por parte do Ministério Público, que segundo o Código de Processo Penal em seu artigo 42 não poderá dispor da ação.

Para mais, as mitigações dos princípios são as causas nucleares para as discussões sobre as garantias, afinal, as normas de fundamentos são essenciais para garantir equilíbrio no ordenamento jurídico, desta feita, a relativização em razão das negociações abrem inúmeras possibilidades que podem ser negativas — a ponto de ferir o devido processo legal — ou

²³ AMARAL, 2019, p. 11.

²⁴ LOPES JR., 2021, p. 321.

positivas, de forma que o tamanho apego pelo formalismo seja uma das consequências do “entulhamento” da justiça penal no país²⁵.

Diante da discussão principiológica, cabe ainda mencionar os métodos negociais responsáveis por essa relativização dos princípios, assim, de forma breve e pedagógica o próximo capítulo trará os principais institutos da justiça negocial existentes em nosso ordenamento jurídico.

²⁵ AMARAL, 2019, p. 11.

4 DOS INSTITUTOS EXISTENTES NO BRASIL

Para compreender o trabalho como um todo, é importante traçar as características, requisitos e conceitos de cada instituto negocial, analisar cirurgicamente as espécies, a fim de que os limites de aplicação estejam claros, e a problemática do trabalho seja compreendida plenamente.

Em que pese haver inúmeras críticas doutrinárias, os modelos que serão descritos são constitucionais, mesmo que, para alguns, sejam modelos que possuem várias degenerações e o funcionamento prático esteja muito aquém do satisfatório²⁶, ainda assim são considerados como válidos e vigentes.

Dessa forma, atualmente, a justiça negocial é dotada por vários institutos, a ampliação ocorreu com o passar do tempo e com aprovações legislativas das mais variadas espécies, diante disso, como já sustentado no trabalho, as primeiras hipóteses surgiram em 1995 através das medidas despenalizadoras, conhecidas como transação penal — apesar de exposta na constituição de 1988 — e suspensão condicional do processo, assim, vejamos:

4.1 TRANSAÇÃO PENAL

A lei dos juizados especiais — lei nº 9099/1995 — representou uma inovação no ordenamento jurídico brasileiro, pois rompeu a estrutura convencional dos procedimentos existentes até então, afinal, trouxe uma possibilidade de solucionar conflitos mediante institutos despenalizadores e descarcerizadores, portanto, iniciou o espaço negocial no processo penal brasileiro²⁷.

Nessa perspectiva, após a autorização do artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, a lei nº 9099/95 regularizou o instituto da transação penal, que cuida de medida pré-processual, onde, visivelmente, se relativa o princípio da obrigatoriedade, uma vez que oferecida a proposta ao acusado o Ministério Público, ao estabelecer os requisitos do acordo e, vindo o acordante a aceitar, não oferecerá a denúncia²⁸.

Assim, cumpridos os requisitos legais do artigo 76 da lei n. 9.099/95, os quais são: o crime ser de menor potencial ofensivo, isto é, não ultrapassar a pena máxima de dois anos; não haver sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de

²⁶ LOPES JR., 2021, p. 1132.

²⁷ LOPES JR., 2021, p. 1125.

²⁸ RODRIGUES, 2021 p. 24.

liberdade, ou seja, não poderá ser o imputado reincidente²⁹; não pode o agente ter sido beneficiado anteriormente no prazo de cinco anos; por fim, o agente deve ter uma conduta social ilibada, não possuir antecedentes criminais, e ter uma personalidade socialmente positiva.

Sobre o último quesito, Aury Lopes Jr. nomeia como “o requisito de maior problemática” de forma que é intangível essa análise, dado que, mensurar conduta social e personalidade do agente são critérios abertos e indeterminados³⁰.

Fato é que, o agente deverá cumprir o exigido pela norma — os requisitos objetivos e subjetivos —, para que o Ministério Público possa ofertar o acordo. Noutra dimensão, é importante ressaltar que a transação penal não se confunde com as negociações que exigem a confissão do acordante, ou seja, como *plea bargaining*, — que será abordado à frente — em que necessariamente deve haver o reconhecimento de culpa³¹.

Dessa forma, aceita a proposta pelo acusado, seus termos devem ser encaminhados ao juiz competente, para que haja a homologação do acordo. Caso haja um possível desacordo entre as partes após a decisão homologatória, caberá apelação nos termos do artigo 76, §5º, da Lei 9099/95.

Por fim, é válido destacar que caso o acordo seja descumprido antes do seu efetivo cumprimento, o Ministério Público poderá dar continuidade na ação penal, com o oferecimento da denúncia, conforme a Súmula Vinculante n. 35.

Percebe-se, então, que há mitigação do princípio da obrigatoriedade, a fim de que o indivíduo, após celebrar o acordo, cumpra uma determinada imposição sem uma sentença condenatória, isso porque a transação traz em sua companhia uma sanção, seja ela restritiva de direito ou uma pena de multa³².

4.2 SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO

Exposta no artigo 89 da lei n. 9099/95, a suspensão condicional entra como o segundo instituto negocial trazido pela lei dos Juizados especiais. A suspensão traz alguns

²⁹ Aury Lopez Jr. (2021, p. 1125) faz uma crítica severa a tal requisito, em que comenta a seguinte posição em sua obra: “Tratou o legislador de vetar a transação penal para o imputado reincidente, incidindo assim – infelizmente – no já consagrado *bis in idem* punitivo que reforça o estigma. Não impede quando a condenação anterior for por contravenção penal e, tampouco, diferenciou o legislador se o crime anterior é doloso ou culposos, nos parecendo claramente desproporcional o impedimento de transação penal quando a condenação anterior decorrer da prática de delito culposos.”

³⁰ LOPES JR., 2021 p. 1130.

³¹ BORGES, 2021. p. 35.

³² BORGES, 2021 p. 45.

requisitos próprios de aplicação, embora seu funcionamento prático se assemelhe com a transação penal³³. Contudo, é razoável destacar que o instituto possui algumas caracterizações próprias. Ademais, assim como a transação penal, a suspensão condicional do processo não pode ser confundida com o *plea bargaining*, uma vez que não exige a confissão do acusado para o oferecimento do acordo.

Nos crimes em que a pena mínima não ultrapassar um ano, o titular da ação penal poderá suspender o processo por dois a quatro anos, desde que o suposto acusado não esteja sendo processado, ou não tenha sido condenado em outra ação penal. Ressaltamos, ainda, que o acordo abrange crimes além daquele de competência da lei n. 9099/95.

Os requisitos exigidos pela lei estão dispostos no artigo 89, § 1, que se resumem a reparar dano causado; proibição de frequentar determinados lugares decididos pelo juízo; proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juízo; comparecimento periódico obrigatório em juízo, para informar e justificar as atividades que pratica, e mais os requisitos dispostos no artigo 77 do código penal.

Para mais, fazendo uma análise de cada caso, o juízo determinará outras condições, a fim de que haja o cumprimento da suspensão nos termos legais. Se o acusado não aceitar as condições, o processo seguirá o rito competente, definido no artigo 76 em diante.

É válido destacar, há distinção entre a suspensão condicional do processo e a suspensão condicional da pena, pois na última existe uma sentença penal condenatória, ao qual ficará sobrestada apenas a execução da pena privativa de liberdade, já na primeira, o processo ficará suspenso pelo tempo determinado, assim, inexistindo uma sentença penal condenatória³⁴.

Na visão de Aury Lopes Jr. o presente instituto é mais um método de mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal — assim como já discorrido no tópico da transação penal — pois, na visão tradicional, não poderia o Ministério Público desistir, transigir, ou mesmo acordar determinado trâmite, contudo, é evidente que a relativização de tal princípio é o resultado de um sopesamento principiológico, afinal, sabe-se na visão de Robert Alexy da possibilidade de flexibilização de um princípio para com outro, a depender da norma e do caso concreto³⁵.

³³ BORGES, 2021, p. 45.

³⁴ LOPES JR., 2021, p. 1133.

³⁵ AMORIM, Letícia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. *Esboço e Críticas*, v. 42, n. 165, 2005.

Diante disso, a mitigação consagra um novo princípio, o qual é denominado de *discrecionalidade regrada*, e estará sempre sendo dosado pelo poder jurisdicional³⁶. Por fim, é válido aduzir que presentes os requisitos legais, o Ministério Público deve propor o acordo, mesmo a legislação utilizando o termo “poderá propor”, Lopes Jr. em seu entendimento, leciona:

Ainda que o dispositivo legal mencione que o Ministério Público “poderá propor”, isso não significa que seja uma faculdade do acusador. Como categoricamente afirma GIACOMOLLI, presentes os pressupostos legais, a previsão abstrata se converte numa obrigatoriedade. E, ainda que presentes os requisitos legais, o acusador está obrigado a negociar a suspensão condicional do processo, devendo, nas infrações de médio potencial ofensivo, motivar sua negativa. Não é, assim, disponível para o Ministério Público e tampouco pode transformar -se em instrumento de arbítrio³⁷

Diante da crítica esboçada, fica evidente que mesmo havendo alguns posicionamentos contrários, tal negociação se torna um direito do acusado, ainda que se questionem os limites de sua aplicação, ou a mitigação do princípio ora discutido.

Fato é que a adoção progressiva desses métodos consensuais no âmbito penal ocasionou grandes discussões, a ponto de criar uma gama de cenários controversos e polêmicos, pois é lúcido que a reinterpretação decorrente dos princípios do processo penal ocasionou todo o debate em tela³⁸.

4.3 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AS SUAS PARTICULARIDADES

Em 2019 foi trazido pela lei 13.964/2019 mais um instituto negocial que possui algumas peculiaridades e se aproxima fielmente do existente nos Estados Unidos, conhecido como *plea bargaining*.

A inovação consensual foi acrescida no artigo 28-A do Código de Processo Penal e exige:

Art. 28-A. Não sendo caso de arquivamento e tendo o investigado confessado formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça e com pena mínima inferior a 4 (quatro) anos, o Ministério Público poderá propor acordo de não persecução penal, desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, mediante as seguintes condições ajustadas cumulativa e alternativamente:³⁹

³⁶ LOPES JR., 2021 p. 1134.

³⁷ LOPES JR., 2021 p. 1134.

³⁸ RODRIGUES, 2021 p. 15.

³⁹ BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 16 maio 2022.

Embora sendo mais visualizado a partir do seu ingresso no Código de Processo Penal, o acordo de não persecução penal já figurava na resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº 181, de 7 de agosto de 2017, outrora, a juízo do professor Lopes, Jr. ser inconstitucional àquela época, contudo, agora ingressa de forma regular no ordenamento jurídico brasileiro sob ordem de alguns requisitos⁴⁰.

Dessa forma, conforme o artigo citado, a pretensão que não for causa de arquivamento; havendo confissão do acusado, tratando-se de crime com pena mínima inferior a 4 anos, praticado sem violência e grave ameaça, e tendo o acordo condições suficientes para a reprovação e prevenção do crime, deverá ser ofertado acordo de não persecução penal ao agente alvo da denúncia.

Ademais, assim como na suspensão condicional do processo, Lopes Jr. entende que preenchidos os requisitos legais, o Ministério Público deve ofertar, uma vez que se trata de direito público subjetivo do imputado, entretanto, há divergências de entendimentos sobre a situação apontada.

Quanto à natureza jurídica do acordo, Borges cita um conceito trazido por Gustavo Badaró, em que classifica o acordo de não persecução penal como um mecanismo de justiça penal negocial consensual, com finalidade de resolver lides penais de forma mais breve, pois, pela lógica, aceitando os requisitos impostos pelo acordo, não será necessário o implante da persecução penal⁴¹.

Assim como qualquer medida que dispense a necessidade do processo, aqui a análise deve ser maior. Como transcrito acima, para que o acordo se inicie é necessário que o agente confesse o delito, entretanto, aqui deixo a minha indignação, e acompanho o posicionamento de Dargél e Corsetti⁴², qual é a necessidade de tal exigência para uma medida despenalizadora/acordo, até que ponto deve ir o limite dessa confissão? Vale lembrar que os requisitos do acordo de não persecução penal possuem semelhanças com os da transação penal e a suspensão condicional do processo, que são de fato medidas despenalizadoras, portanto, não há uma exigência que se assemelhe a método de obtenção de prova.

É difícil compreender qual lógica utilizada para o sustento desse requisito, um pouco intimidador, sobre isso, Aury traz uma reflexão plausível:

⁴⁰ LOPES JR., 2021, p. 284.

⁴¹ BORGES, 2021, p. 75.

⁴² DARGÉL, Alexandre Ayub; CORSETTI, Christian. A exigência da confissão no ANPP e a desvantagem do inocente. *Conjur*, [S. l.], 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/opinioao-exigencia-confissao-anpp-desvantagem-inocente>. Acesso em: 27 out. 2022.

Questão tormentosa é a exigência de confissão para realização do acordo, na medida em que poderá gerar diversos reflexos para além daquele processo. O primeiro problema que surge é o valor dessa confissão em caso de rescisão do acordo. Nos parece evidente que não poderá ser utilizada contra o réu, devendo ser desentranhada e proibida de ser valorada. Contudo, não se desconhece ou desconsidera o imenso problema que isso gera na formação do convencimento do julgador, na medida em que uma vez conhecida a confissão, será muito difícil que o juiz efetivamente a desconsidere (não existe “delete” mental) e venha a absolver o imputado, mesmo que o contexto probatório seja fraco⁴³.

O fato de ser algo novo encaminha as reflexões para os mares da dúvida, porque não se sabe como se procederá caso o acordo não venha ser cumprido, nessa dimensão, o que fazer com a confissão obtida? Poderá ter efeitos para além daquele processo? De uma coisa se sabe, a lei não estabelece limites de efeitos para o possível risco⁴⁴.

Aury ainda defende a necessidade de existir um *dobble juez*, isto é, um juízo duplo, assim como apresentado pela lei 13.964/19, que se denomina juiz das garantias, um responsável pela fase pré-processual, outro pela instrução. Assim, imagina-se que o juízo responsável pela homologação do acordo não seria o instrutor da ação, em caso de descumprimento, subentende-se, que este não estaria “contaminado” em virtude do conhecimento da confissão.

Dito isso, é complexo compreender o verdadeiro sentido da exigência desse requisito peculiar, e qual seu limite. Vale trazer que, além da problemática já discutida, existe, ainda, o princípio do *nemo tenetur se detegere*, que para muitos doutrinadores é confrontado em razão da exigência da confissão. Ainda, lembremos o que o pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, 2 , “g”, garante o “direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;”.

A bem da verdade, em algum momento, pesquisadores confrontaram a constitucionalidade de tal instituto negocial e, se de fato a sua recepção no ordenamento jurídico gerava certa harmonia com o sistema atual. Contudo, a problemática do presente estudo não é necessariamente a sua legitimidade no ordenamento brasileiro, e sim compreender os limites de sua aplicação.

Dessa forma, seguimos para o próximo instituto, a fim de abordarmos mais um importante modelo no ordenamento jurídico. É importante destacar que não se tem a intenção de exaurir os temas aqui descritos, afinal, a principal ideia é mostrar a existência de cada um, para que entendamos a principal questão da pesquisa, o limite.

⁴³ LOPES JR., 2021, p. 287.

⁴⁴ LOPES JR., 2021, p. 287.

4.4 COLABORAÇÃO PREMIADA

O conceito do instituto é tranquilamente encontrado no artigo 3º-A da lei nº 12.850/2013: “O acordo de colaboração premiada é negócio jurídico processual e meio de obtenção de prova, que pressupõe utilidade e interesse público”⁴⁵. A legislação citada traz uma seção específica do instituto, que descreve com mais cuidado como deverá proceder a negociação e quais as circunstâncias concretizadoras, embora Aury Lopes aduz “É evidente que a Lei n. 12.850/2013 não tem suficiência regradora e estamos longe de uma definição clara e precisa acerca dos limites negociais”.⁴⁶ Assim, como no tópico anterior, a colaboração possui algumas lacunas problemáticas, que consequentemente devem ser destacadas, a bem do trabalho.

De forma técnica, Vinicius Gomes de Vasconcellos conceitua a colaboração como um acordo realizado entre a acusação e defesa, com a intenção de esvaziar o réu da resistência às acusações, e, principalmente, com o objetivo de obter sua colaboração para facilitar a persecução penal, e, em troca, o colaborador recebe alguns benefícios⁴⁷.

A colaboração premiada baseia-se na hipótese de um agente que está sendo alvo de uma persecução penal e que, caso delate outros envolvidos para identificar os demais coautores, ou revele a estrutura hierárquica e divisões de tarefas da organização, auxilie na prevenção total ou parcial de futuros delitos decorrentes das atividades criminosas e coopere para a recuperação integral ou parcial do bem jurídico tutelado, poderá gozar de alguns benefícios ofertados pela lei.

Nas circunstâncias citadas, poderá o investigado ter a pena reduzida, ou até mesmo progredir de regime — em caso da colaboração após a sentença, ainda que ausentes os requisitos objetivos. Caso a denúncia não tenha sido oferecida, poderá o Ministério Público deixar de ofertá-la, nas hipóteses em que o colaborador não for o líder da organização, ou for o primeiro a prestar a colaboração efetiva, é o que se extrai do artigo 4º, § 4º da lei 12.850/2013.

Assim como nos institutos anteriores, aqui também se tem a discussão sobre a oferta ao acusado. É um direito subjetivo do investigado, ou não? A doutrina diverge, vejamos:

⁴⁵ BRASIL. **Lei nº 12.850/2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850. Acesso em 25 out. 2022.

⁴⁶ LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2022. p. 95.

⁴⁷ VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Barganha. **Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª. ed. Belo Horizonte: D’Plácido, 2018. p. 56.

Conforme assevera Vinícius Vasconcellos, a postura do acusador em relação ao acordo não é discricionária, deve se permitir o seu controle interno, no caso concreto, atendidos os requisitos configura-se direito subjetivo da parte, cabendo ao julgador, em caso de recusa, adotar medidas necessárias ao referido acordo (VASCONCELLOS, 2017). Já o Manual de Colaboração Premiada da ENCCLA dispõe que A autoridade policial e o Ministério Público não são obrigados a propor ou aceitar a oferta de colaboração quando julgarem, pela circunstância do caso, que ela não é necessária.⁴⁸

Embora supostamente o poder de oferta esteja na mão do Ministério Público ou da Polícia competente, entendemos pelo que Vinicius Vasconcellos disserta que não deve o instituto negociador ficar a critério dos órgãos responsáveis pela investigação. Ainda que existam mares de críticas sobre a justiça criminal negocial, havendo um limite razoável de sua aplicação e preenchidos os requisitos objetivos exigidos pela norma, deverá o órgão competente ofertar a negociação.

Contudo, com as alterações feitas pela lei 13.964/2019 deixaram evidências que não se trata de direito subjetivo do investigado, mas, na literalidade do artigo 3º-B, parágrafo § 1º, “A proposta de acordo de colaboração premiada poderá ser sumariamente indeferida, com a devida justificativa, cientificando-se o interessado”⁴⁹. Nesses termos, a modificação foi incrementada a fim de exaurir as discussões, em que pese ainda permanecerem no acervo científico.

Aury Lopes em sua obra “Fundamentos do Processo Penal” destaca algumas indagações no tópico em que discorre sobre a delação premiada, com isso, é imensamente válido trazer essas indagações ao presente capítulo, com a finalidade única de reflexão, ora, entendamos:

Quais os limites quantitativos e qualitativos acerca da pena? Como fixar uma pena de 15 anos em regime de prisão domiciliar? E as penas acessórias? Qual o critério para fixação dos valores (milionários) a serem restituídos (ou pena pecuniária)? b) Em caso de não oferecimento da denúncia, como se dará o controle do cumprimento das condições estabelecidas? c) Que critérios devem pautar a decisão de não oferecer denúncia, por parte do Ministério Público, como condição do acordo? Há possibilidade de controle e revisão dessa decisão? d) Uma vez feita, mas por qualquer motivo não efetivada ou descumprida, como vamos lidar com a confissão já realizada? E o prejulgamento, como fica? O juiz que teve contato com a confissão/delação deve ser afastado ou continuaremos com a ilusão de que não há quebra da imparcialidade, de que o juiz pode dar um rewind e deletar o que ouviu, viu e leu? e) Nos casos penais de competência do tribunal do júri, como se dará o julgamento? Haverá júri e os jurados poderão não homologar a delação? E a íntima convicção, como fica? Haverá quesitação sobre a delação? Ou com a negociação usurparemos a competência do júri? f) Havendo assistente da acusação, poderá se opor a negociação sobre a pena? Qual o espaço da vítima no ritual negocial? Ela poderá estabelecer “condições” ou será ignorada (como ocorre na transação penal oferecida pelo Ministério Público nas ações penais de iniciativa privada)? g) Existe

⁴⁸ BORGES, 2021, p. 60.

⁴⁹ BRASIL. **Lei nº 12.850/2013**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850. Acesso em 25 de out. 2022.

um “direito” do imputado ao acordo ou ele é um poder discricionário do Ministério Público? h) Qual o nível e a dimensão de controle jurisdicional feito? Qual o papel do juiz no espaço negocial sem que ele deixe de ser “juiz” (ou seja, imparcial)?⁵⁰

As indagações são inúmeras, contudo, não há intenção de exaurir todas elas no presente trabalho, mas demonstrar que existem sim problemas a serem observados, e com zelo, afinal, o limite da aplicação ou do gozo do instituto está mesclado a tudo isso.

É importante destacar que toda a polêmica se iniciou com a deflagração da operação Lava Jato, onde vários acordos de colaboração premiada foram ofertados. Em um levantamento feito pelo Ministério Público Federal, foram 209 acordos ofertados em Curitiba, 180 no Rio de Janeiro e 10 em São Paulo, somando um total de 399 acordos, todos em razão das investigações que envolviam os escândalos políticos⁵¹.

Todos esses acordos abriram debates, pois os acordos de colaboração premiada cederam benefícios penais não previstos no Código Penal, ou seja, possíveis sanções penais que não estariam previstas na legislação competente, fazendo tornar o instituto semelhante ao *plea bargain*, o qual é utilizado nos Estados Unidos⁵².

Embora os benefícios cedidos aos colaboradores na operação Lava Jato foram aparentemente benéficos, visto a flexibilização para novas premiações, tece ram -se críticas, segundo Borges há defensores da mitigação do princípio da legalidade em favor do réu, ao passo que não haveria problema nas sanções penais extralegais. Noutra dimensão, Vasconcellos refuta tal posicionamento, uma vez que estabelecer medidas em que inexiste a restrição da legalidade estrita esvazia os limites do instituto negocial, prejudicando todos os que participam do eventual acordo, afinal, Vasconcellos ainda sustenta que a existência dessas negociações são apenas atos ilusórios e que não reduzem o poder punitivo estatal, mas esvaziam direitos e garantias fundamentais, afinal, extingue-se a existência de um processo e expande ainda mais o poder punitivo estatal com negociações sem limitações⁵³.

Com isso, perante essa introdução da problemática acolhida pelo trabalho monográfico, iniciamos a aventura para a possível resposta, pois o próximo capítulo terá como núcleo a atribuição de abarcar os possíveis limites da negociação no Processo Penal e, quão semelhante é do instituto existente nos Estados Unidos — *plea bargaining* — e, ao final

⁵⁰ LOPES JR., 2022, p. 96.

⁵¹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes casos: lava jato. In: **Resultados**. [S. l.], 24 ago. 2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 4 nov. 2022.

⁵² BORGES, 2021, p. 69.

⁵³ BORGES, 2021, p. 70.

concluir quais os possíveis resultados dessa implementação no ordenamento jurídico brasileiro, em eventual inexistência de limite.

5 PLEA BARGAINING E AS CRÍTICAS AO SEU LIMITE

Como já sustentado no trabalho, o ordenamento jurídico brasileiro tende a se aproximar do norte-americano, como prova, vejamos o cenário da justiça brasileira, em que grande parte das resoluções dos conflitos partem da jurisprudência. A todo momento, tribunais interpretam normas de forma distinta, gerando aplicabilidade diferente de costumes em torno de decisões — o que indiretamente nos lembra o sistema do *common law* —, e para concretizar essa possível aproximação, vemos a chegada do Pacote Anticrime com a nova medida negocial em que exige a confissão, em troca do acordo.

Nos EUA a prática da negociação sempre foi presente no meio judicial, e é denominado como *plea bargaining*, Marllon Souza traça muito bem a conceituação.

Albert Alschuler conceitua o *plea bargaining* como a troca de concessões oficiais pelo ato de autoincriminação do acusado. O conceito de Alschuler é simples, mas de boa técnica. Captura os dois principais elementos da barganha: a confissão do réu e as consequentes concessões feitas em troca da autoincriminação do réu.⁵⁴

Havendo a previsão dos elementos basilares — confissão e acordo — podemos denominá-lo de *plea bargaining*. Souza conclui em sua pesquisa mediante uma visão estrita que o *plea bargaining* é um procedimento preliminar pelo qual o agente acusado de cometer um delito negocia com a acusação um modo de confissão para que goze de algum benefício, que pode ser tanto o desrame da acusação, de forma que sejam remodelados os termos da peça acusatória, ou receber um parecer para uma sentença menor.⁵⁵

É de se indagar por qual razão a jurisdição americana veio a adotar tal sistema jurídico, acordos para “despenalizar” indivíduos acusados. Através da pesquisa analítica, Souza conclui os seguintes pontos sobre o surgimento do *plea bargaining* nos EUA, (i) as negociação são mais baratas para o Estado, fazendo com que o processo seja taxado como caro e ineficiente; (ii) o processo consome muito tempo dos envolvidos, principalmente da máquina judiciária; (iii) a barganha é uma maneira de controlar as classes sociais mais desfavorecidas; (iv) para o acusado tem-se a ideia que fazer o acordo o livrará de um julgamento mais severo; (v) o Estado utiliza como instrumento/atalho de redução de gastos de recurso da acusação, visto que não há necessidade de reunir evidências para provar os fatos, além de uma dúvida razoável; (vi) por fim, é lógico que a acusação e a defesa estão menos

⁵⁴ SOUZA, 2021, p. 100.

⁵⁵ SOUZA, 2021, p. 102.

expostas a danos a suas reputações profissionais, visto que, aceitando o *plea bargaining* não haverá o “risco” eventual de uma sentença incerta.⁵⁶

Os pontos destacados são essenciais para o tecer das críticas, é certo que para os defensores, o ato de negociar pode ser uma maneira de desentulhar o sistema do judiciário, porém, qual seria o sentido do Processo Penal, se não, para ser aplicado, ou, ser instrumento de buscar a realidade dos fatos, a fim de aplicar a medida justa ao agente que praticou um delito, ou não.

A justiça negocial nos EUA possui algumas máculas que devem ser destacadas aqui, a primeira, que na realidade não está adstrita apenas à justiça negocial, mas, de modo geral, é a atuação ilimitada do Ministério Público, nos Estados Unidos o poder de discricionariedade é visivelmente extrapolado, conforme aduz Souza.

De fato, não raro se deparar com promotorias norte-americanas usando sua discricção de forma inapropriada, agindo além dos limites legais e morais do dever público, mediante a apresentação de acusações mais rígidas do que as necessárias contra o acusado. Tal comportamento do promotor é o que os estudiosos consideram como o ato de sobrecarregar (*overcharging*) a acusação, o que ocorre se o promotor acusa o suspeito de cometer um crime mais grave (*vertical overcharging*) ou acrescenta outras ofensas à acusação (*horizontal overcharging*).⁵⁷

A atuação ilimitada dos procuradores de justiça é umas das críticas severas ao sistema judicial americano, e lógico, isso influencia totalmente nas ofertas de acordos abusivos e sem limites. Ademais, Alberte W. Alschuler em seu artigo “Um sistema quase perfeito para condenar os inocentes” critica o instituto negocial no sentido de que em vários casos, ao qual o promotor não tem a chance de obter a condenação do agente, viram acordos, para que o acusado admita a culpa. A bem da verdade, Alschuer ressalta que julgamentos são extremamente raros na justiça criminal americana, segundo o levantado pela Suprema Corte em 2012, 97% das condenações federais e 94% das condenações estaduais são derivados da admissão de culpa — negociações.⁵⁸

Além disso, destacamos a possibilidade de barganha injusta, uma vez que a principal crítica ao modelo norte americano é de que a barganha no processo penal não segue as regras de um julgamento justo, e não raras vezes a acusação ameaça o acusado com imputações mais

⁵⁶ SOUZA, 2021, p. 110.

⁵⁷ SOUZA, 2021, p. 138.

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*. p. 65.

severas, de forma a compeli-lo a aceitar o acordo, Souza classifica como um tipo de tortura moderna, que por sinal muito utilizada.⁵⁹

Na mesma dimensão, Alschuler propõe que alguns acusados onde acordos são ofertados podem ser inocentes que, necessariamente, não precisam de uma punição — considerando que os acordos são de fato cumprimento de pena antecipada — ainda, aduz que um sistema jurídico decente deveria querer ouvir o que eles têm em sua defesa, sem estar em frente a dúvida de aceitar o acordo e cumprir o proposto, ou não aceitar o acordo e correr o risco de ser condenado.⁶⁰

O limite da negociação é uma linha tênue, onde o acusado permeia entre não aceitar e correr o risco, ou aceitar e encerrar as imputações por ali mesmo. Ainda, no mesmo raciocínio, Marllon Souza sustenta que a barganha, em uma conclusão negativa, pode se tornar um instrumento malicioso que busca a eficácia e condenação mais rápidas, nas quais a pressão irrazoável leva os réus a aceitarem acordos.⁶¹

Embora a estratégia da justiça negocial seja o desencarceramento, não é impossível dizer que o instituto está fadado ao insucesso, uma vez que os Estados Unidos é o país que mais encarcera indivíduos no mundo, em um levantamento feito pelo site *human rights watch* mostrou que em 2021 o sistema penitenciário tinha mais de 2 milhões de pessoas nas prisões⁶². O fato prova que a medida não é a salvação para plena funcionalidade do sistema penitenciário, muito menos, a medida essencial para o desencarceramento dos agentes alvo de prisão.

No mesmo partido, Lopes Jr. e Paczek denominam a negociação como “mito do consenso” e, na realidade dos fatos, trata-se apenas de ficção elucidativa, ao qual se tem apenas um eufemismo por parte do Estado em sujeitar o acusado ao cumprimento da pena antecipada, sem se sujeitar ao devido processo. Quem ganha? Sem dúvidas a máquina estatal, que economizará de forma significativa, ainda, passando um possível senso de justiça.

Como já ousamos a sustentar no trabalho, o *plea bargaining* vem sendo introduzido no Brasil, ainda mais com a chegada da lei 13.964 de 2019 (Pacote Anticrime) que trouxe o acordo de não persecução penal como uma “novidade de negociação”, concretizando a ideia da inclusão do “direito americanizado” — conforme descrito no capítulo 2, as regras são as mesmas, se compararmos com o descrito acima — no ordenamento jurídico brasileiro.

⁵⁹ SOUZA, 2021, p. 164.

⁶⁰ GLOECKNER, 2019, p. 68.

⁶¹ SOUZA, 2021, p. 165.

⁶² ESTADOS Unidos: eventos de 2019. In: **Human Rights Watch**. [S. l.]. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2020/country-chapters/336764>. Acesso em: 07 nov. 2022.

O problema nuclear do *plea bargaining* é entender os limites e riscos dessa linha tênue de negociação, pois diferentemente de um contrato particular, aqui há a existência de um ser revestido de garantias, que obrigatoriamente devem ser observadas.

Com isso, é importante traçarmos uma análise minuciosa sobre a justiça negocial no Brasil, afinal, seguir os passos do modelo americano não é o essencial para a boa garantia dos direitos fundamentais. Pois bem, Souza destaca que é significativo compreender o instituto que se busca importar — em que pese a justiça negocial já vigente no Brasil, ainda há o projeto do novo Código de Processo Penal em discussão, onde, os métodos consensuais são mais abrangentes — para o Brasil, uma vez que, conforme assentado em estudos do *plea bargaining* norte-americano, este, aparentemente, não é um direito do acusado, mas uma alternativa para evitar o devido processo, que é cedido ao réu em troca de sua confissão.

A semelhança com o acordo de não persecução penal é inexorável, afinal, como citado no capítulo segundo, o artigo 28-A exige a confissão do acusado para que o acordo se efetive — em que pese não compreendermos a razão da exigência —, assim a justiça criminal negocial vem preocupando os estudiosos, visto que a tendência é evidente, portanto, resta saber para que rumo se tomar á , *plea bargaining* americano? Propostas sem limites, que afrontam diretamente as garantias fundamentais, não reduzem o encarceramento e apenas aceleram o procedimento de punição.⁶³

Lopes Jr. e Paczek trabalham essa introdução americana em nosso ordenamento jurídico no sentido:

É preciso definir um espaço de negociação entre as partes, em detrimento das estruturas de conflito e, principalmente, uma forma de oferecer uma “eficiência funcionalmente orientada” que permitirá ultrapassar a atual sobrecarga da justiça penal, rumo a um modelo mais rápido, sem, em tese, violação dos princípios constitucionais do Estado de Direito.⁶⁴

A problemática do conteúdo se resum e à circunstância citada, para que a justiça negocial não vire uma mácula no ordenamento jurídico brasileiro e não siga os passos do sistema norte-americano, é necessário estabelecer uma eficiência funcionalmente orientada, para que o réu não seja tratado como um mero objeto do caso, como feito nos Estados Unidos, ao invés disso, deve ser merecedor do devido respeito as suas garantias humanitárias.

Para que se estabeleça um limite à justiça negocial não devemos ser enganados, a ponto de achar que haverá o voluntarismo entre o acusado e o acusador, porque nas palavras

⁶³ LOPES JR., 2022, p. 93.

⁶⁴ GLOECKNER, 2019, p. 80.

de Langbein⁶⁵ “a diferença entre o *plea bargaining* com a tortura não é de gênero, mas de grau”. Não são raros os casos em que existe o risco e abuso das prisões preventivas no processo penal brasileiro, e nessa conjectura, entre sofrer o risco de ficar detido e aceitar um acordo de não persecução penal ou até mesmo uma delação premiada, seria mais lógico o último.

Afinal, a aceleração dos procedimentos aparenta ser inevitável, a sensação de injustiça que é transmitida pelo ordenamento jurídico brasileiro/judiciário força os seus integrantes a valorizarem mais a produtividade do que a qualidade, sabiamente Aury leciona:

Quando as pautas estão cheias e o sistema passa a valorar mais o juiz pela sua produção quantitativa do que pela qualidade de suas decisões, o processo assume sua face mais nefasta e cruel. É a lógica do tempo curto atropelando as garantias fundamentais em nome de uma maior eficiência.⁶⁶

Portanto, visivelmente esse estigma contribui para adoção desses métodos alternativos. E quando o Aury Lopes jr. se refere ao juiz, é valoroso destacarmos que na justiça negocial o promotor de justiça é visto como “juiz às portas do tribunal”⁶⁷, por ser a primeira autoridade em que o agente irá encarar diante de um processo, é certo que o réu praticamente estará nas mãos da autoridade acusadora — mesmo que acompanhado de defensor —, dessa forma, o juiz de direito assume somente o papel de agente homologador, ao passo que os acontecimentos pretéritos não interessarão para a efetivação de uma negociação saudável.

Desta feita, ousamos a concordar que o processo penal vive uma crise existencial, afinal, ainda é o caminho necessário para chegar à pena?⁶⁸ Em que pese ser essa a ideia, é indispensável produzir um arcabouço analítico sobre tal indagação, desconstruir a ideia de que o processo penal é um caminho necessário apenas para punir, uma vez que existe a absolvição por inúmeros requisitos, e por consequência disso, ofertar acordos com requisitos de autoincriminação ou cumprimentos de penas antecipadas sempre serão vistos pelo acusado como uma concepção de evitar um “mal maior”.

Além disso, para concluir de forma coesa, recordemos os princípios já abordados no trabalho: Obrigatoriedade, indisponibilidade, devido processo legal. Todos eles existem para garantir a proteção máxima do trâmite processual, com a finalidade de alcançar pena justa, a garantia processual e, além de tudo, a preservação dos direitos humanos ligados ao réu, e,

⁶⁵ GLOECKNER, 2019, p. 80.

⁶⁶ LOPES JR., 2021, p. 284.

⁶⁷ GLOECKNER, 2019, p. 76.

⁶⁸ LOPES JR., 2022, p. 88.

trocando-os por um acordo de cumprimento de pena antecipada, ou medo de uma sentença incerta, a função máxima do processo fracassou, dado que o processo penal só será utilizado por agentes que possuem recursos suficientes para contratar bons advogados, utilizando-se dos meios legais — recursos, remédios constitucionais —, para chegar a uma sentença justa.

E nessa dimensão, fazendo a análise da justiça negocial americana, vejamos o raciocínio de Aury Lopes Jr.

O júri americano se assemelha a uma propaganda enganosa, pois acessível a uma parcela ínfima dos submetidos ao sistema penal. Por isso, Schünemann considera o modelo americano um “simulacro”, pois “por trás do disfarce do procedimento do tribunal do júri, deságua na prática em nada mais, nada menos, do que no velho modelo de processo inquisitorial”, onde os “substratos teóricos não resistem a um exame crítico”. Então, ao invés de o processo cumprir o seu papel de proteção do acusado, ressignifica-se o processo através de uma mentalidade inquisitória. Nesse ponto, é precisa a metáfora de Walsh: os americanos transformaram o processo penal em um luxuoso Cadillac, grande, caro e pesado. Mas é claro que nem todos podem ter acesso a ele. Então reservemos esse luxo para 2% da população e o resto que ande a pé, isto é, fazendo acordos.⁶⁹

À vista disso, quando se trata de negociação no Processo Penal brasileiro, deve-se ter cautela, examinar a sua aplicabilidade minuciosamente, para não seguirmos os passos do ordenamento jurídico americano — afinal não é o modelo essencial a ser seguido — e recordemos sempre que é direito do réu possuir um devido processo legal — art. 5, LIV garante a todos o princípio da necessidade do processo penal para o cumprimento de uma pena, ou não —, assim, sustentamos as nossas críticas a respeito da barganha processual.

Convenhamos, se o Estado investiga de forma certa, produz elementos probatórios suficientes para culpar alguém, por que iria negociar a pena com um “criminoso”? O correto não seria aplicar a pena correta — legalidade? Entretanto, a negociação com o autor de um crime é o reconhecimento da incapacidade do Estado de investigar e produzir elementos probatórios, sendo então, apenas um atalho sedutor⁷⁰, para que o Estado se iniba de suas funções. Através disso, restam apenas as garantias dos acusados sendo violentadas, uma vez que relativizam os princípios fundamentais do Processo Penal com o oferecimento do acordo.

⁶⁹ LOPES JR., 2022, p. 141.

⁷⁰ GLOECKNER, 2019, p. 84.

6 CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, a partir da análise crítica do trabalho, podemos concluir que o limite da justiça negocial está nos direitos fundamentais do réu, aliás, uma resposta relativamente simples, contudo, geradora de debates abissais.

A partir do momento que se renúncia direitos inerentes ao Processo Penal democrático, e exigem-se requisitos contrários aos fundamentos alicerçais da Constituição, percebe-se o rompimento do limite razoável, afinal, qual o sentido de ceder um benefício/acordo, que, para a sua concretização, o indivíduo precisará confessar formalmente.

Pois bem, teoricamente, todos possuem o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo, nem a confessar-se culpado, porém, observemos que para gozar do instituto “despenalizador” — acordo —, o réu deve renunciar tal garantia, o que a vista da pesquisa, não possui sentido lógico.

Assim, o respeito aos direitos dos réus e a limitação do juiz às portas do tribunal — promotor — para não coagir os participantes a aceitarem o acordo, com o argumento de evitar uma sentença pior, é o limite da justiça negocial. Nada poderá chegar a esse ponto, sob pena de fadar o processo penal ao insucesso.

Além disso, traçamos a problemática principiológica que a justiça negocial gera, com a relativização de princípios como a obrigatoriedade, indisponibilidade, afinal, todo o debate se inicia com a eventual flexibilização das normas fundamentais, uma vez que há possibilidade de afronta ao devido processo penal.

Ademais, concluiu-se no trabalho que o ordenamento jurídico brasileiro tende a se espelhar no norte-americano, como prova vemos esses institutos negociais sendo introduzidos de forma mais abrangente, em que pese já existentes alguns modelos similares desde o advento da lei n. 9099/95, contudo, os olhares sobre a matéria se fixaram após a vigência do pacote anticrime, com o ingresso do acordo de não persecução penal.

Por fim, com as especificações dos institutos negociais existentes no Brasil, destacando as suas principais características, foi possível encaminhar a problemática para a conclusão, de forma que trouxemos uma análise do modo negocial aplicado nos Estados Unidos, e como o instituto não é efetivamente garantista, havendo apenas uma falsa cognição de eficiência e punibilidade. Nessas circunstâncias, o processo penal não deve ser trocado por acordos, onde nem limites legais se há.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Cláudio do Prado (coord.). **Bases e fundamentos da justiça penal negociada**. São Paulo: USP, 2019. *E-book*.

AMORIM, Leticia Balsamão. A distinção entre regras e princípios segundo Robert Alexy. **Esboço e Críticas**, v. 42, n. 165, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 1999.

BORGES, Leonardo Gonçalves Santana. **Advocacia criminal negocial**: a consensualidade e a resolução de conflitos penais. 2021. 100 f. Dissertação (Mestrado em Direito e Gestão de Conflitos) - Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2021.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm Acesso em: 16 maio 2022.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, 3 out. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm Acesso em 16 maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Brasília, 26 set. 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm Acesso em: 16 de maio 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.850/2013**. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal. Brasília, 2 ago. 2013. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12850.htm. Acesso em 25 out. 2022.

DARGÉL, Alexandre Ayub; CORSETTI, Christian. A exigência da confissão no ANPP e a desvantagem do inocente. **Conjur**, [S. l.], 22 set. 2021. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2021-set-22/opinioao-exigencia-confissao-anpp-desvantagem-inocente>. Acesso em: 27 out. 2022.

DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. Tradução de Hermínio A. Carvalho. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

ESTADOS Unidos: eventos de 2019. In: **Human Rights Watch**. [S. l.]. Disponível em: <https://www.hrw.org/pt/world-report/2020/country-chapters/336764>. Acesso em: 07 nov. 2022.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen (org.). **Plea Bargaining**. 1. ed. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019. *E-book*.

LOPES JR., Aury. Adoção do plea bargaining no projeto "anticrime": remédio ou veneno?. **Conjur**, [S. l.], 22 fev. 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-fev-veneno>.

22/limite-penal-adocao-plea-bargaining-projeto-anticrimere-remedio-ou-veneno. Acesso em: 12 nov. 2022.

LOPES JR., Aury. **Direito processual penal**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2021.

LOPES JR., Aury. **Fundamentos do Processo Penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva educação, 2022.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. Grandes casos: lava jato. In: **Resultados**. [S. l.], 24 ago. 2021. Disponível em: <https://www.mpf.mp.br/grandes-casos/lava-jato/resultados>. Acesso em: 4 nov. 2022.

MORAIS DA ROSA, Alexandre. **A teoria dos jogos aplicada ao processo penal**. 2ª ed. São Paulo: Empório do direito, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de direito processual penal**. 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020.

RIBEIRO, Sarah Gonçalves; GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. O caso das Bruxas de Salem e a origem do plea bargaining norte-americano: contrapondo o entendimento dicotômico dos sistemas processuais penais. **Revista Brasileira de Direito Processual Penal**, v. 6, n. 2, p. 835-872, 2020.

RODRIGUES, Samara Andrade. **Justiça criminal negocial: abordagem do instituto do acordo de não persecução penal sob a óptica principiológica do devido processo legal e de sua legalização pela lei nº 13.964/19**. 2021. 95 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em direito) – Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2021. Disponível em: https://repositorio.ufc.br/bitstream/riufc/59004/1/2021_tcc_sarodrigues.pdf. Acesso em: 11 nov. 2022.

SOUZA, Marllon. **Plea bargaining no Brasil**. 3. ed. São Paulo: Juspodivm, 2021.

TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rodrigues Rosmar. **Curso de Processo penal**. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Barganha. **Colaboração premiada no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de Barganha. **Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro**. 2ª. ed. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

WALLENFELDT, Jeff. Salem witch trials: american story. **Encyclopedia Britannica**, 22 ago. 2022. Disponível em: <https://www.britannica.com/event/Salem-witch-trials>. Acesso em: 13 set. 2022.

WEDY, Miguel Tedesco; KLEIN, Maria Eduarda Vieira. O futuro do direito penal negocial e o estado democrático de direito. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, 2021.